N° 427782, M. G...

7ème et 2ème chambres réunies

Audience du 22 juin 2020

Lecture du 10 juillet 2020 - C

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Les relations conflictuelles, notamment contentieuses, qu'entretient depuis une trentaine d'années M. G..., médecin radiologue libéral à la Ferté-Bernard, avec les institutions sanitaires de sa région, qui ne semblent pas disposées à collaborer avec lui, vous conduiront aujourd'hui à trancher l'intéressante et délicate question de la qualification juridique d'une convention par laquelle un établissement public hospitalier et un ou plusieurs professionnels médicaux libéraux créent, en application de l'article L. 6133-1 du code de la santé publique, un groupement de coopération sanitaire.

Le centre hospitalier de St-Calais a successivement conclu deux conventions avec la société d'exercice libéral à responsabilité limitée (SELARL) Maine IC, cabinet de radiologie implanté au Mans : une convention de télé-radiologie le 21 octobre 2013 et, le 5 novembre 2014, une convention constitutive d'un groupement de coopération sanitaire pour l'utilisation d'un scanographe. M. G..., après avoir vainement tenté d'obtenir l'annulation de l'autorisation d'exploiter cet équipement accordée par l'ARS en début d'année au centre hospitalier, a contesté la validité de ces deux conventions devant le TA de Nantes, auquel il a également demandé la condamnation du centre hospitalier à l'indemniser du préjudice subi. Le tribunal a rejeté ses demandes, rejet confirmé par la CAA de Nantes devant laquelle il n'avait plus contesté que la convention constitutive de groupement de coopération sanitaire, qui est donc le seul objet du litige devant vous.

L'examen de votre compétence pour connaître de ce litige nous permettra de rappeler le cadre juridique dans lequel il s'inscrit.

Les groupements de coopérations sanitaires sont des structures conventionnelles de mise en commun de moyens constituées par des établissements de santé publics ou privés et des établissements médicaux-sociaux, des centres de santé et/ou des professionnels médicaux libéraux (art L. 6133-2 du code de la santé publique), en vue, selon les termes du premier alinéa de l'article L. 6133-1 du code de la santé publique, "*de faciliter, de développer ou d'améliorer l'activité de ses membres*". Celui créé par le CH de Saint-Calais et la Selarl Maine IC a pour objet l'utilisation en commun d'équipements d'imagerie médicale au bénéfice des patients pris en charge par le CH de Saint-Calais.

Ces groupements sont régis par ces dispositions et les suivantes, que nous citerons dans leur rédaction en vigueur à la date de la convention litigieuse, tout en précisant qu'elles n'ont pas changé

pour l'essentiel. Créés par une convention approuvée par le directeur général de l'agence régionale de santé, ils jouissent d'une personnalité morale dont la nature juridique dépend des personnes qui le composent : *"personne morale de droit public lorsqu'il est constitué exclusivement par des personnes de droit public, ou par des personnes de droit public et des professionnels médicaux libéraux"* (art L. 6133-3 I 1°); *"personne morale de droit privé lorsqu'il est constitué exclusivement par des personnes de droit privé"* (2°); *"Dans les autres cas - (qui ne peuvent donc être que ceux constitués de personnes de droit public et de droit privé autres que des professionnels médicaux libéraux) -, sa nature juridique est fixée par les membres dans la convention constitutive"* (3°).

La nature juridique de la convention constitutive du groupement nous semble dépendre de celle de la personnalité morale qu'aura le groupement en application de ces dispositions. S'il n'est pas théoriquement inconcevable de dissocier les deux, ce serait source de complexité et probablement contraire à l'intention du législateur.

En l'espèce, la convention litigieuse a été conclue entre un centre hospitalier, personne morale de droit public et une société d'exercice libéral de médecins radiologues. Nous n'avons aucun doute qu'elle relève du 1° de l'article L. 6133-3, qui vise les groupements constitués par des personnes de droit public et des professionnels médicaux libéraux, cette dernière catégorie devant recouvrir toutes les modalités juridiques d'exercice de l'activité médicale libérale, par des personnes physiques ou par des personnes morales associant des médecins libéraux, sociétés civiles ou sociétés de capitaux, comme les sociétés d'exercice libéral. Dans tous les cas, il s'agit de *"professionnels médicaux libéraux"*, ce que confirme l'article L. 6133-2 qui vise les *"professionnels médicaux libéraux exerçant à titre individuel ou en société"*. A supposer qu'il y eut une ambiguïté, elle a été levée par l'ordonnance du 12 janvier 2017 qui a remplacé les termes *"professionnels médicaux libéraux"* par ceux de « *personnes physiques ou morales exerçant une profession de santé à titre libéral* ». Le 3° de cet article, qui renvoie la détermination du régime juridique applicable à la personnalité morale du groupement à l'accord des parties, ne concerne donc que les conventions entre établissements de santé ou médicaux-sociaux publics et privés.

Le groupement litigieux étant une personne morale de droit public, la convention qui l'a constitué est un contrat de droit public dont la contestation relève de la compétence de la juridiction administrative.

La qualification juridique que la cour a faite de ce contrat est contestée par le troisième moyen du pourvoi, sous l'intitulé inexact d'erreur de droit. Pour juger inopérant le moyen tiré de ce que la convention avait été conclue en violation des obligations de publicité et de mise en concurrence qui s'imposent à la passation des marchés publics, la cour a déduit d'un certain nombre d'éléments de la convention litigieuse qu'elle ne constituait pas un marché public mais une modalité d'organisation du service public hospitalier pour l'utilisation d'un équipement en commun. Elle a notamment considéré d'une part qu'en l'absence de stipulation prévoyant le paiement d'un prix à la société en contrepartie des prestations qu'elle exécutait, le contrat ne pouvait être regardé comme étant conclu à titre onéreux, d'autre part que cette convention n'avait pas pour objet l'acquisition par le centre hospitalier de biens, travaux ou prestations de services.

Un marché public est, selon la définition qu'en donnait à la date de la convention litigieuse l'article 1er du code des marchés publics et qu'en donne aujourd'hui le code de la commande publique, un contrat conclu à titre onéreux par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice

avec un ou des opérateurs économiques pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services.

Un certain nombre des critères découlant de cette définition sont certainement remplis : nous sommes en présence d'un contrat; l'établissement public hospitalier est un pouvoir adjudicateur; la société cocontractante est un opérateur économique puisqu'elle exerce une activité consistant à offrir des services sur un marché.

Ce sont les deux autres critères, tenant au caractère onéreux du contrat et à la satisfaction d'un besoin de la personne publique, qui donnent davantage matière à hésitation. M. G... ne reproche pas à la cour de s'être fondé sur ces critères pour qualifier la convention, mais d'en avoir fait une inexacte application, ce que vous contrôlez en cassation (Ass, 4 nov 2005, *sté Jean-Claude Decaux*, n° 247299), en jugeant qu'en l'espèce ils n'étaient pas remplis.

Il convient pour le vérifier de se pencher plus avant sur le contenu de la convention. Les droits et obligations des parties figurent dans le contrat d'exercice annexé à la convention. Rappelons que l'objet de cette convention est d'une part l'interprétation à distance, par les médecins radiologues de la Selarl, des examens de radiologie prescrits par les médecins du Centre hospitalier, sur leurs patients et réalisés sur ses appareils, d'autre part la coopération des médecins libéraux aux actes de radiologie à l'hôpital.

Contrairement à d'autres conventions conclues entre des établissements hospitaliers et des médecins libéraux, telles que celles qui font l'objet des autres affaires inscrites au rôle d'aujourd'hui, qui n'ont pour objet que de permettre aux médecins libéraux d'utiliser, pour leurs patients et pour leur compte, certains équipements du centre hospitalier que les médecins libéraux n'ont en général pas les moyens d'acquérir et que la seule activité de l'établissement hospitalier ne suffit pas à rentabiliser, cette convention porte sur des prestations médicales réalisées sur les patients de l'établissement public et pour le compte de ce dernier, qui ne dispose pas de médecins radiologues pour analyser les examens effectués à l'hôpital, par du personnel formé pour faire passer l'examen au patient mais pas pour en interpréter les résultats. L'exposé préalable du contrat d'exercice est à cet égard éloquent : "Le centre hospitalier de Saint-Calais a sollicité la société Maine IC en vue de soutenir son service de radiologie, actuellement insuffisant en ressources humaines, et notamment pour la réalisation d'actes d'imagerie en coupes par scanner. La société Maine IC s'est montrée disposée à soutenir la demande du CH de Saint-Calais en proposant d'interpréter sur site et à distance les clichés réalisés par et pour le compte du CH de Saint-Calais". Il nous semble difficile de ne pas voir dans ces lignes l'expression d'un besoin du Centre hospitalier auquel répond son cocontractant en réalisant pour son compte des prestations qui font partie de sa mission de soin des patients mais qu'il n'est pas en mesure d'effectuer faute de personnel pour le faire. Les stipulations relatives aux obligations de la société confirment qu'elle n'agit pas pour son compte puisque ses membres sont tenus d'interpréter à distance les actes effectués à l'hôpital sur les patients de l'hôpital ainsi que de mettre à disposition de l'établissement un référent coordonateur certains jours de la semaine. De son côté, le Centre hospitalier s'engage à solliciter la société pour toutes les prestations qu'il ne peut réaliser lui-même et à permettre à ses membres de procéder aux actes relevant de leurs compétences.

La rémunération des parties à la convention est fixée par l'article 6 du contrat d'exercice. Pour toute prestation de radiologie effectuée à l'hôpital, celui-ci perçoit de l'assurance maladie une rémunération composée de deux éléments : un forfait technique, qui couvre les coûts

d'investissement et les frais de fonctionnement des matériels; des honoraires rémunérant les actes intellectuels d'interprétation des résultats, réalisés par les médecins radiologues. Le contrat d'exercice prévoit de reverser aux médecins libéraux ces honoraires, intégralement en ce qui concerne les actes réalisés au titre de l'activité d'interprétation des examens d'imagerie en coupe par scanner (art 6.1), à concurrence de 80 % de leur valeur en ce qui concerne l'interprétation des examens d'échographie (art 6.2) et à concurrence de 30 % de leur valeur pour les actes d'interprétation des examens d'imagerie conventionnelle (hors mammographie), la valeur des actes étant celle de la tarification applicable en secteur I.

On le voit, les radiologues associés au sein de la société cocontractante de l'hôpital n'interviennent pas bénévolement pour ce dernier. Ils perçoivent au titre des prestations qu'ils effectuent en exécution de la convention une rémunération qui est une contrepartie de nature économique. Qu'elle provienne des remboursements de l'assurance maladie à l'établissement hospitalier au titre des actes réalisés ne fait pas obstacle à ce qu'elle soit regardée comme une contrepartie de nature économique. Vous avez ainsi qualifiés de contrats de la commande publique des modalités d'externalisation de prestations relevant de missions de la personne publique, la rémunération du cocontractant étant assurée par les sommes que la personne publique aurait perçues si elle les avait exécutées elle-même (CE, 26 juin 2012, *Société Pro 2C*, n° 357976, au rec, s'agissant d'un contrat confiant à une société les tâches matérielles liées à la collecte des dossiers des demandeurs de visa pour la France résidant dans la circonscription du consulat, avec une rémunération assurée par la perception de frais de services auprès des demandeurs ; CE, 26 septembre 2012, *GIE « Groupement des poursuites extérieures »*, n° 359389, aux T sur ce point, s'agissant d'un contrat ayant pour objet de confier à des huissiers de justice le soin de procéder, à la demande de comptables du Trésor public, au recouvrement amiable de créances ou de condamnations pécuniaires, le cocontractant étant rémunéré par le versement de frais de recouvrement mis à la charge du débiteur ou du condamné). La Cour de justice de l'Union européenne a également qualifié de contrat de la commande publique, en l'occurrence de concession de services, un contrat relatif aux transports médicaux en taxi conclu entre une personne publique et un groupement de taxis qui permettait à la première de réaliser des économies et de remplir de manière plus efficace sa mission légale de remboursement des frais de transport et assurait à la seconde un certain volume de commandes (CJUE, 21 mai 2015, *Kansaneläkelaitos*, n° C-269/14).

Dans tous ces cas, le contrat permet à la personne publique de remplir ses missions et à son cocontractant de bénéficier de manière privilégiée d'un certain volume d'activité économique. C'est la raison pour laquelle ces contrats doivent être mis en concurrence afin d'assurer à tous les opérateurs économiques les mêmes chances d'accéder à ce marché.

Il y a plus de trente ans et déjà à l'initiative de M. G... - ce qui montre au passage que le temps n'a arrangé ni les difficultés du secteur public hospitalier pour recruter des médecins radiologues, ni ses relations avec M. G... - vous aviez eu l'occasion de constater l'avantage économique que le cocontractant d'un établissement public hospitalier est susceptible de tirer d'une convention de co-utilisation lui permettant d'avoir l'usage des équipements médicaux appartenant à l'hôpital pour ses propres patients. Vous avez jugé, que "si, en l'absence de besoins propres suffisants permettant au centre hospitalier d'assurer lui-même la pleine utilisation d'un appareil coûteux, les nécessités du service public justifiaient la mise de cet appareil à la disposition de praticiens étrangers à l'établissement, le directeur du centre hospitalier ne pouvait, sans méconnaître

le principe d'égalité entre les médecins exerçant la radiologie dans le département, réserver à certains d'entre eux les importants avantages que confère l'accès à l'équipement dont s'agit, qu'en fondant son choix des praticiens admis à cette utilisation sur des différences de situation de nature à le justifier au regard des exigences de la santé publique. Le centre hospitalier du Mans n'allègue pas avoir procédé au recensement préalable des utilisateurs potentiels de l'appareil et n'établit pas que les radiologues bénéficiaires de la convention étaient seuls dans une situation de nature à justifier l'avantage qui leur a été réservé" (CE, 13 octobre 1989, *M. G...*, n° 74518, aux T sur ce point).

Toute convention par laquelle une personne publique permet à une personne privée d'accéder à une ressource dont elle tirera un avantage pour l'exercice de son activité professionnelle pose la question du respect de l'égalité d'accès à cette ressource, qu'il s'agisse de l'utilisation d'un équipement très onéreux ou du domaine public. Mais lorsque cette ressource consiste à percevoir une rémunération en contrepartie d'une prestation effectuée pour le compte d'une personne publique, le respect du principe d'égalité se traduit par les exigences plus contraignantes des règles de passation de la commande publique.

Mais nous voudrions immédiatement rassurer les établissements hospitaliers sur le caractère relativement limité que représentera cette contrainte : les services sanitaires font partie des services spécifiques qui peuvent être commandés, quel que soit leur montant, selon une procédure adaptée (article R. 2123-1 3° CCP et l'avis annexé auquel renvoie cet article), procédure adaptée qui laisse à l'acheteur, aux termes de l'article R. 2123-4 du même code, le soin de déterminer les modalités de la procédure *"en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, de nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat"*. Une publicité à l'intention des médecins libéraux situés à une distance raisonnable de l'établissement hospitalier, l'indication des critères de sélection et des règles de la négociation, lorsque l'acheteur souhaite négocier, une application de ces règles respectueuse des principes fondamentaux de transparence et d'égalité entre les candidats, constituent l'essentiel de cette procédure qui apparaît à peine plus formelle que celle qui s'impose déjà à eux, en application de votre décision *G...* précitée, lorsqu'ils ne font qu'autoriser des praticiens libéraux à utiliser leurs équipements pour leur propre compte. Enfin, en cas de pluralité de médecins intéressés et remplissant les conditions posées par l'établissement, celui-ci peut recourir à l'accord-cadre afin de leur permettre de bénéficier de cette ressource dans des conditions d'égalité.

Nous pensons donc que la CAA de Nantes a inexactement qualifié les faits en jugeant que la convention constitutive du groupement de coopération sanitaire conclue entre le Centre hospitalier de Saint-Calais et la Selarl Maine IC ne répondait pas à un besoin de l'établissement public et n'était pas conclue à titre onéreux et ne pouvait donc être qualifiée de marché public.

Deux précisions pour conclure : la première pour souligner que l'analyse que nous venons de faire de la convention et sa conclusion ne valent pas nécessairement pour toutes les conventions constitutives de groupements de coopération sanitaire. Cette forme juridique est susceptible d'accueillir des coopérations de nature et d'objet très divers. Un groupement de coopération sanitaire n'est donc pas toujours un marché public; il ne l'est en l'espèce que par la qualité des parties au contrat et par son objet, qui est de faire réaliser par les médecins libéraux des prestations relevant des missions du centre hospitalier en contrepartie d'une rémunération. Nous n'aboutirions par exemple pas à la même conclusion s'il n'avait pour objet que de prévoir une utilisation conjointe des

équipements, chaque partie pour ses propres patients. Faute de répondre à un besoin de la personne publique, la convention ne pourrait être qualifiée de commande publique, ce qui ne dispense pas la personne publique, comme vous l'avez jugé, d'organiser une procédure de sélection de son cocontractant de nature à assurer le respect du principe d'égalité.

La seconde pour indiquer, même si ce n'est nécessaire ni pour répondre au moyen du pourvoi, ni pour répondre au moyen d'appel, que la convention litigieuse nous semble bien relever, parmi les contrats de la commande publique, de la catégorie des marchés publics, dans la mesure où aucun risque n'est transféré au cocontractant. Sa rémunération est fonction des actes commandés, au tarif réglementé.

Si vous nous suivez, vous annulerez l'arrêt de la cour et lui renverrez l'affaire, ce qui vous dispensera d'examiner les deux autres moyens, dont le premier, n'est pas fondé¹, tandis que l'autre vise une affirmation trop générale de la cour qui pourrait sans difficulté être redressée pour l'écarter². Nous ne vous proposons pas de régler l'affaire au fond car l'état du dossier ne permet pas d'apprécier les conséquences d'une résiliation de la convention sur les missions de l'hôpital.

Vous pourrez enfin mettre à la charge du CH de Saint-Calais le versement d'une somme de 3 000 euros à M. G....

¹ Il est reproché à la cour de n'avoir pas répondu au moyen tiré de ce que la convention litigieuse était irrégulière du fait du défaut de publication de l'arrêté approuvant la constitution du groupement.

Un tel moyen était en effet inopérant, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, aucune disposition ne prévoit la publication de l'acte d'approbation de la convention et vous jugez que ces actes d'approbation ne présentent pas de caractère réglementaire (CE, 13 juin 1997, *Société des transports pétroliers par pipe-line*, n° 167907-68940, p. 230). Seule la convention doit être publiée (art L. 6133-3 et R 6133-1-1). Ensuite, même si cet acte d'approbation avait du être publié, l'absence de publicité n'aurait entaché d'irrégularité ni l'acte lui-même (CE 24 février 1999, *Meyet*, n° 188154, p. 32) ni la convention (Si vous avez jugé, dans le cadre contentieux antérieur à la jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne*, que l'annulation de l'acte d'approbation pouvait, dans certains cas, compte tenu de ses motifs, avoir pour effet la nullité du contrat (CE, 1 octobre 1993, *Société "Le yacht-club international de Bormes-les-Mimosas"*, n°54660, T. p. 874-971, rendue au sujet d'une concession de port de plaisance, dont l'arrêté interministériel d'approbation avait été annulé au motif de l'incompatibilité des travaux prévus par cette concession avec la réglementation de l'urbanisme), le défaut de publicité de l'acte d'approbation ne saurait avoir un tel effet sur la convention). Tout au plus cette formalité aurait-elle pu avoir une incidence sur l'entrée en vigueur de la convention.

²La cour, pour écarter le moyen d'irrégularité de la convention tiré de ce qu'elle qualifiait à tort le groupement de personne morale de droit privé, a jugé que « la nature publique ou privée du groupement de coopération sanitaire est sans incidence sur la qualification et la validité de la convention constitutive de ce groupement ».

Or, comme nous l'avons dit, la nature publique ou privée du groupement n'est pas sans incidence sur la qualification de la convention ni sur la régularité de certaines stipulations de la convention relatives au fonctionnement du groupement, en particulier de celles concernant le régime comptable, qui ne saurait être celui applicable aux personnes morales de droit privé. Mais ce ne sont pas ces clauses qui sont contestées et vous pourrez neutraliser la généralité de la formulation de l'arrêt en constatant que la cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que la circonstance que les parties ont donné une qualification juridique erronée de la personnalité morale du groupement qu'elles instituaient n'entachait pas, par elle-même, d'irrégularité la convention dans sa totalité.