ATF 145 II 49 | TF, 21.2.2019, 2C_196/2017*

Un hôpital constitué sous la forme d'une société anonyme, remplissant un mandat de prestations attribué par un canton dans le domaine des soins hospitaliers aigus et dont les actionnaires sont des communes peut être obligé par le gouvernement cantonal à lancer des appels d'offres au sens de l'AIMP pour certains marchés. En effet, une telle société entre dans le champ d'application de l'art. 8 al. 1 let. a AIMP dans la mesure où son activité n'a pas un caractère commercial.

Faits

Une société anonyme, dont le capital-actions est intégralement détenu par des communes, a pour but statutaire d'assurer le mandat de prestations hospitalières aiguës du canton de Zurich dans l'Oberland zurichois. A ce titre, elle gère les unités de soins aigus nécessaires ainsi que les services de sauvetage et de transport de patients. Dans le cadre son activité, la société exploite l'hôpital de Wetzikon. Elle figure également sur la liste cantonale des hôpitaux au sens de l'art. 39 al. 1 let. e LAMal pour diverses prestations.

Par arrêté du 15 juillet 2015, le Conseil d'État zurichois a notamment imposé à la société de lancer un appel d'offres pour tous les marchés dépassant les seuils fixés par l'AIMP, sauf exception aménagée par le droit zurichois.

La société saisit le *Verwaltungsgericht* de Zurich qui la déboute sur ce point. Elle recourt au Tribunal fédéral qui doit préciser le champ d'application subjectif de l'AIMP.

Droit

La question au centre de l'arrêt est celle de savoir si un hôpital constitué sous la forme d'une société anonyme, remplissant un mandat de prestations attribué par un canton dans le domaine des soins hospitaliers aigus et dont les actionnaires sont des communes est soumis au droit des marchés publics.

L'art 8 al. 1 AIMP détermine quels pouvoirs adjudicateurs sont soumis aux dispositions des accords internationaux. Outre les cantons et les communes, l'art. 8 al. 1 let. a AIMP englobe

également les autres collectivités de droit public cantonal ou communal dans la mesure où elles n'ont pas un caractère commercial ou industriel.

L'art. 8 al. 1 AIMP vise à transposer en droit cantonal les obligations conventionnelles des États (art. 5bis al. 2 AIMP). Le Tribunal fédéral procède donc à l'interprétation de l'expression « collectivités de droit public » à la lumière des traités internationaux, soit en particulier de l'Accord sur les marchés publics (AMP).

Le champ d'application subjectif de l'AMP est défini par son Appendice I, par renvoi de l'art. 1 par. 1 AMP. Selon le ch. 2 de l'Annexe 2 de l'Appendice I AMP, les organismes de droit public établis au niveau cantonal n'ayant pas un caractère commercial ou industriel sont soumis aux dispositions de l'Accord. La note de bas de page 1 de l'Appendice I Annexe 3 AMP précise à cet égard qu'il faut considérer comme un organisme de droit public tout organisme *(i)* créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, *(ii)* doté d'une personnalité juridique et *(iii)* dont l'activité fait l'objet d'un certain contrôle de l'État, des collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

Le Tribunal fédéral constate que les deuxième et troisième critères sont remplis en ce qui concerne la société recourante. Il se concentre donc spécifiquement sur le premier critère et sur la notion d'activité commerciale.

Le Tribunal fédéral souligne tout d'abord que l'exclusion des activités à caractère commercial du champ d'application de l'AMP est étroitement liée aux buts poursuivis par le droit des marchés publics, à savoir en particulier d'empêcher la passation de marchés publics de manière non rentable ou discriminatoire. Ce droit n'a pas vocation à s'appliquer aux situations soumises à la concurrence. Dès lors, l'« activité commerciale » désigne une activité similaire à celle d'un agent économique privé. Dans chaque cas concret, il est nécessaire d'examiner dans quelle mesure une concurrence effective rend superflue, au sein d'un marché réglementé par l'État, l'application du droit des marchés publics.

L'absence de caractère commercial d'une activité peut résulter tant de circonstances juridiques ou factuelles conduisant à nier l'existence d'une concurrence effective que du fait

qu'une situation de concurrence effective ne se reflète pas dans le comportement d'un organisme de droit public, par exemple parce que les pertes qu'il essuie sont compensées par des subventions publiques.

Sur la base de ces prémisses, le Tribunal fédéral procède à l'examen du caractère commercial – au sens de la note de bas de page 1 de l'Appendice I Annexe 3 AMP – de l'activité déployée par la société recourante.

Il rappelle dans un premier temps que les dispositions relatives aux listes cantonales d'hôpitaux (soit en particulier les art. 35 al. 1 et 2 let. h et 39 al. 1 let. d et e et al. 2 LAMal et 58b al. 4 et 5 OAMal) ont été adoptées dans l'idée que les critères de gestion d'entreprise devaient être appliqués de manière renforcée dans les hôpitaux afin de contenir les coûts de la santé (FF 2004 5212). Cette importance accrue de l'efficience économique dans la planification hospitalière et l'établissement de la liste cantonale des hôpitaux crée un certain parallélisme avec le but poursuivi par le droit des marchés publics (cf. art. 1 al. 3 let. d AIMP).

Ce parallélisme connaît toutefois des limites. Ainsi, l'art. 39 al. 1 let. d LAMal dispose que les organismes privés doivent être pris en considération « de manière adéquate » dans la planification hospitalière et l'établissement de la liste cantonale des hôpitaux, alors que l'art. 1 al. 3 let. b AIMP garantit une égalité de traitement à tous les soumissionnaires. Par ailleurs, la LAMal n'interdit pas la prise en compte d'aspects de service public dans la planification hospitalière et l'établissement de la liste des hôpitaux, quand bien même ils ne satisferaient pas entièrement au critère de l'efficience économique.

Malgré le renforcement du principe de concurrence entre hôpitaux, les éléments d'économie planifiée continuent donc à jouer un rôle décisif dans le domaine de la planification hospitalière et de l'établissement de la liste cantonale des hôpitaux. Dès lors, le simple fait que la société recourante doive postuler pour obtenir son inscription sur la liste des hôpitaux du canton de Zurich n'est pas suffisant pour pouvoir retenir qu'elle évolue dans un marché soumis à une concurrence effective.

Le fait qu'il soit possible d'exploiter un hôpital même si celui-ci n'est pas pris en compte

dans la planification hospitalière cantonale ou inscrit sur la liste cantonale des hôpitaux (art. 39 al. 1 let. d et e LAMal) n'y change rien. En effet, les hôpitaux ne figurant pas sur la liste cantonale sont considérablement désavantagés sur le plan concurrentiel. Cette situation ne permet donc pas de garantir que les hôpitaux figurant sur la liste cantonale attribuent des contrats économiques et non discriminatoires. Par conséquent, cette ouverture limitée à la concurrence ne compense pas les lacunes des procédures de planification et d'inscription sur les listes cantonales d'hôpitaux par rapport au droit des marchés publics. Le fait que la société recourante soit également en concurrence avec les prestataires de services ambulatoires n'est pas non plus d'un quelconque secours à la société recourante, puisque cette situation de concurrence ne touche qu'une partie de son activité et ne permet pas d'assurer une concurrence effective dans tous les domaines.

Le Tribunal fédéral poursuit son raisonnement en rappelant que le mécanisme de formation des prix constitue un indicateur important de l'existence d'une concurrence effective et donc d'une activité commerciale au sens de la note de bas de page 1 de l'Appendice I Annexe 3 AMP.

A cet égard, l'art. 49 al. 1 LAMal prévoit une rémunération forfaitaire liée aux prestations et basée sur des structures uniformes pour l'ensemble de la Suisse, les cantons prenant en charge une part de 55% au moins du total (art. 49a al. 2ter LAMal). La rémunération forfaitaire concrète est déterminée sur la base *(i)* d'une structure tarifaire (DRG) approuvée par le Conseil fédéral et établissant une pondération des coûts pour chaque groupe de prestation (art. 49 al. 2 LAMal) et *(ii)* d'un tarif de base négocié entre les assureurs et les prestataires de services dans le cadre d'une convention collective approuvée par le gouvernement cantonal ou le Conseil fédéral (art. 43 al. 4 et 46 al. 1 et 4 LAMal).

Le Tribunal fédéral constate donc que la formation des prix des traitements hospitaliers aigus dans le cadre de l'assurance maladie obligatoire repose essentiellement sur des critères définis par l'État. Des aspects liés à l'efficacité économique et à l'efficience des prestations sont certes pris en compte dans ce cadre (art. 43 al. 6, 46 al. 4 et 40 al. 1 LAMal). Toutefois, le jeu de l'offre et de la demande n'est pas placé au premier plan, alors qu'il constitue une caractéristique essentielle des marchés soumis à la concurrence.

Le Tribunal fédéral rappelle encore que, dans le système suisse, les assureurs – qui jouent un rôle important dans le paiement des prestations hospitalières et l'établissement des tarifs – ont l'interdiction de poursuivre un but lucratif dans le cadre de l'assurance-maladie de base (art. 2 al. 1 LSAMal ; *cf.* ég. art. 5 let. f LSAMal). Ils n'ont par conséquent pas la même incitation à convenir de prix de base aussi bas que possible pour le traitement des assurés que s'ils étaient autorisés à réaliser des bénéfices. Il s'agit d'un indice supplémentaire que l'activité de la société recourante n'est pas de nature commerciale.

L'art. 49 al. 1 5ème phrase LAMal prévoit par ailleurs que les tarifs hospitaliers sont déterminés sur la base de la rémunération des hôpitaux fournissant la prestation considérée « dans la qualité nécessaire, de manière efficiente et avantageuse », ce qui pourrait impliquer une forme de concurrence entre hôpitaux. Cela étant, il est établi que l'autorité intimée, en tant qu'autorité d'approbation des conventions collectives au sens de l'art. 46 al. 4 LAMal, n'oriente pas sa politique de prix en fonction des prestataires pratiquant les coûts les plus bas. Par conséquent, même s'il est possible de retenir une certaine pression sur les coûts, il n'existe pas de réelle pression concurrentielle.

En outre, le fait que l'autorité intimée assume au moins 55% de la rémunération des services hospitaliers (art. 49a al. 1 et 2 LAMal) ne permet pas d'assurer qu'une attention suffisante sera portée aux aspects liés à l'efficacité économique et à l'efficience des prestations lors de l'approbation des conventions collectives.

Le Tribunal fédéral souligne encore que, outre les prix, la concurrence peut également porter sur la qualité des prestations fournies. Dans l'assurance-maladie obligatoire, ces prestations sont toutefois soumises à d'importantes restrictions. Ainsi, les prestataires de service doivent par exemple limiter leurs prestations à ce qui est dans l'intérêt de l'assuré et nécessaire au traitement (art. 56 al. 1 LAMal). Par conséquent, la concurrence en matière de qualité ne peut s'exercer que dans un cadre juridique très restreint.

La société recourante argue finalement que sa qualité de société anonyme l'expose à un risque de perte totale ou d'insolvabilité qui empêcherait de la considérer comme un organisme de droit public au sens du droit des marchés publics. Le Tribunal fédéral relève à

cet égard que le fait pour un organisme de ne pas supporter de risque économique conduit effectivement à exclure une activité commerciale, mais que l'inverse n'est pas nécessairement vrai. Le fait pour une société d'être sujette à une faillite ne conduit donc pas forcément à la conclusion qu'elle accomplit une activité commerciale au sens de la note de bas de page 1 de l'Appendice I Annexe 3 AMP. Il faut prendre en compte toutes les circonstances pertinentes. Ainsi, en l'espèce, une activité commerciale peut notamment être exclue du fait qu'un soutien des communes actionnaires paraît envisageable en cas de difficultés financières, de sorte que les risques supportés par la société recourante sont limités.

Pour toutes ces raisons, le Tribunal fédéral retient que c'est à bon droit que le *Verwaltungsgericht* a considéré que la société recourante tombait dans le champ d'application de l'art. 8 al. 1 AIMP. Le recours est ainsi rejeté.

Proposition de citation : Quentin Cuendet, L'assujettissement au droit des marchés publics d'un hôpital détenu par des communes, in: https://lawinside.ch/754/