

## LA « BELLE MISSION DE SERVICE PUBLIC »

par Jean-Marie PONTIER

*Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne (Université Paris I)*



Le beau est, dans la définition traditionnelle, ce qui inspire l'admiration, le respect. Enoncée par un professeur de droit, l'expression « belle mission de service public » susciterait sans doute moquerie, raillerie ou sarcasmes. Mais il se trouve qu'elle est le fait des autorités publiques, elle figure dans l'exposé d'un motif d'un projet devenu la loi du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision.

On pourrait certes réagir en se récriant, dénoncer la tromperie, se scandaliser de propos qui pourraient facilement encourir le reproche d'être une illusion, un hommage rendu par le vice à la vertu. On serait d'autant plus tenté d'aller en ce sens que le domaine de la communication invite à l'apostrophe : où est donc le « mieux disant culturel » qu'en d'autres temps, et d'autres mœurs, les pouvoirs publics comme les sociétés de programme proclamaient, à cors et à cris, à qui voulait bien l'entendre ? Autant en a emporté le vent, qui n'était même pas celui de l'histoire.

Mais avant de tourner un peu trop vite la page, courroucé ou exaspéré, on peut s'interroger sur cette formule. Il est de bon ton, aujourd'hui, de se lamenter sur le service public, sur ce qu'il n'est plus, de manifester une certaine nostalgie à son égard. Et, certes, les motifs de se plaindre ne manquent assurément pas.

Cependant d'autres signes doivent être pris en considération. Le nombre de services publics non seulement ne diminue pas mais augmente sans cesse. Au surplus, aujourd'hui c'est le législateur qui crée le plus souvent ces nouveaux services publics ce qui, à tout le moins, est un signe de l'attirance, de la séduction qu'exerce le service public. Et l'on ne peut se contenter d'écarter ce fait d'un revers de la main.

Comment interpréter cette fortune du service public ? Comme bien des réalités, selon l'angle du prisme sous lequel on l'examine, le point de vue est différent. Une interprétation « minimaliste » consiste à dire que le succès du service public s'est effectuée au détriment de sa consistance, que l'appellation service public n'est plus, au fond, qu'une étiquette de bienséance, de savoir-vivre, ou, dans une autre perspective, une manière facile pour les pouvoirs publics de se donner bonne conscience.

Mais le service public qui crée nos regrets, n'est-ce pas un service public rêvé ? N'aurions-nous pas fabriqué un service public éloigné des services publics réels, un service public qui aurait été l'essence du service public, un concept dégagé de toutes les contingences, de toutes les atteintes qui affectent les services publics que nous observons ?

Ne demeure-t-il pas vrai, nonobstant toutes les objections que l'on peut présenter, que, fondamentalement, la mission de service public demeure « belle » parce que, par delà les accidents de l'histoire, des crises qu'il a connues, de la désaffection dont il paraît être l'objet, parfois, de la part des pouvoirs publics, le service public continue d'être une référence et, à défaut d'être l'étoile polaire du droit administratif, un fanal qui est un rappel, celui des exigences qui découlent de cette notion ?

Par ailleurs, cette sorte de « désenchantement » qui frappe le service public – et qui n'est évidemment pas limitée à ce dernier – tient sans doute en partie à l'ambiguïté de la « mission de service public ». Car, dans la mesure où elle peut être poursuivie par des personnes aux statuts les plus divers et selon des modalités elles-mêmes fort variées, la mission de service public s'est peut-être inéluctablement diluée. Le service public a diffusé en gagnant des terres toujours plus lointaines, mais peut-être cette diffusion s'est-elle effectuée au détriment de la force, de la « pureté » du service public.

Il reste, enfin, que la mission est, étymologiquement, l'envoi, et que, à travers cette expression de mission de service public, c'est un devoir qui, à l'insu parfois de ceux qui l'évoquent, est rappelé à tous ceux qui ont des responsabilités et affirment s'inscrire dans le cadre du service public. Si cela est modeste, ce n'est pas rien.



# LA PRÉPARATION DES PROJETS DE LOI

par Jean-Marie PONTIER

*Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne (Université Paris I)*

La préparation des projets de lois présente en France un certain nombre de particularités notables par rapport aux autres pays, particularités qu'il convient de rappeler avant d'examiner les étapes et les détails de la procédure préalable à la discussion et à l'adoption des lois.

En premier lieu, la loi occupe en France une place importante, tant sur le plan normatif et symbolique – même si cela est moins important que ce ne fut – que, surtout, sur le plan quantitatif.

Sur le plan de la symbolique normative, la France est demeurée longtemps marquée par une certaine conception de la loi, qui était une conception « sacralisée » héritée des philosophes du 18<sup>e</sup> siècle, en particulier Rousseau : la loi était considérée comme l'expression de la « Volonté générale », qui ne pouvait se tromper ; la loi, par conséquent, ne pouvait pas, non plus, se tromper, et elle était considérée, **en fait**, comme la norme suprême. Cette conception révolutionnaire a perduré jusqu'à la Constitution de la Cinquième République, en 1958. La préparation des projets de loi était bien faite dans les services administratifs mais, au Parlement, les commissions spécialisées transformaient totalement le texte, qui ne ressemblait plus du tout, une fois adopté, à celui qui avait été soumis au Parlement. Et en ce qui concerne les propositions de loi, qui étaient très nombreuses, la préparation était uniquement assurée dans le cadre des commissions parlementaires.

La loi est également importante sur un plan strictement quantitatif, en ce double sens que, d'une part, le nombre de lois votées est en augmentation constante – même lorsque les dirigeants affirment lutter contre « l'inflation normative » - et que, d'autre part, les lois se sont accrues en longueur, le nombre de dispositions, d'articles, de loi, est sans commune mesure avec ce qu'il fut dans le passé. Plusieurs facteurs expliquent cette situation, qui se traduit par l'existence, aujourd'hui, de plus de 8000 lois applicables réparties en plus de 50 codes.

Un premier facteur d'inflation normative (inflation qui touche évidemment la production réglementaire, le nombre de décrets applicables étant de plus de 130 000) est l'accroissement du rôle de la puissance publique. Cet accroissement a été dû, dans un premier temps (la première moitié du 20<sup>e</sup> siècle et jusque vers les années 1980) à un

interventionnisme de plus en plus grand de l'État dans le domaine économique et social. Dans un second temps, et même avec ce que l'on appelle le « recul » de l'État (et qu'il conviendrait sans doute de relativiser) la puissance publique conserve un rôle essentiel, voire acquiert un rôle qu'elle n'avait pas auparavant, avec les réglementations en matière de protection des personnes dans les domaines les plus divers et en matière de prévention des risques, qu'il s'agisse de risques industriels, alimentaires, sanitaires ou autres.

Un deuxième facteur est constitué, incontestablement, par une « demande » des citoyens, du public. A partir du moment où un problème de société (ou considéré comme tel) apparaît, les citoyens sont tentés de se tourner vers les pouvoirs publics (une formule populaire, mais qui correspond à une certaine réalité, est : « mais que fait donc le gouvernement ? ») pour qu'ils interviennent, et cette intervention prend facilement la forme d'une loi. Un exemple significatif est représenté par les lois – car il n'y en a pas une seule, mais plusieurs – sur les « chiens dangereux » : quelques enfants ayant été cruellement mordus par des chiens, et en étant, parfois, décédés, et ces accidents ayant été fortement médiatisés, l'opinion publique a demandé une réglementation, et la réponse a été celle de l'adoption de plusieurs lois sur les chiens dangereux...

Un troisième facteur, non négligeable, de production législative est représenté par la décentralisation. En ce domaine, il existait quelques lois anciennes – notamment les deux lois de base qu'étaient la loi du 10 août 1871 pour les départements et la loi du 5 avril 1884 pour les communes, avec quelques ajouts qui avaient été effectués au fil du temps – mais l'ensemble ne constituait pas un *corpus* très développé.

Tout ceci a changé lorsque l'on a vraiment voulu opérer une décentralisation réelle, à partir du début de la Cinquième République. Je vais en donner trois illustrations. En premier lieu, et c'est là encore une spécificité de la France, les agents travaillant dans les collectivités territoriales ont demandé un véritable « statut » pour ne pas être soumis à l'arbitraire des autorités locales. Et c'est ainsi qu'a été adopté le statut de la *fonction publique territoriale*, cette fonction publique, largement imitée de la fonction publique de l'État (notamment en ce qui concerne les garanties) s'ajoutant à celle-ci (la troisième fonction publique est la fonction publique hospitalière). La loi de base sur cette fonction publique, qui est du 26 janvier 1984 et qui est modifiée en permanence (en gagnant chaque fois en longueur) s'applique à environ 1 300 000 agents.

En deuxième lieu, la décentralisation repose largement sur une répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales, sur un transfert de compétences de l'État vers les collectivités territoriales. Cela implique des dispositions longues et détaillées pour chaque domaine considéré, qu'il s'agisse, par exemple, de l'enseignement

et de la formation, de l'action sociale et de l'aide sociale, de la santé, de la culture, du sport, du tourisme...

En troisième lieu, étant donné le grand nombre, en France, de communes, et de petites communes (36 700 environ), il a fallu trouver un moyen de pallier les inconvénients de cette situation, et ce moyen, ce sont les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI). Ces établissements publics ont été multipliés par le législateur, ce qui signifie, là encore, des lois. Actuellement, un projet de loi de réforme des collectivités territoriales est en débat au Parlement, il prévoit la création de nouvelles catégories d'établissements de coopération.

Un quatrième facteur d'inflation normative doit enfin être signalé, il s'agit des institutions communautaires. L'Union européenne est productrice de normes qui sont, elles aussi, très longues. Parmi ces normes communautaires figurent les règlements et, surtout, les directives. Celles-ci doivent faire l'objet, dans chaque pays de l'Union, d'une « transposition », qui peut être effectuée, soit par la voie législative, soit par la voie réglementaire. La France choisit fréquemment la voie législative ce qui signifie, de nouveau, des lois, et des lois très longues.

Une autre particularité française très importante doit être citée, parce qu'elle conditionne, détermine, tant le processus de préparation des textes avant leur adoption, soit par le législateur, soit par le pouvoir réglementaire, c'est l'existence, dans notre pays, du Conseil d'État. Plusieurs pays disposent, à l'instar de la France et, souvent, à l'imitation de la France, d'un juge administratif spécifique, chargé, pour simplifier, de juger l'administration.

Mais la France est sans doute le seul pays où, pour des raisons historiques, le Conseil d'État exerce une dualité de fonctions, une fonction juridictionnelle – ce qui est le plus classique – et une fonction consultative. A la fin du 19<sup>e</sup> siècle, encore, certains auteurs estimaient que cette fonction consultative du Conseil d'État était plus importante que sa fonction juridictionnelle. Celle-ci est devenue aujourd'hui essentielle, mais elle n'a pas fait disparaître la fonction consultative. Cela a d'ailleurs été de nature à soulever quelques difficultés avec la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) qui a du mal à comprendre et, plus encore, à admettre, qu'une même institution puisse, à la fois – et même si c'est par des formations distinctes – conseiller le gouvernement et le sanctionner.

Quoi qu'il en soit de ce problème, la fonction consultative du Conseil d'État entraîne des conséquences capitales dans le processus de préparation des textes de loi et de nombreux décrets : c'est par le Conseil d'État que passe toute cette préparation, c'est le

Conseil d'État qui joue le rôle essentiel dans la détermination de la rédaction du texte qui est ensuite soumis au Parlement. La confection de la loi doit beaucoup au Conseil d'État.

## **I – LE RÔLE DU CONSEIL D'ÉTAT DANS L'ÉLABORATION DES TEXTES**

Le Conseil d'État est en quelque sorte l'héritier du « conseil du Roi », qui existait du temps de la monarchie et qui était chargé, comme son nom l'indique, de conseiller le roi sur les décisions qu'il avait à prendre. Le conseil du roi fut naturellement supprimé à la Révolution, mais lorsque Napoléon créa le Conseil d'État, la fonction d'organe consultatif lui fut conférée, et l'on considéra que c'était là la fonction la plus importante (il ne faut pas oublier que dans les années 1800 la fonction contentieuse est encore naissante et balbutiante). Ces deux fonctions sont institutionnellement distinctes, avec les sections administratives d'un côté, la section contentieuse (et ses sous-sections) de l'autre.

Le Conseil d'État comportait traditionnellement (sans compter la section du rapport et des études) quatre sections administratives : la section de l'intérieur, la section sociale, la section économique et la section fiscale. L'ensemble des affaires – c'est-à-dire des projets de loi et des projets de décret – était porté devant l'une ou l'autre de ces sections. Il est apparu que cela n'était pas suffisant (il faut voir que dans les années 1800, au moment de la création de ces sections, il y avait entre 6 et 10 ministères, tandis qu'aujourd'hui le nombre de départements ministériels tourne autour de 40 à 50). C'est pourquoi le décret n° 2008-225 du 6 mars 2008 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'État crée une cinquième section, la section de l'administration.

La section de l'administration, composée d'une quinzaine de membres, examine les affaires relevant du ministre de la défense (hors les questions relatives aux anciens combattants et victimes de guerre et aux pensions) ainsi que les affaires relatives : à la gestion des ressources humaines de l'État, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics administratifs et des établissements d'hospitalisation publics ; aux droits et obligations et aux statuts des fonctionnaires ainsi qu'aux règles applicables aux autres agents publics, à l'exception des membres de la juridiction administrative et des magistrats de l'ordre judiciaire ; au « dialogue social » au sein des administrations.

La section de l'administration est également chargée d'examiner les affaires concernant les règles générales applicables : à la commande publique ; aux propriétés publiques ; à la réforme de l'État et des services publics et à l'amélioration de l'efficacité de leur gestion ; à l'organisation de l'État et des services publics, aux délégations de pouvoirs et de signature, à la déconcentration et à l'administration consultative ; à la

procédure administrative non contentieuse, aux relations entre l'administration et les usagers et aux mesures de simplification des formalités administratives ; à la création de catégories de personnes publiques, à l'exception des collectivités territoriales.

Le Conseil d'État est **obligatoirement** consulté sur les projets de textes suivants :

- les projets de loi, en application de l'article 39 de la Constitution,
- les projets d'ordonnances, en application des articles 38 et 74-1 de la Constitution,
- les projets de décrets pris pour l'application de dispositions législatives prévoyant sa consultation (ce sont le plus souvent des lois prises sur le fondement de l'article 34 ainsi que, secondairement, sur le fondement de l'article 72 de la Constitution) ou bien pris en application du second alinéa de l'article 37 de la Constitution (ce que l'on a appelé un temps les « règlements autonomes »). En dehors de ces dispositions, il n'existe pas de dispositions générales déterminant les textes qui doivent être soumis au Conseil d'État.

Dans ces différentes étapes, le Secrétariat général du gouvernement (SGG : depuis la création de cette institution, en 1945, il est de tradition que le poste de Secrétaire général du gouvernement soit tenu par un membre du Conseil d'État). Le secrétaire général du gouvernement saisit le Conseil d'État des projets de loi, d'ordonnances et de décrets en Conseil d'État et en Conseil des ministres, il inscrit ces projets à l'ordre du jour du Conseil des ministres et il recueille les contreseings des ministres concernés. Sauf urgence, la transmission d'un projet au Conseil d'État par les soins du secrétariat général du gouvernement doit précéder d'au moins quatre semaines sa présentation au Conseil des ministres.

La procédure d'examen des textes devant le Conseil d'État s'effectue en plusieurs étapes.

La première étape est celle du dépôt du projet de texte ou de la question puisque, le Conseil d'État étant un organe de conseil du gouvernement, celui-ci peut le saisir d'une question sur laquelle il souhaite avoir l'avis du Conseil d'État). Le texte (ou la question) est affecté à une section, ou à plusieurs sections simultanément, ou encore à une commission spéciale. Il y a, simultanément, affectation à un rapporteur par le président de la section. Plusieurs rapporteurs peuvent être désignés si le projet de texte est particulièrement long et complexe.

La deuxième étape est l'instructeur du dossier par le rapporteur. Celui-ci auditionne les représentants qui se tiennent au Conseil d'État. Le rapporteur prépare un projet de texte qui, le plus souvent, amende le projet du gouvernement. Le projet est éventuellement accompagné d'une note au gouvernement si le rapporteur veut attirer

l'attention de ce dernier sur des points particuliers tenant à la rédaction du texte ou à sa qualité juridictionnelle.

La troisième étape est le passage en séance de section (le cas échéant en sections réunies ou en commission spéciale). Le rapporteur lit son rapport et son projet, le cas échéant accompagné d'une note. Une discussion a lieu avec les membres de la section et les représentants des ministères concernés. Un projet de texte et/ou d'une note est adopté par la section.

La quatrième étape (éventuelle) est le passage en Assemblée générale, si cela se révèle nécessaire. Devant l'Assemblée, le rapporteur présente le projet adopté par la section et expose les raisons qui ont conduit la section à cette position. Une discussion a lieu avec les membres de l'Assemblée générale et les représentants des ministères concernés. L'Assemblée générale adopte un projet de texte et/ou d'une note.

Le Conseil d'État peut être **facultativement** consulté sur toutes les autres catégories de textes, tout au moins en ce qui concerne les décrets. Il faut également signaler une possibilité intéressante qui a été ouverte par la réforme constitutionnelle de 2008 : ce n'est plus seulement le gouvernement qui peut saisir le Conseil d'État pour avis. Les parlementaires qui déposent des propositions de loi peuvent désormais, en application de l'article 39 de la Constitution, saisir pour avis le Conseil d'État. Cela peut permettre d'éviter des irrecevabilités et accroître le nombre de lois qui sont d'origine parlementaire.

## **II – LES ÉTUDES D'IMPACT ET LES EXPOSÉS DES MOTIFS**

La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 a, entre autres modifications, modifié l'article 39 de la Constitution. L'alinéa 3 de cet article 39 dispose : « La présentation des projets de loi déposés devant l'Assemblée nationale ou le Sénat répond aux conditions fixées par une loi organique ». Et l'alinéa du même article organise un mode de règlement des litiges entre le gouvernement et les assemblées si les règles de présentation des projets de loi ne sont pas respectées. Cette réforme constitutionnalise l'exigence des études d'impact préalablement à l'adoption d'un projet de loi. La loi organique du 15 avril 2009 précise les conditions d'intervention des études d'impact. Mais avant de présenter cette loi, il convient de revenir sur l'historique des études d'impact, ce qui explique la réforme de 2008 sur ce point.

## 1 – Les études d'impact avant 2008

La consécration des études d'impact par la réforme constitutionnelle de 2008 n'est pas une véritable nouveauté quant à son objet, car il y avait déjà des études d'impact, avant cette date, et les études d'impact ne sont d'ailleurs pas la seule modalité d'appréciation des projets de loi avant que ceux-ci ne soient adoptés.

L'idée générale qui commande les études d'impact est celle d'une **évaluation préalable** des projets de loi. Cette idée est difficilement contestable : si un projet de loi est préparé trop rapidement, sans véritable étude préalable, il risque de ne pas répondre au besoin pour lequel il a été prévu, la loi risque de connaître une mauvaise application, voire pas d'application du tout.

Les études d'impact existaient en France avant 2008, et il en existait de deux sortes. Une première catégorie d'études d'impacts était représentée par les études d'impact effectuées préalablement à la réalisation d'ouvrages ayant des incidences sur l'environnement. On estime qu'environ 6000 études d'impact sont réalisées chaque année en France en ce domaine. Mais ces études d'impact, outre qu'elles ont un objet précis, présentent également une particularité propre, qui est celle de leur logique, consistant à intégrer dans un texte les données environnementales. C'est une préoccupation plus limitée que celle des études d'impact qui ont été consacrées en 2008, et qui consistent à s'interroger sur l'intérêt et les effets d'une loi que l'on projette de faire adopter.

C'est pourquoi les pouvoirs publics ont pensé, bien avant 2008, à des études d'impact ayant un objet plus général que celles auxquelles il vient d'être fait référence en matière d'incidences sur l'environnement. Une circulaire du Premier ministre du 26 juillet 1995 relative à la préparation et à la mise en œuvre de la réforme de l'État et des services publics invitait les ministères à procéder à des études d'impact avant de proposer des projets de loi ou de décret. Une autre circulaire du Premier ministre aux ministres, en date du 21 novembre 1995, exposait clairement les avantages attendus des études d'impact, en élargissant d'ailleurs la préoccupation aux exposés des motifs. La circulaire déclarait : « les exposés des motifs des projets de loi et les rapports de présentation des décrets se bornent le plus souvent à un résumé des objectifs généraux poursuivis et à une paraphrase plus ou moins développée des dispositions contenues dans le corps du texte. Document distinct annexé à l'exposé des motifs ou au rapport de présentation, l'étude d'impact doit, elle, comporter une analyse précise des avantages attendus et des multiples incidences du texte ».

La méthode de l'étude d'impact préalable avait ensuite été généralisée par une circulaire du Premier ministre du 26 janvier 1998 relative à l'étude d'impact des projets de loi et de décret en Conseil d'État. La circulaire précisait : « l'objet de l'étude d'impact est d'évaluer *a priori* les effets administratifs, juridiques, sociaux, économiques et budgétaires des mesures envisagées et de s'assurer, de manière probante, que la totalité de leurs conséquences a été appréciée préalablement à la décision publique ». L'étude d'impact était ainsi présentée comme étant avant tout un outil d'aide à la décision publique. Car si la phase législative d'adoption d'un texte est évidemment déterminante, les phases antérieures à cette phase législative gagnent à être éclairées par un travail de ce type.

Cependant, le champ d'application des études d'impact tel qu'il était prévu par cette circulaire du Premier ministre du 26 janvier 1998 était limité. La circulaire exonérait de cette exigence les projets de loi d'habilitation, « du fait de leur teneur spécifique », ainsi que les projets de loi portant ratification d'ordonnances, dès lors qu'ils ne modifiaient pas les dispositions de l'ordonnance, dans la mesure où le projet d'ordonnance devait faire lui-même l'objet d'une étude d'impact. Par ailleurs, la circulaire n'envisageait les études d'impact sur les projets d'accords internationaux ou d'actes communautaires que comme une simple possibilité, sans les rendre obligatoires.

Un groupe de travail présidé par le conseiller d'État Bruno Lasserre a réfléchi, en 2004, sur la qualité de la réglementation. A l'issue de ses travaux, il proposait de limiter l'obligation d'effectuer une analyse d'impact aux projets répondant aux critères suivants :

- D'une part, les projets dont l'enjeu financier est supérieur à 50 millions d'euros, ou dont les destinataires finaux directs sont d'un nombre supérieur à un million ou qui ont un impact significatif sur un secteur économique ou social ou à une profession déterminés.

- D'autre part, les projets qui, bien que ne répondant pas à l'un de ces critères, pourraient cependant être utilement soumis à l'analyse parce qu'ils concernent « un domaine où une réflexion plus générale sur l'impact de la réglementation est opportun », ou « un domaine réglementaire caractérisé par des modifications fréquentes » (Rapport Lasserre).

Après dix années de mise en œuvre du dispositif de l'étude d'impact, un « groupe interministériel sur la qualité de la réglementation », présidé par le conseiller d'État D. Mandelkern, dépose en 2002 un rapport qui constate que si les études d'impact étaient, en règle générale, effectivement effectuées, leur contenu était « de densité et de qualité inégale et souvent insuffisant pour éclairer utilement la décision, ou la remettre en cause ». Le rapport constatait que la réalisation tardive des études, souvent après

l'arbitrage qui avait été fait, empêchait que ces études soient un élément significatif du processus de décision.

Afin de remédier à ces imperfections, le rapport Mandelkern proposait une révision d'ensemble du cadre de l'étude d'impact :

- Il proposait d'abord de fixer « un cadre temporel qui laisse sa place au temps nécessaire à l'étude d'impact ainsi qu'aux autres étapes et notamment à la procédure d'arbitrage ».

- Ensuite, il suggérait de procéder au préalable à une réunion de programmation et de méthode, pour définir un calendrier prévisionnel, pour prévoir une répartition des tâches comportant notamment la désignation d'un responsable en charge de l'étude, et pour préciser l'articulation des différentes étapes.

- En troisième lieu, le rapport proposait de privilégier dans l'étude d'impact la question du coût de la réglementation envisagée ainsi que celle des conditions de la mise en œuvre effective des nouvelles normes par les administrations concernées.

- Enfin, le rapport proposait d'améliorer la gestion des études d'impact, par la diffusion d'un guide méthodologique et par la création de centres de ressources et d'appui, à partir des compétences existantes et tout particulièrement des inspections générales et des corps de contrôle, ainsi que par un effort de formation des agents publics à la mesure de l'impact de la réglementation.

Par la suite, et afin de prendre en compte certaines des recommandations du rapport Mandelkern, la procédure mise en place en 1998 a été suspendue à compter de septembre 2003 par une nouvelle circulaire du Premier ministre du 26 août 2003. Cette circulaire a prévu de substituer au dispositif existant un dispositif beaucoup plus souple.

Cette circulaire du 26 août 2003 a confié à une « réunion de programmation », placée sous la présidence du Secrétaire général du gouvernement et d'un membre du cabinet du Premier ministre, le soin d'apprécier, sur chaque projet de texte, et compte tenu de la nature et de la portée du dispositif envisagé, s'il convient de lancer une étude d'impact et selon quelles modalités cette étude doit être réalisée. La même circulaire a également prévu qu'il puisse être fait appel « à un réseau de personnes ressources, choisies au sein des corps d'inspection ainsi que parmi les différentes administrations, le Secrétariat général du gouvernement ayant la charge de constituer et d'animer le réseau.

Cependant, alors que la France abandonnait le principe du recours systématique aux études d'impact, certains autres pays en Europe, et les institutions communautaires, développaient au contraire les études d'impact. Ainsi, notamment, dans le cadre de son « Plan d'action pour l'amélioration de la réglementation », la Commission européenne a décidé, en mai 2002, de mettre en place une méthode d'analyse d'impact intégrée, que

la Commission définissait de la manière suivante dans sa communication : « L'analyse d'impact identifie les effets positifs et négatifs probables des actions proposées, ce qui permet de porter une appréciation politique sur la proposition en toute connaissance de cause et d'identifier les compromis dans la réalisation d'objectifs concurrents (...). La nouvelle méthode d'analyse d'impact intègre dans un seul instrument toutes les analyses sectorielles concernant les incidences directes et indirectes d'une mesure proposée, ce qui rompt avec la situation actuelle caractérisée par plusieurs analyses partielles ».

Cette évolution générale a conduit le Conseil d'État à préconiser, dans son rapport de 2006, une autre méthode que celle des circulaires, en proposant qu'une loi organique subordonne le dépôt d'un projet de loi à une évaluation préalable de l'impact de la réforme. Pour cela, il a souhaité que l'article 39 de la Constitution soit modifié, et il a suggéré de profiter de l'occasion présentée par la réforme constitutionnelle sur la constitutionnalisation de l'interdiction de la peine de mort. Cela ne fut pas fait à cette occasion mais, lors de la nouvelle réforme constitutionnelle de 2008, l'article 39 de la Constitution a été modifié en suivant largement les préconisations du Conseil d'État.

## **2 – La loi organique du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution**

Conformément aux prescriptions posées par le Constituant en 2008, une loi organique a été adoptée le 15 avril 2009, celle qui est citée ci-dessus. Précisons que, s'agissant d'une loi organique, elle a fait l'objet « automatiquement » d'un contrôle de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel. Celui-ci, après avoir apporté certaines corrections, a validé, par sa décision n° 2009-579 DC du 9 avril 2009, les dispositions de la loi organique.

La loi du 15 avril 2009 comporte un chapitre II intitulé « Dispositions relatives à la présentation des projets de loi prises en vertu de l'article 39 de la Constitution » (le chapitre Ier est consacré aux dispositions relatives aux résolutions des assemblées parlementaires en vertu de l'article 34-1 de la Constitution modifié).

La loi commence par affirmer, dans son article 7, que : « Les projets de loi sont précédés de l'exposé de leurs motifs ». A vrai dire, il n'y a là aucune innovation : depuis longtemps, les projets de loi sont précédés d'un exposé des motifs. Dans une décision du 7 avril 2005, le Conseil constitutionnel a évoqué « l'exposé des motifs qui, conformément à la tradition républicaine, accompagne un projet de loi et présente les motifs pour lesquels son adoption est proposé » et il a précisé que l'exposé des motifs « est inséparable de ce projet ». On s'est interrogé, lors des débats relatifs à la loi organique,

sur le statut juridique de l'exposé des motifs. Dans certains pays, les parlementaires peuvent modifier l'exposé des motifs, et se prononcent sur lui en même temps que sur le texte de loi. Il n'a pas paru utile aux rapporteurs des deux assemblées de conférer un tel statut à l'exposé des motifs. Le projet de loi émane, par définition, du gouvernement, l'exposé des motifs exprime la manière dont ce dernier envisage le texte. Le Parlement peut bouleverser l'économie du texte, ce qui enlève à l'exposé des motifs son sens ou sa cohérence, et l'intention du législateur apparaît à travers les débats et les votes. Le texte de loi adopté est assez souvent un compromis entre les deux assemblées, il serait difficile pour cette raison d'avoir un exposé des motifs qui exprimerait le point de vue du Parlement, sauf à présenter les différentes positions en présence, ce qui rallongerait le texte et, plus encore, le temps d'adoption de la loi.

Les études d'impact sont visées par l'article 8 de la loi organique qui affirme que les projets de loi font l'objet d'une étude d'impact. Le champ d'application de cette exigence est précisé par l'article 9 de la loi, qui prévoit surtout les exceptions, les exclusions.

En effet, cette exigence n'est pas applicable aux projets de révisions constitutionnelles, aux projets de loi de finances, aux projets de loi de financement de la sécurité sociale, aux projets de loi de programmation visés au vingt-et-unième alinéa de l'article 34 de la Constitution ainsi qu'aux projets de loi prorogeant des états de crise. Cette exigence n'est pas applicable non plus aux projets de loi présentés au titre de l'article 53 de la Constitution, article 53 qui est relatif aux lois de ratification des traités de paix, des traités de commerce, des traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, des traités qui engagent les finances de l'État, des traités qui modifient des dispositions de nature législative, des traités relatifs à l'état des personnes, des traités qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire. Toutefois, dans cette hypothèse des projets de lois déposés en application de l'article 53, le dépôt de ces projets doit être accompagné de documents précisant les objectifs poursuivis par les traités ou accords, estimant leurs conséquences économiques, financières, sociales et environnementales, analysant leurs effets sur l'ordre juridique français et présentant l'historique des négociations, l'état des signatures et des ratifications ainsi que, le cas échéant, les réserves ou déclarations interprétatives exprimées par la France.

Il faut relever que, dans son contrôle de la loi organique, le Conseil constitutionnel a déclaré non conformes à la Constitution certaines dispositions. La première phrase de l'article 8 de la loi organique était ainsi rédigée : « Les projets de loi font l'objet d'une étude d'impact dès le début de leur élaboration ». Dans sa décision n° 2009-579 DC du 9 avril 2009, le Conseil constitutionnel, ayant constaté que la compétence conférée par

l'article 39 modifié de la Constitution à la loi organique concerne la présentation des projets de loi par le gouvernement, déclare :

« S'il était loisible au législateur de subordonner (...) l'inscription d'un projet de loi à l'ordre du jour de la première assemblée saisie au dépôt d'une étude d'impact et s'il appartient à la Conférence des présidents de cette assemblée de constater que cette étude d'impact est conforme aux prescriptions de l'article 8 de la loi organique, le législateur ne pouvait demander au gouvernement de justifier de la réalisation de cette étude dès le début de l'élaboration des projets de lois ; (...) par suite, les mots « dès le début de leur élaboration » insérés dans la première phase du premier alinéa de l'article 8 de la loi organique sont contraires à la Constitution ».

Les documents rendant compte de l'étude d'impact imposée par la Constitution sont joints aux projets de loi dès leur transmission au Conseil d'État. Ils sont déposés sur le bureau de la première assemblée saisie en même temps que les projets de loi auxquels ils se rapportent.

Ces documents définissent les objectifs poursuivis par le projet de loi, recensent les options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles et exposent les motifs du recours à une nouvelle législation. La loi organique déclare que ces documents exposent « avec précision » les points suivants :

- l'articulation du projet de loi avec le droit européen en vigueur ou en cours d'élaboration, et son impact sur l'ordre juridique interne.

- l'état d'application du droit sur le territoire national dans le ou les domaines visés par le projet de loi.

- les modalités d'application dans le temps des dispositions envisagées, les textes législatifs et réglementaires à abroger et les mesures transitoires proposées.

- les conditions d'application des dispositions envisagées dans les collectivités territoriales d'outre-mer en justifiant, le cas échéant, les adaptations proposées.

- l'évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales, ainsi que des coûts et bénéfices financiers attendus des dispositions envisagées pour chaque catégorie d'administrations publiques et de personnes physiques et morales intéressées, en indiquant la méthode de calcul retenue.

- l'évaluation des conséquences des dispositions envisagées sur l'emploi public.

- les consultations qui ont été menées avant la saisine du Conseil d'État.

- la liste prévisionnelle des textes d'application nécessaires.

L'article 39, alinéa 4, de la Constitution dispose que les projets de loi ne peuvent être inscrits à l'ordre du jour si la Conférence des présidents de la première assemblée

saisie constate que les règles fixées par la loi organique sont méconnues. En cas de désaccord entre la Conférence des présidents et le Gouvernement, le président de l'assemblée intéressée ou le Premier ministre peut saisir le Conseil constitutionnel, qui statue dans un délai de 8 jours. La loi organique précise dans son article 10 que la décision du Conseil constitutionnel est motivée et qu'elle est notifiée aux présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat et au Premier ministre. Elle est publiée au Journal officiel.





# L'OBSERVATOIRE ÉCONOMIQUE DE L'ACHAT PUBLIC

par Frédéric COLIN

*Maître de conférences de droit public  
à l'Université Paul Cézanne - Aix-Marseille III  
Centre de Recherches Administratives*

Placé auprès du ministre chargé de l'économie, l'Observatoire économique de l'achat public (OEAP), a été créé par l'arrêté du 10 novembre 2005 pris en application de l'article 136 du code des marchés publics et relatif à l'Observatoire économique de l'achat public, et installé le 14 novembre 2005.

L'Observatoire économique de l'achat public rassemble et analyse les données relatives à l'achat public, notamment les données issues du recensement économique des marchés publics. Il constitue une instance de concertation et, à ce titre, met en place et assure le fonctionnement de groupes de travail associant les différents acteurs de la commande publique - acheteurs publics, organisations professionnelles, responsables de la mise en œuvre des politiques économiques et représentants des acheteurs - et acteurs économiques destinés à étudier tous les aspects techniques et économiques de l'achat public.

## I. ORGANISATION

L'observatoire économique de l'achat public est placé auprès du ministre chargé de l'économie. Il est présidé par le ministre chargé de l'économie et, en son absence, par le directeur des affaires juridiques du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

La composition de l'Observatoire a évolué, faisant l'objet de plusieurs arrêtés : l'arrêté du 28 août 2006 portant diverses dispositions relatives aux textes d'application du code des marchés publics ; l'arrêté du 5 décembre 2006 modifiant l'arrêté du 10 novembre 2005 relatif à l'Observatoire économique de l'achat public ; l'arrêté du 12 mars 2007 modifiant l'arrêté du 10 novembre 2005 relatif à l'Observatoire économique de l'achat public.

### 1) Membres de droit

Sont membres de droit de l'observatoire un représentant du président du Sénat et un représentant du président de l'Assemblée nationale.

Sont également membres de droit de l'observatoire :

- le secrétaire général du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie ou son représentant ;
- le directeur général de la comptabilité publique ou son représentant ;
- le directeur des politiques économiques à la direction générale du Trésor et de la politique économique ou son représentant ;
- le directeur général des entreprises ou son représentant ;
- le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ou son représentant ;
- le directeur général de l'Institut national de la statistique et des études économiques ou son représentant ;
- le directeur du budget ou son représentant ;

- le directeur du personnel, de la modernisation et de l'administration du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie ou son représentant ;
- le directeur du commerce, de l'artisanat, des services et des professions libérales ou son représentant ;
- le directeur des affaires juridiques du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie ou son représentant ;
- le président de la Commission des marchés publics de l'État ou son représentant ;
- le directeur de l'agence centrale des achats du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie ou son représentant ;
- le directeur général des collectivités locales au ministère chargé des collectivités locales ou son représentant ;
- un représentant des ministères chargés de la défense, de l'éducation nationale, de l'intérieur, de la santé, de l'équipement, de l'emploi et de la solidarité, de la justice, de la culture et de l'écologie et du développement durable ;
- le délégué général pour l'armement ou son représentant.

## **2) Autres membres**

L'observatoire comprend également les membres suivants :

- les représentants de dix-huit organisations professionnelles, dont au moins deux représentatives des petites et moyennes entreprises ;
- les représentants de deux entreprises publiques constituant des entités adjudicatrices ;
- un représentant de l'Association des maires de France ;
- un représentant de l'Association des maires des grandes villes de France ;
- un représentant de l'Assemblée des départements de France ;
- un représentant de l'Association des régions de France ;
- cinq experts désignés parmi les représentants des acheteurs des collectivités territoriales, du secteur hospitalier, du logement social, des chambres consulaires et de l'économie mixte ;
- des personnalités qualifiées, dans la limite de douze, nommées par le ministre chargé de l'économie, en raison de leur compétence particulière en matière de marchés publics.

## **3) Comité exécutif**

Le comité exécutif est composé de cinq directions de l'administration centrale des ministères de l'Économie et du Budget : la direction des affaires juridiques (DAJ), la direction générale des finances publiques (DGFIP), la direction des politiques économiques de la direction du Trésor et de la politique économique (DGTPE), la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE). Le secrétaire général de l'observatoire est membre du comité exécutif. Il met en œuvre ses décisions. Le comité exécutif se réunit autant que de besoin.

## **4) Secrétariat général**

Le secrétariat général assure la coordination et l'animation des travaux de l'Observatoire. Il est constitué de personnels en activité auprès du ministre chargé de l'économie ou mis à disposition par leurs entités administratives respectives auprès de l'observatoire. Le secrétariat général est plus précisément assuré par la direction des

Affaires juridiques du ministère de l'Économie, des finances et de l'emploi. Le secrétariat général est chargé de la coordination et de l'animation des travaux de l'Observatoire.

Cette composition, très diversifiée, doit garantir l'expression de la diversité des acteurs du monde de l'achat public de manière efficace.

## **II. FONCTIONNEMENT**

L'Observatoire économique de l'achat public se réunit sur convocation de son président, au moins une fois par an. Il adopte, sur proposition du comité exécutif, le programme pluriannuel et le rapport annuel.

Le comité exécutif propose les objectifs de l'observatoire ainsi que son plan de développement. Il propose et exécute le programme pluriannuel. Il détermine les thèmes de concertation et met en place les groupes ad hoc. Il détermine les documents techniques à élaborer par les groupes techniques de travail qu'il met en place. Il valide les documents techniques élaborés.

Les documents préparés par les groupes de travail techniques sont soumis à l'avis d'un *conseil scientifique* préalablement à leur validation par le comité exécutif. La composition du comité scientifique est déterminée par l'Observatoire. Son président est désigné par l'Observatoire économique de l'achat public. Les présidents des groupes d'étude des marchés (GEM) en sont membres de droit. Le conseil scientifique de l'OEAP comprend en outre, en qualité d'expert technique, un représentant : du ministre chargé de l'Économie, du ministre chargé de la Concurrence, du ministre chargé de l'Intérieur, du ministre chargé de l'Éducation, du ministre chargé de la Défense, du ministre chargé de l'Alimentation, du ministre chargé de l'Équipement et des transports, du ministre chargé du Développement durable et de l'environnement, du directeur général de l'Afnor. Font également partie de cette instance cinq représentants des organisations professionnelles représentatives des principaux domaines de l'achat public, dont une représentative des petites et moyennes entreprises.

Le secrétariat général de l'observatoire est assuré par la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

L'observatoire dispose, sur les crédits gérés par le ministre chargé de l'économie, des moyens nécessaires à la réalisation de ses missions. Il fait appel, en tant que de besoin, aux services d'achat et aux services administratifs, statistiques, économiques, techniques et de recherche des ministères. Il peut également recourir à des experts extérieurs à l'administration.

Les membres de l'observatoire et les membres des groupes créés par le comité exécutif peuvent être indemnisés de leurs frais de déplacement dans les conditions prévues par la réglementation applicable aux personnels de l'État effectuant une mission. Ces indemnités sont prises en charge par le ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

Le règlement intérieur de l'observatoire est adopté par le comité exécutif.

La direction des affaires juridiques du ministère chargé de l'économie en assure le secrétariat général.

## **III. MISSIONS**

L'OEAP s'est vu confier plusieurs missions par l'arrêté du 10 novembre 2005 ainsi que par les articles 131 et 132 du Code des marchés publics (CMP) :

1) L'Observatoire économique de l'achat public rassemble et analyse les données relatives à l'achat public, et notamment les données issues du *recensement économique des marchés publics* prévu à l'article 131 du CMP (L'arrêté du 11 décembre 2006 a mis en place le dispositif de recueil des données pour les contrats supérieurs à 90 000 € HT, de manière exhaustive ; pour les contrats compris entre 4 000 et 90 000 € HT l'arrêté du 22 octobre 2007 a prévu un recensement par sondage). L'observatoire effectue chaque année un recensement économique des marchés et des accords-cadres réalisés par les personnes soumises au code des marchés publics et par les personnes définies au I de l'article 3 (organismes de droit privé ou les organismes de droit public autres que ceux soumis au code des marchés publics dotés de la personnalité juridique et qui ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial) et aux articles 4 (opérateurs de réseaux) et 5 (centrale d'achat) de 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. Les services qui passent les marchés et accords-cadres ou qui règlent les sommes dues au titre de ces marchés et accords-cadres transmettent, les données nécessaires à ce recensement.

Pour les contrats d'un montant supérieur à 90 000 € HT, les données sont obtenues par l'intermédiaire d'une fiche de recensement établie obligatoirement par les acheteurs publics lors de la notification du contrat, de l'avenant ou de l'acte spécial de sous-traitance et transmise au comptable du Trésor assignataire de la dépense ou, dans certaines conditions, à l'Observatoire économique de l'achat public. Afin de faciliter la procédure, l'Observatoire a diffusé un guide du recensement des achats publics ([http://www.bercy.gouv.fr/formulaires/daj/recense/guide\\_recensement.pdf](http://www.bercy.gouv.fr/formulaires/daj/recense/guide_recensement.pdf)).

Pour les contrats entre 4 000 et 90 000 € HT, une enquête est réalisée auprès d'un échantillon représentatif d'acheteurs publics établi tous les ans de façon aléatoire par l'INSEE (auprès de plus de 6 900 acheteurs en 2008).

Ainsi, en 2006, l'Observatoire a recensé, avec la mise en place d'une application logicielle dédiée (ARAMIS) 178 735 contrats pour un montant total de 59,3 milliards d'euros, et retient que les collectivités territoriales restent les premiers acheteurs publics avec 54 % du montant et 88 % du nombre des marchés notifiés recensés (pour plus de précisions : [http://www.minefe.gouv.fr/directions\\_services/daj/oeap/recensement/1\\_Proc\\_2006.pdf](http://www.minefe.gouv.fr/directions_services/daj/oeap/recensement/1_Proc_2006.pdf)).

L'observatoire produit des données sur la part des marchés publics obtenus par des petites et moyennes entreprises.

2) L'Observatoire tient à disposition une information synthétique relative aux aspects techniques et économiques de la commande publique, notamment sur son site internet ([http://www.minefe.gouv.fr/directions\\_services/daj/oeap/index.htm](http://www.minefe.gouv.fr/directions_services/daj/oeap/index.htm) ; contact courriel : [oeap@finances.gouv.fr](mailto:oeap@finances.gouv.fr)). Il réalise donc une analyse économique des marchés publics, qui doit permettre notamment d'objectiver la mesure de la commande publique, et de réduire les écarts d'appréciation parfois considérables selon les différentes estimations.

3) L'Observatoire constitue une instance permanente de concertation et à ce titre met en place et assure le fonctionnement de groupes de travail associant acheteurs publics et acteurs économiques destinés à étudier tous les aspects techniques et économiques de l'achat public. A cet effet, il peut créer des groupes d'étude des marchés (GEM) chargés d'élaborer, en particulier, des recommandations techniques, des cahiers des clauses techniques ou des guides techniques destinés à faciliter la passation et l'exécution des marchés publics. Les missions, la composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement des groupes d'étude des marchés sont fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie. Il existe actuellement 10 groupes d'étude des marchés : GEM Ascenseurs (GEM Asc) ; GEM Produits de santé (GEM PS) ; GEM Restauration collective et Nutrition (GEM-RCN) ; GEM Ouvrages, Travaux et Maîtrise d'œuvre (GEM-OTM) ; GEM Développement durable, environnement (GEM-DDEN) ; GEM Chauffage et

Climatisation (GEM-CC) ; GEM Informatique et Communications électroniques (GEM-ICE) ; GEM Ameublement et équipement des bureaux et établissements d'enseignement (GEM-AB) ; GEM Chimie et Parachimie (GEM-CP) ; GEM Habillement et textile (GEM-HeT).

Il constitue un lieu de concertation entre acteurs de la commande publique sur les aspects techniques et économiques de l'achat public, grâce, en particulier, à ces GEM, et à des Ateliers de réflexion (Il existe actuellement quatre ateliers de réflexion : PME et commande publique ; Dématérialisation de l'achat public ; Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées ; Impact économique de l'achat public durable).

#### **IV. ACTIONS ET RÉALISATIONS**

##### **1) Assemblée plénière**

L'assemblée plénière annuelle se focalise sur des thèmes récurrents :

- Les résultats globaux du recensement annuel et les analyses économiques du recensement (p. ex. analyse des écarts entre les différentes évaluations de l'achat public ; analyse relative à la part des PME dans la commande publique)
- L'enquête sur les marchés de 4 000 à 90 000 euros
- les avis (p. ex. en 2007 sur les propositions du Grenelle de l'Environnement)
- les Ateliers de réflexion de l'OEAP, dans différents thèmes ; notamment : PME et commande publique ; Dématérialisation ; Impact économique de l'achat public durable ; Prise en compte des aspects sociaux de la commande publique.
- L'élaboration de documents d'aide aux acheteurs publics.

##### **2) Conseil scientifique**

Le conseil scientifique se penche sur des questions très techniques, p. ex. en 2007 :

- le Guide d'achat des produits de santé en établissement hospitalier,
- le Guide relatif aux ascenseurs et aux escaliers mécaniques,
- le Guide de l'achat public durable – Qualité environnementale dans la construction et la réhabilitation des bâtiments publics,
- la Spécification technique applicable aux préparations de viandes, produits à base de viande, de volaille ou de lapin, foie gras de volaille,
- le Guide de l'acheteur public de produits papetiers, d'articles de papeterie et d'imprimés,
- le Fascicule 65 du CCTG Travaux – Exécution des ouvrages de génie civil en béton armé ou précontraint...

L'Observatoire a produit son 1<sup>er</sup> Rapport d'activité début 2007. Son existence est relativement méconnue, et son activité est pour partie « transparente » (son action se retrouve dans les textes une fois adoptés), mais sa contribution à la compréhension et à l'évolution des marchés publics est réelle, grâce à la conjonction des réflexions de haut niveau qu'il permet de développer.





# LE DROIT DE LA COOPÉRATION ORGANIQUE HOSPITALIÈRE : UNE DISCIPLINE EN PERPÉTUELLE MUTATION

par Patrick MOZOL

*Maître de conférences à l'Université François Rabelais de Tours,  
Membre du Laboratoire d'Étude des réformes administratives et de la décentralisation*

« L'État doit à tous les citoyens un genre de vie qui ne soit pas contraire à la santé »<sup>1</sup>. Deux siècles et demi plus tard, cette affirmation de Montesquieu a conservé toute sa portée et son actualité. Elle pourrait même résumer l'esprit et la philosophie des politiques publiques engagées par l'État au cours de ces dernières décennies en vue d'offrir aux citoyens un système de santé adapté à leurs besoins et susceptible de leur garantir des soins de qualité à moindre frais. Car si, selon l'expression bien répandue, « la santé n'a pas de prix », elle a néanmoins un coût et, sur ce point, le système français n'échappe pas à la règle. Bien qu'étant l'objet de nombreux éloges au point d'être présenté comme le plus efficace au monde, notre système semble, de l'aveu de certains, encore loin de présenter les meilleurs soins au meilleur coût<sup>2</sup>. Cet aveu qui pourrait sonner comme un constat d'impuissance explique sans doute les nombreuses réformes qui ont alimenté les quarante dernières années dans les secteurs hospitalier, sanitaire et social ou médico-social. Les lois du 31 décembre 1970<sup>3</sup> et du 31 juillet 1991<sup>4</sup> portant réforme hospitalière, l'ordonnance du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée<sup>5</sup>, la loi du 27 juillet 1999 instituant une couverture maladie universelle<sup>6</sup>, la loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale ou médico-sociale<sup>7</sup>, la loi du 4 mars 2002 relative aux réseaux de santé<sup>8</sup>, sans oublier l'ordonnance du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé<sup>9</sup> et, dernièrement, la loi du 21 juillet 2009<sup>10</sup>, qui a créé un nouvel instrument de coopération avec les communautés hospitalières de territoire<sup>11</sup>, sont autant d'illustrations textuelles de l'implication des pouvoirs publics dans la construction d'un système de santé efficient. Au-delà des différences de logiques sur la base desquelles ils ont pu être respectivement façonnés, tous ces textes présentent le point commun d'avoir orchestré, à des degrés et selon des méthodes certes variables, la

---

<sup>1</sup> Montesquieu, *De l'esprit des lois* (L. XXIII, Chap. XXIX), cité par Guiheux (G.), *Les relations entre la direction et les instances médicales*, in Moquet-Anger (M.-L.), *De l'hôpital à l'établissement public de santé*, L'Harmattan, 1998, p. 67.

<sup>2</sup> Cormier (M.), *Mutations et enjeux des coopérations hospitalières*, *AJDA*, 2006, p. 416.

<sup>3</sup> Loi n° 70-318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière, *JORF*, 3 janvier 1971, p. 67.

<sup>4</sup> Loi n° 91-748 du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière, *JORF*, 2 août 1991, p. 10255.

<sup>5</sup> Ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée, *JORF*, 25 avril 1996, p. 6324.

<sup>6</sup> Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, *JORF*, 28 juillet 1999, p. 11229.

<sup>7</sup> Loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, *JORF*, 3 janvier 2002, p. 124.

<sup>8</sup> Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JORF*, 5 mars 2002, p. 4118.

<sup>9</sup> Ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation, *JORF*, 6 septembre 2003, p. 15391. Pour un aperçu rapide sur ce texte, voir Villeneuve (P.), *Présentation de l'ordonnance portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé (ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003)*, *JCP*, éd. G., 15 octobre 2003, n° 42, p. 1809.

<sup>10</sup> Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, *JORF*, 22 juillet 2009, p. 12184.

<sup>11</sup> L'article L. 6132-1 du code de la santé publique dispose ainsi que « des établissements publics de santé peuvent conclure une convention de communauté hospitalière de territoire afin de mettre en œuvre une stratégie commune et de gérer en commun certaines fonctions et activités grâce à des délégations ou des transferts de compétences entre les établissements et grâce à la télémédecine [sachant qu'] un établissement public de santé ne peut être partie qu'à une seule convention de communauté hospitalière de territoire ».

promotion et le développement de la coopération hospitalière. Conçue dans sa forme originelle comme une libre faculté laissée aux établissements de santé de s'associer pour exercer ensemble des activités ou des missions communes, la coopération hospitalière peut se présenter sous deux formes, qui correspondent chacune à des niveaux d'intégration différents. Ainsi, la coopération dite fonctionnelle permet aux établissements de santé partenaires d'assurer en commun un certain nombre d'activités tout en conservant parallèlement leur personnalité juridique et leurs caractéristiques spécifiques respectives<sup>12</sup>. A l'inverse, la coopération organique ou institutionnelle consiste pour plusieurs établissements de santé à se regrouper au sein d'une institution dotée de la personnalité morale en vue de l'exercice de missions communes<sup>13</sup>. C'est à l'évidence cette deuxième forme de coopération qui a connu les changements, voire les bouleversements les plus importants sur le plan juridique. L'évolution dans le sens d'un élargissement et d'une diversification des objectifs assignés à la coopération hospitalière a en effet conduit le législateur à procéder à de nombreuses et régulières réformes sur le plan structurel (I). Celles-ci ont largement contribué au remodelage ou à la recomposition du paysage coopératif hospitalier et même du paysage hospitalier tout court. En outre, par la révision ou l'atténuation de certains préceptes de base, les réformes opérées ont abouti à une redéfinition partielle de la logique et de la philosophie sur lesquelles la coopération hospitalière était et demeure encore traditionnellement assise (II).

## **I - L'ADAPTATION DES STRUCTURES COOPÉRATIVES À LA DIVERSIFICATION DES FINALITÉS POURSUIVIES PAR LA COOPÉRATION HOSPITALIÈRE**

L'élargissement progressif des objectifs et des missions assignés à la coopération hospitalière a induit chez cette dernière de profondes mutations qui se sont caractérisées par l'institution, la suppression ou la réformation de nombreuses structures coopératives. Initialement, la coopération hospitalière était conçue comme un moyen de limiter la concurrence existante dans le domaine sanitaire, entre les hôpitaux publics et les cliniques privées<sup>14</sup> ou, depuis la loi du 31 juillet 1991, entre les établissements publics et privés de santé, notamment par la mutualisation des moyens, des services et des équipements hospitaliers (A)<sup>15</sup>. Les pouvoirs publics ne tarderont pas par la suite à l'orienter plus significativement vers le patient en vue de proposer à celui-ci une offre de soins et un suivi améliorés, dépassant les clivages existants entre, d'une part, le monde hospitalier et la médecine de ville et, d'autre part, le secteur sanitaire et le domaine social ou médico-social (B). Dans tous les cas, si ces finalités sont pour le moins difficiles à dissocier véritablement l'une de l'autre, elles renvoient toutes à un objectif commun et fédérateur que sont la maîtrise des coûts de fonctionnement du service public hospitalier et la rationalisation des dépenses sanitaires<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> Cormier (M.), Mutations et enjeux des coopérations hospitalières, *op. cit.*, p. 416. Il s'agit notamment des conventions de coopération, des cliniques ouvertes, des accords d'association au fonctionnement du service public hospitalier et des concessions pour l'exploitation dudit service.

<sup>13</sup> *Ibid.* La coopération organique hospitalière s'exprime essentiellement au travers des syndicats interhospitaliers, des groupements d'intérêt public, des groupements d'intérêt économique, des groupements de coopération sanitaire et des réseaux de santé constitutifs de tels groupements.

<sup>14</sup> Cormier (M.), La place de la loi du 4 mars 2002 dans l'évolution de la coopération hospitalière, *RDSS*, octobre-décembre 2002, p. 753.

<sup>15</sup> D'ailleurs, cette mutualisation des moyens, principalement humains ici, vise entre autres à compenser la pénurie de médecins et les inégalités entre les établissements de santé liées à leurs catégories, leur taille et leur implantation géographique : voir en ce sens Cormier (M.), Mutations et enjeux des coopérations hospitalières, *op. cit.*, p. 417.

<sup>16</sup> Lavigne (C.), La coopération entre établissements privés et publics à l'épreuve, *RDSS*, juillet-septembre 1990, p. 539.

## **A) La limitation de la concurrence entre les établissements d'hospitalisation publics et privés par la mutualisation des moyens**

C'est avec la loi du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière, à qui l'on doit en outre la qualification légale du service public hospitalier<sup>17</sup>, que les premiers instruments de coopération hospitalière ont vu le jour. Si l'objectif consistait avant tout à limiter les effets néfastes de la concurrence existante entre les établissements d'hospitalisation publics et privés<sup>18</sup>, la réforme effectuée était déjà inspirée par l'idée de complémentarité du secteur public et du secteur privé hospitaliers<sup>19</sup>. De l'aveu même des parlementaires de l'époque, il s'agissait de « substituer à la balkanisation actuelle un dispositif rationnel destiné à couvrir progressivement l'essentiel des besoins sanitaires du pays », ceci en vue de réaliser « une constellation hospitalière »<sup>20</sup> par le jeu de l'interpénétration des offres de soins publiques et privées<sup>21</sup>. C'est dans cette optique qu'avaient été institués les groupements<sup>22</sup> et les syndicats interhospitaliers<sup>23</sup>. Toutefois, l'ambition du législateur est quelque peu apparue ici à la démesure des moyens mis en œuvre par lui. Ceux-ci visaient plus modestement à développer la mutualisation<sup>24</sup> et l'optimisation<sup>25</sup> des moyens, ainsi qu'à assurer une plus grande cohérence entre les équipements ou les services hospitaliers<sup>26</sup> par leur mise à disposition et leur utilisation commune. Nous passerons sur les groupements interhospitaliers qui, dépourvus de toute personnalité juridique, ne relevaient pas à proprement parler de la coopération institutionnelle, au même titre que les conférences sanitaires de secteurs qui les remplacèrent avec la loi du 31 juillet 1991<sup>27</sup>. De leur côté, les syndicats interhospitaliers, qualifiés d'établissements publics, pouvaient être constitués pour l'exercice de toute activité intéressant le fonctionnement et le développement du service public hospitalier. La loi avait fixé une liste limitative de leurs attributions, quasi-inchangées depuis lors. Ces dernières portent sur la création et la gestion de services communs, la formation du personnel, l'étude et la réalisation de travaux d'équipement, la centralisation de tout ou partie d'un certain nombre de ressources perçues ou encore la création et la gestion de nouvelles installations pour répondre aux besoins sanitaires de la population<sup>28</sup>. Malgré l'élargissement ultérieur de leur objet aux missions de diagnostic et de soins assurées par les établissements de santé<sup>29</sup>, la plupart des syndicats interhospitaliers créés à ce jour se sont pour l'essentiel cantonnés à l'exercice de leurs attributions premières<sup>30</sup> dans une optique de concentration et de rentabilisation des équipements existants ou de

---

<sup>17</sup> Truchet (D.), La réforme hospitalière (La loi n° 91-748 du 31 juillet 1991), *AJDA*, 1992, p. 133.

<sup>18</sup> Apollis (B.), Le GCSMS, l'autre groupement de coopération, *Revue générale de droit médical*, 2007, n° 22, p. 52.

<sup>19</sup> De Forges (J.-M.), Cormier (M.), La prétendue simplification du système hospitalier du 4 septembre 2003, *RDSS*, janvier-février 2004, p. 125.

<sup>20</sup> Déclaration de Boulain (R.), *JOAN, Déb. parl.*, 4 décembre 1970, p. 6107, cité par Ladhari (M.), in La réforme hospitalière, *RDP*, 1972, p. 23.

<sup>21</sup> Février (F.), Les « lois » du service public hospitalier (renouveau des principes et principes d'un renouveau), in Moquet-Anger (M.-L.), *De l'hôpital à l'établissement public de santé*, op. cit., p. 67.

<sup>22</sup> Loi du 31 décembre 1970 (art. 6).

<sup>23</sup> *Ibid.* (art. 8). Sur ce point, il ne faut pas non plus négliger l'apport de la loi n° 84-5 du 3 janvier 1984 portant diverses mesures relatives à l'organisation du service public hospitalier (*JORF*, 4 janvier 1984, p. 150). Ce texte avait en effet modifié et complété la loi précitée du 31 décembre 1970 par la création d'une section II bis consacrée aux syndicats interhospitaliers.

<sup>24</sup> Cormier (M.), Les groupements de coopération sanitaire : instruments à privilégier ?, *Revue générale de droit médical*, 2007, n° 22, p. 7.

<sup>25</sup> Lavigne (C.), La coopération entre établissements privés et publics à l'épreuve, op. cit., p. 541.

<sup>26</sup> Devès (C.), Le service public hospitalier à l'heure de la rigueur, *AJDA*, 1984, p. 485. Sur la question, voir aussi Moreau (J.), Truchet (D.), *Droit de la santé*, Dalloz, 1981, p. 61 ; Lachèze-Pasquet (P.), Les syndicats interhospitaliers, *Techniques hospitalières*, novembre 1978, n° 398, p. 78.

<sup>27</sup> Art. 6 de ladite loi ; anciens art. L. 713-1 à L. 713-4 du code de la santé publique.

<sup>28</sup> Loi modifiée du 31 décembre 1970 (art. 10) ; art. L. 6131-2 du code de la santé publique.

<sup>29</sup> Voir infra.

<sup>30</sup> Esper (C.), La coopération entre acteurs de santé : le droit est-il à la hauteur de la pratique ?, *Rapport public du Conseil d'État. Réflexions sur le droit de la santé*, EDCE, La documentation Française, 1998, n° 49, p. 446 et 447. Concernant les prestations de service, l'auteur mentionnait à titre principal la blanchisserie et la restauration.

coordination des établissements partenaires<sup>31</sup>. Peu d'entre eux ont dépassé ce cadre fonctionnel primaire, ce qui pourrait en partie expliquer leur condamnation à rebours prononcée par l'ordonnance du 4 septembre 2003 ayant interdit la création de tout nouveau syndicat à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2005<sup>32</sup> et par la loi du 21 juillet 2009 qui prévoit, dans un délai de trois ans à compter de son entrée en vigueur, la transformation des syndicats, sans dissolution ni création d'une personne morale nouvelle, soit en communauté hospitalière de territoire, soit en groupement de coopération sanitaire, soit en groupement d'intérêt public<sup>33</sup>.

Cette finalité originelle poursuivie par la coopération hospitalière apparaît tout aussi prégnante dans les groupements d'intérêt économique et d'intérêt public. Le premier, créé par une ordonnance du 23 septembre 1967<sup>34</sup>, a pour objet « *de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité* »<sup>35</sup>. Le second, issu d'une loi du 15 juillet 1982<sup>36</sup>, a depuis la loi du 23 juillet 1987<sup>37</sup> vocation à intervenir dans les domaines sanitaire et social<sup>38</sup>. Un décret du 7 novembre 1988<sup>39</sup> a apporté un certain nombre de précisions sur la nature de ses interventions, qui portent sur l'exercice d'activités dans le domaine sanitaire et social et sur la création ou la gestion des équipements ou des services nécessaires à ces activités<sup>40</sup>. Mais c'est surtout la loi du 31 juillet 1991 qui fera du groupement d'intérêt économique et du groupement d'intérêt public des instruments de coopération hospitalière à part entière en les intégrant dans le code de la santé publique<sup>41</sup>. Ainsi, dans le cadre des missions qui leur sont imparties, les établissements publics de santé peuvent participer à des actions de coopération, y compris internationales, avec des personnes de droit public et privé et, pour la poursuite de ces actions, participer à des groupements d'intérêt public ou à des groupements d'intérêt économique<sup>42</sup>. Cependant, ces deux types de structures révéleront très rapidement leurs limites en termes de coopération, ceci en raison d'un avis rendu le 1<sup>er</sup> août 1995 par le Conseil d'État<sup>43</sup>. Celui-ci considérera que, en l'absence de dispositions textuelles les y autorisant expressément, le groupement d'intérêt économique et le groupement d'intérêt public étaient dans l'impossibilité légale de se voir déléguer les missions de diagnostic et de soins confiées aux établissements de santé ou même d'être titulaires d'une autorisation de création et de fonctionnement d'équipement matériel lourd<sup>44</sup>. Cette interdiction demeure toutefois

---

<sup>31</sup> Gandouet (B.), Groupement de coopération sanitaire : outil d'accompagnement à la conduite du changement, *Revue droit et santé*, mars 2006, n° 10, p. 118.

<sup>32</sup> Art. L. 6134-1 du code de la santé publique.

<sup>33</sup> Art. L. 6133-9 du code de la santé publique.

<sup>34</sup> Ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 sur les groupements d'intérêt économique, *JORF*, 28 septembre 1967, p. 9537.

<sup>35</sup> Art. 1<sup>er</sup> de ladite ordonnance ; art. L. 251, al. 2 du code de commerce.

<sup>36</sup> Loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France, *JORF*, 16 juillet 1982, p. 2270. Le groupement d'intérêt public fut qualifié par le Conseil d'État de personne morale de droit public dans un avis rendu le 5 juillet 1985, puis d'établissement public.

<sup>37</sup> Loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat, *JORF*, 24 juillet 1987, p. 8255. L'article 22 de cette loi, reprenant en des termes identiques ceux de la loi du 15 juillet 1982, dispose que les groupements d'intérêt public peuvent être constitués pour l'exercice, pendant une durée déterminée, des activités dans le domaine de l'action sanitaire et sociale, ainsi que pour créer ou gérer des équipements ou des services d'intérêt commun nécessaires à ces activités.

<sup>38</sup> Sur cette question, voir notamment Vareille (F.), Le groupement d'intérêt public : une nouvelle forme de coopération sanitaire ?, *RDSS*, juillet-septembre 1989, p. 486 et s.

<sup>39</sup> Décret n° 88-1034 du 7 novembre 1988 relatif aux groupements d'intérêt public (GIP) constitués dans le domaine de l'action sanitaire et sociale, *JORF*, 11 novembre 1988, p. 14171.

<sup>40</sup> L'article 2 dudit décret dispose que « *[des groupements d'intérêt public] dotés de la personnalité morale et de l'autonomie financière peuvent être constitués par des personnes morales de droit public ou privé pour exercer ensemble, pendant une durée limitée, des activités dans le domaine de l'action sanitaire et sociale, et notamment des actions de formation ainsi que pour créer ou gérer ensemble des équipements ou des services d'intérêt commun nécessaires à ces activités* ».

<sup>41</sup> Art. L. 6134-1 du code de la santé publique.

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> CE, Section sociale, Avis, 1<sup>er</sup> août 1995, n° 358.047, *EDCE*, 1995, p. 476.

<sup>44</sup> Cormier (M.), Le droit des autorisations hospitalières est-il un frein à la coopération interhospitalière ?, *RDSS*, avril-juin 2003, p. 256. En effet, dans la mesure où une autorisation de création et de fonctionnement d'un équipement matériel lourd ne peut être délivrée qu'à une personne susceptible de prendre en charge des

largement ignorée en pratique par certains groupements<sup>45</sup> qui se sont constitués en vue d'assurer la mise en commun et le fonctionnement de tels appareils (scanner, Irm, lithotriporteur), s'inscrivant ainsi également dans une logique de mutualisation et d'utilisation optimisée des équipements et des services sanitaires.

En revanche, leur impact relativement faible sur la coopération entre les secteurs hospitaliers publics et privés a conduit les pouvoirs publics à instituer, avec l'ordonnance précitée du 24 avril 1996, le groupement de coopération sanitaire<sup>46</sup>. Celui-ci était destiné à mieux répondre aux impératifs de rapprochement entre les hôpitaux publics et les cliniques privées<sup>47</sup>, notamment ceux dépourvus de mission de service public hospitalier<sup>48</sup>, et à favoriser ainsi l'avènement d'une coopération public/privé réelle et effective<sup>49</sup>. Pour autant, le champ de ses attributions initiales demeurait relativement réduit, ceci en raison de sa composition elle aussi très restreinte<sup>50</sup>. Ne disposant en outre pas de la qualité d'établissement de santé, le groupement de coopération sanitaire ne pouvait, selon le droit alors en vigueur, légalement assurer les missions de soins<sup>51</sup>, soit l'essentiel des missions du service public hospitalier<sup>52</sup>. Ses interventions demeuraient pour l'essentiel cantonnées à l'exercice de missions périphériques à celles des soins avec la gestion et la réalisation, pour le compte de ses membres, des équipements d'intérêt commun, y compris les plateaux techniques tels des blocs opératoires ou des services d'imagerie médicale<sup>53</sup>. Par ailleurs, la possibilité de constituer le cadre d'interventions communes des professionnels médicaux<sup>54</sup> et non médicaux ou encore de détenir des autorisations d'équipements de matériels lourds<sup>55</sup> lui permettait tout au plus de faire fonctionner en commun une ou plusieurs unités de soins ou, comme les syndicats interhospitaliers, d'assurer des fonctions logistiques nécessaires à l'activité sanitaire (cuisine, entretien, blanchissage, informatique)<sup>56</sup>.

## **B) L'amélioration de l'offre de soins par le dépassement des clivages traditionnels hôpital/médecine de ville et le décloisonnement secteur sanitaire/secteur social ou médico-social**

Avec l'ordonnance du 24 avril 1996 et les textes qui suivront, la coopération hospitalière a été replacée dans un contexte plus général de planification, de qualité des

---

missions de diagnostic ou de soins, le groupement d'intérêt économique et le groupement d'intérêt public ne peuvent prétendre à une telle autorisation. Cependant, comme le souligne l'auteur, telle n'est pas la position défendue par tous sur la question. Voir en ce sens Esper (C.), *Entre tradition et modernité, le syndicat interhospitalier au regard des autres modes de coopération entre établissements de santé*, *Technologie Santé*, octobre 2000, n° 42, p. 18 et s. ; Martin (Y.), Lemoigne (S.), Vincent (C.), *Les autorisations de fonctionnement des établissements de soins*, Berger-Levrault, 1997, p. 126.

<sup>45</sup> Cormier (M.), *Les aspects juridiques des recompositions hospitalières*, *JCPA*, 6 juin 2005, n° 23, p. 916.

<sup>46</sup> Cormier (M.), *Mutations et enjeux des coopérations hospitalières*, *op. cit.*, p. 417.

<sup>47</sup> Rapport au Président de la République, *JORF*, 25 avril 1996, p. 6320. Voir en ce sens Esper (C.), *Un instrument juridique nouveau au bénéfice du secteur social ou médico-social : le groupement de coopération sociale ou médico-sociale*, *RDSS*, septembre-octobre 2006, n° 5, p. 909 ; *Le groupement de coopération sanitaire : actualité et limites*, *RDSS*, janvier-février 2007, n° 1, p. 117.

<sup>48</sup> Esper (C.), *La loi du 4 mars 2002 : le renouveau encore imparfait de la coopération entre acteurs de santé*, *LPA*, 19 juin 2002, n° 122, p. 60.

<sup>49</sup> Apollis (B.), *Le GCSMS, l'autre groupement de coopération*, *op. cit.*, p. 52.

<sup>50</sup> Voir *infra*.

<sup>51</sup> Voir en ce sens l'avis précité du Conseil d'État du 1<sup>er</sup> août 1995, ainsi que les dispositions aujourd'hui caduques du décret n° 97-240 du 17 mars 1997 relatif aux groupements de coopération sanitaire (*JORF*, 18 mars 1997, p. 4221) : « *le groupement de coopération sanitaire ne peut pas assurer lui-même les missions confiées aux établissements de santé* ».

<sup>52</sup> Esper (C.), *Le groupement de coopération sanitaire, nouvelle formule juridique de collaboration entre établissements de santé*, *LPA*, 24 décembre 1997, n° 154, p. 9.

<sup>53</sup> Ancien art. L. 713-11-2 du code de la santé publique.

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> Esper (C.), *Le groupement de coopération sanitaire, nouvelle formule juridique de collaboration entre établissements de santé*, *op. cit.*, p. 9.

soins et de maîtrise des dépenses<sup>57</sup>. Pour ce faire, le législateur s'est évertué à créer de nouvelles structures de coopération, à renforcer les attributions de celles existant alors et à promouvoir l'idée de réseaux de soins, puis de santé.

Tout d'abord, il fut institué les communautés d'établissements de santé<sup>58</sup> qui, composées au sein d'un secteur sanitaire entre établissements assurant le service public hospitalier, sont chargées de trois ordres de missions. Celles-ci consistent à favoriser les adaptations des établissements de santé aux besoins de la population et les redéploiements des moyens qu'elles impliquent, à mettre en œuvre des actions de coopération et de complémentarité, notamment celles prévues par le schéma régional d'organisation sanitaire et son annexe, ainsi qu'à répondre aux besoins de services de proximité non satisfaits dans le domaine médico-social, notamment pour les personnes âgées et les personnes handicapées<sup>59</sup>. De la même manière, la loi du 27 juillet 1999 avait rendu possible la constitution d'établissements publics interhospitaliers dont la vocation était d'exercer certaines missions de soins transférées par leurs établissements publics membres<sup>60</sup>. Dans une perspective de simplification du paysage coopératif hospitalier et de promotion du groupement de coopération sanitaire<sup>61</sup>, ces derniers seront supprimés par l'ordonnance du 4 septembre 2003 qui, par la même occasion, interdira à compter de sa publication la création de toute nouvelle communauté d'établissements de santé<sup>62</sup>.

Ensuite, la loi précitée du 27 juillet 1999 élargit les capacités d'action des syndicats interhospitaliers en leur offrant la possibilité, lors de leur création ou par arrêté du directeur de l'agence régionale d'hospitalisation, d'exercer les missions de diagnostic et de soins assurées par les établissements de santé<sup>63</sup>. De leur côté, les groupements de coopération sanitaire disposeront avec la même loi de la faculté de détenir, au côté d'autorisations d'équipements lourds, des autorisations de soins<sup>64</sup>. Mais la véritable réforme viendra de l'ordonnance du 4 septembre 2003 qui s'efforcera tout à la fois de préciser et d'élargir le champ des interventions des groupements de coopération

---

<sup>57</sup> Esper (C.), *La coopération entre acteurs de santé : le droit est-il à la hauteur de la pratique ?*, *op. cit.*, p. 443.

<sup>58</sup> Ordonnance précitée n° 96-346 du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée.

<sup>59</sup> Art. L. 6121-6 du code de la santé publique.

<sup>60</sup> L'article 53 de ladite loi avait inséré dans l'ancien article L. 714-2 du code de la santé publique un alinéa 2 rédigé de la manière suivante : « Un établissement public de santé peut également être interhospitalier lorsqu'il est créé à la demande de deux ou plusieurs établissements publics de santé mentionnés à l'alinéa précédent qui lui transfèrent une partie de leurs missions de soins prévues aux articles L. 711-1 et L. 711-2. Un même établissement public de santé ne peut participer qu'à la création d'un seul établissement public de santé interhospitalier ». Ces établissements publics interhospitaliers avaient donc vocation à exercer certaines missions de soins transférées directement par les établissements publics de santé qui en étaient membres.

<sup>61</sup> De Forges (J.-M.), Cormier (M.), *La prétendue simplification du système hospitalier du 4 septembre 2003*, *op. cit.*, p. 126.

<sup>62</sup> Art. L. 6121-6 du code de la santé publique.

<sup>63</sup> Art. 49 de la dite loi ; art. L. 6132-2, R. 6132-20 à R. 6132-22 du code de la santé publique. Voir également les dispositions du décret n° 2002-1122 du 2 septembre 2002 portant diverses dispositions relatives aux établissements publics de santé et aux syndicats interhospitaliers (*JORF*, 4 septembre 2002, p. 14684), codifiées aux articles R. 6132-20 à R. 6132-22 du même code. A ce propos, l'arrêté du directeur de l'agence régionale de l'hospitalisation portant autorisation du syndicat à exercer des activités ou des missions d'un établissement de santé doit fixer les conditions dans lesquelles les autorisations prévues à l'article L. 6122-1 du code de la santé publique doivent être cédées au syndicat. La cession de ces autorisations devant s'effectuer dans les conditions prévues à l'article R. 6122-35 du même code, il en résulte que « les syndicats interhospitaliers autorisés à exercer des missions de soins doivent donc devenir titulaires des autorisations initialement détenues par les établissements de santé qui les ont constitués » : Cormier (M.), *Le droit des autorisations hospitalières est-il un frein à la coopération interhospitalière ?*, *op. cit.*, p. 256.

<sup>64</sup> Art. 50 de ladite loi ; art. L. 6133-1 du code de la santé publique. Cette dernière disposition a récemment été modifiée par la loi du 21 juillet 2009 qui a quelque peu redéfini ou, à tout le moins, réécrit les missions et le champ d'intervention de ce qu'elle appelle « le groupement de coopération sanitaire de moyens ». Celui-ci a pour objet de faciliter, de développer ou d'améliorer l'activité de ses membres et il peut être constitué pour organiser ou gérer des activités administratives, logistiques, techniques, médico-techniques, d'enseignement ou de recherche ; pour réaliser ou gérer des équipements d'intérêt commun sachant qu'il peut, le cas échéant, être titulaire à ce titre de l'autorisation d'installation d'équipements matériels lourds mentionnée à l'article L. 6122-1 ou pour permettre les interventions communes de professionnels médicaux et non médicaux exerçant dans les établissements ou centres de santé membres du groupement ainsi que des professionnels libéraux membres du groupement.

sanitaire, appelés à devenir l'instrument privilégié de la coopération hospitalière<sup>65</sup>. Désormais, ces derniers sont autorisés non seulement à exercer les missions d'un établissement de santé<sup>66</sup> mais aussi, par dérogation à l'article L. 6122-3 du code de la santé publique, à assurer l'exploitation d'une autorisation détenue par l'un de leurs membres respectifs et à dispenser à ce titre des soins remboursables aux assurés sociaux<sup>67</sup>. Dans le prolongement logique des choses<sup>68</sup>, la même ordonnance leur a reconnu la qualité d'employeur.

En revanche, l'une des questions qui est longtemps restée posée était la suivante : pourquoi le législateur n'avait-il toujours pas octroyé la qualification d'établissement de santé aux groupements de coopération sanitaire, alors même qu'il leur en avait conféré les attributs ? Une telle solution était inévitablement la source de nombreuses difficultés<sup>69</sup>, notamment sur le plan juridique. Elle trouvait cependant une certaine logique dans le fait que si certains groupements pouvaient présenter l'ensemble des caractéristiques d'un établissement de santé, tel n'était pas le cas pour tous, de sorte qu'il convenait d'opérer des catégorisations en fonction des missions exercées respectivement par chaque groupement<sup>70</sup>. Ainsi, juridiquement parlant, coexistent aujourd'hui cinq catégories de groupements de coopération sanitaire<sup>71</sup> qui relèvent en réalité de trois grandes familles possibles : le groupement simplement coopératif permettant l'intervention mutualisée de personnels ou la gestion d'équipements lourds ou d'intérêt commun, le groupement complexe ou de soins exerçant des missions de soins au même titre qu'un établissement de santé ou l'un des autorisations détenues par l'un de ses membres, et le groupement de réseau qui, par la constitution d'un réseau de santé, fait participer à l'exercice de ses missions toute une multitude de professionnels et d'acteurs de santé<sup>72</sup>. La loi du 21 juillet 2009 est venue bouleverser les données juridiques de la question en reconnaissant expressément la qualité d'établissement de santé, avec les droits et obligations afférents, à tout groupement de coopération sanitaire

---

<sup>65</sup> De Forges (J.-M.), Cormier (M.), La prétendue simplification du système hospitalier du 4 septembre 2003, *op. cit.*, p. 125 ; Cormier (M.), Les aspects juridiques des recompositions hospitalières, *op. cit.*, p. 917 ; Badin (X.), Fiscalité et coopération institutionnelle des établissements de santé, *JCPA*, 6 juin 2005, n° 23, p. 919 ; De Forges (J.-M.), Le groupement de coopération sanitaire, *JCPA*, 24-31 mai 2004, n° 22-23, p. 755 ; Cormier (M.), Les groupements de coopération sanitaire : instruments à privilégier ?, *op. cit.*, p. 7.

<sup>66</sup> Art. L. 6133-1 du code de la santé publique. Pour cela, il faut, d'une part, une demande en ce sens des établissements membres du groupement et, d'autre part, une autorisation du directeur de l'agence régionale d'hospitalisation.

<sup>67</sup> Toujours sur autorisation du directeur de l'agence régionale d'hospitalisation. Il faut également souligner sur la question l'intervention d'un décret n° 2009-801 du 23 juin 2009 qui fixe la liste des compétences pouvant être transférées à un groupement de coopération sanitaire par décision du directeur de l'agence régionale de l'hospitalisation (*JORF*, 26 juin 2009, p. 10611). Il s'agit respectivement des activités de soins autorisées dans les conditions prévues à l'article L. 6122-1 du code de la santé publique ; des équipements matériels lourds autorisés dans les conditions prévues au même article ; des équipements d'imagerie médicale autres que ceux mentionnés au 2° du la présente disposition ; des pharmacies à usage intérieur autorisées dans les conditions prévues à l'article L. 5126-7, des laboratoires d'analyses de biologie médicale ; des missions d'intérêt général mentionnées à l'article L. 162-22-13 du code de la sécurité sociale ; des activités d'enseignement et de recherche autres que celles mentionnées au 6° du même article ; des systèmes d'information et de télécommunication ; des activités de gestion administrative, technique, financière, comptable ou logistique ; des opérations immobilières et des programmes d'investissement.

<sup>68</sup> De Forges (J.-M.), Cormier (M.), La prétendue simplification du système hospitalier du 4 septembre 2003, *op. cit.*, p. 110.

<sup>69</sup> Cormier (M.), La place de la loi du 4 mars 2002 dans l'évolution de la coopération hospitalière, *op. cit.*, p. 762. Parmi ces difficultés, l'auteur mentionnait notamment le problème de la qualification juridique d'un groupement sanitaire et la modification de l'offre hospitalière par la constitution de structures de soins spécialisés et le démembrement des établissements de santé qui les constituaient.

<sup>70</sup> Voir en ce sens De Forges (J.-M.), Le groupement de coopération sanitaire, *op. cit.*, p. 756 ; Cormier (M.), Mutations et enjeux des coopérations hospitalières, *op. cit.*, p. 420.

<sup>71</sup> Et ce, depuis l'ordonnance du 4 septembre 2003 et le décret n° 2005-1681 du 26 décembre 2005 relatif aux groupements de coopération sanitaire (*JORF*, 29 décembre 2005, p. 20372). Sur la question, voir notamment Cormier (M.), Mutations et enjeux des coopérations hospitalières, *op. cit.*, p. 420 ; Les groupements de coopération sanitaire : instruments de coopération à privilégier ?, *op. cit.*, p. 21 et s. ; Badin (X.), Conventions constitutives des groupements de coopération sanitaire : les pièges à éviter, *Revue générale de droit médical*, 2007, n° 22, p. 39.

<sup>72</sup> Classification tripartite proposée par Esper (C.), in Le groupement de coopération sanitaire : actualité et limites, *op. cit.*, p. 121.

titulaire d'une ou de plusieurs autorisations de soins<sup>73</sup>. Par-delà la suppression d'une certaine incohérence juridique qui existait jusqu'alors, une telle réforme devrait permettre de donner un nouvel élan au mouvement de recomposition hospitalière.

Par ailleurs, le législateur a imaginé la constitution de réseaux, destinés à décloisonner le monde hospitalier, la médecine de ville et le secteur social ou médico-social<sup>74</sup>. C'est ainsi que virent le jour, sous l'égide des ordonnances n° 96-345<sup>75</sup> et n° 96-346<sup>76</sup> du 24 avril 1996, deux catégories de réseaux de soins<sup>77</sup>. Leur finalité consistait pour les uns à assurer la prise en charge globale de patients atteints de pathologies lourdes ou chroniques et, pour les autres, à permettre une meilleure orientation du patient, à favoriser la coordination et la continuité des soins délivrés à celui-ci et à promouvoir la délivrance de soins de proximité de qualité<sup>78</sup>. Ces différents réseaux de soins furent successivement supprimés, d'abord par la loi n° 2001-1246 du 21 décembre 2001<sup>79</sup>, qui interdit la constitution de tout nouveau réseau de soins régi par le code de la sécurité sociale, puis par celle du 4 mars 2002. Celle-ci remplaça les réseaux de soins par les réseaux de santé<sup>80</sup>, qui devaient permettre tout à la fois de décloisonner le système de santé, de replacer le patient au cœur de celui-ci, de revaloriser les professionnels de santé, ainsi que d'améliorer l'efficacité du système de santé en permettant son rééquilibrage<sup>81</sup>. Cependant, le législateur ne s'était pas contenté de confier aux réseaux de santé les missions exercées auparavant par les réseaux de soins. Il avait également défini un certain nombre de missions nouvelles de nature à favoriser le développement de réseaux dans le cadre desquels seraient directement assurés des soins aux patients. En d'autres termes, il s'agissait de réseaux destinés non plus seulement à coordonner des soins ou à organiser des filières de soins mais aussi à dispenser directement lesdits soins aux patients<sup>82</sup>. Aussi, les réseaux de santé ont vocation à assurer quatre ordres de

---

<sup>73</sup> Art. L. 6133-7 du code de la santé publique. Cette disposition prévoit en outre que, lorsqu'il est titulaire d'une ou plusieurs autorisations d'activités de soins, le groupement de coopération sanitaire de droit privé est érigé en établissement de santé privé et le groupement de coopération sanitaire de droit public est érigé en établissement public de santé, par décision du directeur général de l'agence régionale de santé. Par ailleurs, lorsqu'un groupement de coopération sanitaire est un établissement de santé, il est financé sur le fondement des règles applicables aux établissements de santé. Toutefois, lorsque l'activité exercée est une activité de médecine, chirurgie, obstétrique ou odontologie, y compris les activités d'alternatives à la dialyse en centre et d'hospitalisation à domicile, l'article 33 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2004 n'est pas applicable au financement du groupement : art. L. 6133-8 du code de la santé publique.

<sup>74</sup> Cormier (M.), La place de la loi du 4 mars 2002 dans l'évolution de la coopération hospitalière, *op. cit.*, p. 756 ; Cormier (M.), Mutations et enjeux des coopérations hospitalières, *op. cit.*, p. 419. Sur les finalités des réseaux, voir également ENA (promotion René Char), Les réseaux dans le domaine sanitaire : effet de mode ou impératif de santé publique ?, in *Les nouveaux enjeux des politiques de santé. Santé publique, organisation et systèmes d'information*, La documentation Française, 1995, pp. 19-69.

<sup>75</sup> Ordonnance n° 96-345 du 24 avril 1996 relative à la maîtrise médicalisée des dépenses de santé (*JORF*, 25 avril 1996, p. 6311).

<sup>76</sup> Ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée, précitée.

<sup>77</sup> Les premiers, régis par le code de la sécurité sociale, avaient pour objet de permettre la prise en charge globale de patients atteints de pathologies lourdes ou chroniques. Ils furent ensuite divisés par la loi n° 2000-1257 du 25 décembre 2000 en deux catégories selon que les projets étaient d'intérêt régional ou d'intérêt supra-régional. Les seconds, relevant du code de la santé publique, pouvaient être constitués par les établissements de santé spécialement pour certaines installations, activités de soins ou autres pathologies. A cette fin, la faculté leur était offerte d'associer des médecins libéraux et d'autres professionnels de santé ainsi que des organismes à vocation sanitaire ou sociale.

<sup>78</sup> Sur la question, voir notamment Mondielli (E.), La longue marche législative vers les réseaux de santé : l'apport de la loi du 4 mars 2002, *LPA*, 19 juin 2002, n° 122, p. 48 ; Cormier (M.), La place de la loi du 4 mars 2002 dans l'évolution de la coopération hospitalière, *op. cit.*, p. 756 ; Barré (S.), Évin (C.), Fouré (P.-Y.), Houdart (L.), Larose (D.), Poutout (G.), Ptakhine (E.), *Traité pratique des réseaux de santé*, Berger-Levrault, Les Indispensables, 2005, p. 58 et s.

<sup>79</sup> Loi n° 2001-1246 du 21 décembre 2001 de financement de la sécurité sociale pour 2002, *JORF*, 26 décembre 2001, p. 20552.

<sup>80</sup> Sur la question, voir notamment Mondielli (E.), La longue marche législative vers les réseaux de santé : l'apport de la loi du 4 mars 2002, *op. cit.*, p. 48 ; Esper (C.), La loi du 4 mars 2002 : le renouveau encore imparfait de la coopération entre acteurs de santé, *op. cit.*, p. 58.

<sup>81</sup> Mondielli (E.), La longue marche législative vers les réseaux de santé : l'apport de la loi du 4 mars 2002, *op. cit.*, p. 50.

<sup>82</sup> Ravelet (A.), La recomposition de l'offre hospitalière publique et privée dans le cadre des réseaux de santé, *RDSS*, septembre-octobre 2006, p. 880. Selon les termes de l'auteur, la loi du 4 mars 2002 a, avec une certaine discrétion, amorcé une évolution profonde du réseau de santé en lui ouvrant l'accès à la production de soins en qualité d'établissement de santé.

missions<sup>83</sup>. Tout d'abord, ils ont pour objet de favoriser l'accès aux soins, la coordination, la continuité ou l'interdisciplinarité des prises en charge sanitaires, notamment celles qui sont spécifiques à certaines populations, pathologies ou activités sanitaires. Ensuite, ils doivent assurer une prise en charge adaptée aux besoins de la personne, tant sur le plan de l'éducation à la santé, de la prévention, du diagnostic que des soins. En outre, ils peuvent participer à des actions de santé publique. Enfin, ils procèdent à des actions d'évaluation en vue de garantir la qualité de leurs services et prestations.

Par ailleurs, le mode de financement des réseaux de santé incita bon nombre de leurs promoteurs respectifs à les organiser sous la forme d'associations loi de 1901<sup>84</sup>. La loi de financement de la sécurité sociale pour 2001<sup>85</sup> avait par exemple réservé certains financements par l'assurance maladie aux seules personnes morales, encourageant ainsi à la constitution de réseaux organisés sous cette forme<sup>86</sup>. C'est la raison pour laquelle la même loi du 4 mars 2002 assouplit les conditions et élargit les sources de financement des réseaux de santé<sup>87</sup>. Surtout, elle créa les réseaux coopératifs de santé, dotés de la personnalité morale, qui devaient permettre d'élargir le champ des possibilités de définition juridique offertes aux réseaux de santé<sup>88</sup> et de favoriser ainsi les recompositions hospitalières<sup>89</sup>. Définis comme « *des sociétés de prise en charge pluridisciplinaire répondant aux critères et aux conditions définis à l'article L. 6321-1 du code de la santé publique* »<sup>90</sup>, ces réseaux étaient régis dans une large mesure par les dispositions relatives aux coopératives hospitalières de médecins<sup>91</sup>. La faculté leur était offerte d'adhérer à des structures de coopération publique et privée<sup>92</sup>, ainsi que de signer des conventions en vue de mettre en place une organisation commune au sein de réseaux de santé, associant des établissements de santé et des professionnels libéraux<sup>93</sup>. L'ordonnance du 4 septembre 2003 supprimera les réseaux coopératifs de santé sans pour autant revenir sur la philosophie des réformes effectuées par le législateur en 2002. Elle autorisera en effet les réseaux de santé à se constituer directement en groupements de coopération sanitaire, en groupements d'intérêt public ou économique ou en associations<sup>94</sup> et, par voie de conséquence, transformera ce qui était à la base un instrument de coopération fonctionnelle en un outil de coopération institutionnelle<sup>95</sup>.

---

<sup>83</sup> Art. L. 6321-1 du code de la santé publique.

<sup>84</sup> De Forges (J.-M.), La forme juridique des réseaux de soins, *L'entreprise médicale*, 16 octobre 2000, n° 205, p. 13 ; Mondielli (E.), La longue marche législative vers les réseaux de santé : l'apport de la loi du 4 mars 2002, *op. cit.*, p. 56.

<sup>85</sup> Loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001, *JORF*, 24 décembre 2000, p. 20558.

<sup>86</sup> Cormier (M.), La place de la loi du 4 mars 2002 dans l'évolution de la coopération hospitalière, *op. cit.*, p. 759. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la loi n° 2001-1246 du 21 décembre 2001 portant financement de la sécurité sociale pour 2002 créa dans son article 36 la dotation nationale de développement des réseaux de santé (ancien art. L. 162-43 du code de la sécurité sociale). Cette dotation a été supprimée par la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 (art. 94) mais les décrets d'application de ladite loi n'étant pas encore parus, les dispositions réglementaires relatives à ladite dotation sont toujours en vigueur, de sorte que cette dotation peut encore être perçue par les réseaux de santé (art. R. 162-59 à R. 162-86 du code de la sécurité sociale).

<sup>87</sup> Le législateur reconnaîtra ainsi pour les réseaux de santé satisfaisant à des critères de qualité et à des conditions d'organisation, d'évaluation et de fonctionnement définies par décret en Conseil d'État, la possibilité de recevoir des subventions de l'État, des collectivités territoriales ou de l'assurance maladie, ainsi que des financements des régimes obligatoires de la sécurité sociale pris en compte dans le cadre de l'objectif national de dépenses d'assurance maladie (art. L. 6321-1 du code de la santé publique).

<sup>88</sup> Mondielli (E.), La longue marche législative vers les réseaux de santé : l'apport de la loi du 4 mars 2002, *op. cit.*, p. 56.

<sup>89</sup> Apollis (B.), Le GCSMS, l'autre groupement de coopération, *op. cit.*, p. 53.

<sup>90</sup> Ancien article L. 6321-2 du code de la santé publique.

<sup>91</sup> Exception faite de deux ordres de dispositions : celles concernant l'inscription au tableau du conseil départemental des médecins et celles concernant l'engagement d'utilisation exclusive des services de la société, tel qu'énoncé à l'article visant les associés coopérateurs. Cependant, les statuts des réseaux coopératifs de santé devront comporter des règles d'engagement d'activité claires et adaptées à la spécificité du réseau concerné et prévoir les modalités des sanctions d'exclusion nécessaires en cas de manquement au respect de ces engagements par un membre.

<sup>92</sup> Ancien article L. 6321-1 du code de la santé publique.

<sup>93</sup> *Ibid.*

<sup>94</sup> Cormier (M.), Les aspects juridiques des recompositions hospitalières, *op. cit.*, p. 918 ; Mutations et enjeux des coopérations hospitalières, *op. cit.*, p. 420.

<sup>95</sup> *Ibid.*

Cette évolution des réseaux de santé coordonnateurs de soins vers des réseaux soignants dotés de la personnalité morale appelle inévitablement à des questionnements. En effet, la reconnaissance d'une nouvelle structure de soins entraînerait celle d'un nouvel établissement de santé, qui se définit essentiellement par les missions de soins qu'il détient aux articles L. 6111-1 et L. 6111-2 du code de la santé publique<sup>96</sup>. Ainsi, à partir du moment où un réseau de santé doté de la personnalité morale assure directement les missions de diagnostic et de soins définies aux articles précités, il devrait constituer non plus un instrument de coopération mais bien un établissement de santé<sup>97</sup>, public ou privé selon la personnalité morale choisie<sup>98</sup>. Cette approche, qui se fonde sur une définition fonctionnelle des réseaux et des établissements de santé, articulée autour de leurs missions respectives, peut être partagée dans une certaine mesure. Elle n'est toutefois pas incontestable car si les textes ne déniaient pas la qualité d'établissement à de tels réseaux, ils ne la leur confèrent pas explicitement non plus. Toujours est-il que l'exercice par les réseaux de santé de missions de soins produit indubitablement un effet stimulant sur le mouvement de recomposition hospitalière<sup>99</sup>.

Enfin, le législateur a cherché, par le jeu de la coopération, à rapprocher les secteurs sanitaire et social ou médico-social en développant leurs liens existants. Déjà, la loi du 31 juillet 1991 avait prévu que les établissements de santé pouvaient créer et gérer des services et des établissements sociaux et médico-sociaux. Mais c'est surtout la loi du 2 janvier 2002 qui se révélera d'un apport conséquent en la matière. Le législateur ouvrira en effet certaines structures de coopération hospitalière<sup>100</sup> aux établissements sociaux et médico-sociaux et, inversement, les nouvelles structures de coopération sociale ou médico-sociale aux établissements de santé, à l'image du groupement de coopération sociale ou médico-sociale<sup>101</sup>. Ce dernier, dont l'institution a été commandée par la volonté des pouvoirs publics de faire face à des enjeux fondamentaux de la coopération sociale ou médico-sociale tels que l'amélioration de la qualité des prestations, l'exigence de globalité des prises en charge et l'impératif de maîtrise et d'efficacité des dépenses<sup>102</sup>, se distingue nettement des autres structures coopératives. A l'image du groupement de coopération sanitaire dont il se révèle être le « clone presque parfait »<sup>103</sup>, le groupement de coopération sociale ou médico-sociale apparaît comme le meilleur exemple, voire le parangon de la coopération institutionnelle dans le domaine social ou médico-social<sup>104</sup>. Il lui a ainsi été reconnu par la loi la faculté d'exercer plusieurs ordres de missions supplémentaires en sus de celles ordinairement dévolues aux groupements d'intérêt économique et aux groupements d'intérêt public. Cette faculté d'intervention élargie porte notamment sur les interventions communes des

---

<sup>96</sup> Ravelet (A.), La recomposition de l'offre hospitalière publique et privée dans le cadre des réseaux de santé, *op. cit.*, p. 879.

<sup>97</sup> Cormier (M.), La place de la loi du 4 mars 2002 dans l'évolution de la coopération hospitalière, *op. cit.*, p. 760 ; Mutations et enjeux des coopérations hospitalières, *op. cit.*, p. 421.

<sup>98</sup> Ravelet (A.), La recomposition de l'offre hospitalière publique et privée dans le cadre des réseaux de santé, *op. cit.*, p. 883. Comme le soutient l'auteur, les dispositions qui, explicitement ou implicitement, déniaient (ou déniaient) aux syndicats interhospitaliers, aux groupements de coopération sanitaire et aux groupements de coopération sociale ou médico-sociale, la nature d'établissement de santé que leur confèrerait, par principe, l'article L. 6111-2, alinéas 1 et 2 du code de la santé publique, « ne s'appliquent pas au réseau ».

<sup>99</sup> Cormier (M.), Mutations et enjeux des coopérations hospitalières, *op. cit.*, p. 421.

<sup>100</sup> Syndicats interhospitaliers, groupements d'intérêt public ou groupements d'intérêt économique.

<sup>101</sup> Cormier (M.), La place de la loi du 4 mars 2002 dans l'évolution de la coopération hospitalière, *op. cit.*, p. 754.

<sup>102</sup> Comme le résume la circulaire GAS/SD n° 2006-216 du 18 mai 2006, « la coopération relève d'une stratégie que l'État doit promouvoir pour mieux faire face aux exigences de qualité et aux besoins de développement des prises en charge tout en garantissant l'utilisation optimale des ressources disponibles ».

<sup>103</sup> Barré-Houdart (S.), Larose (D.), Coopération sanitaire, sociale et médico-sociale ou l'art de la maturation, *RHF*, 2006, n° 511, p. 42 ; Cormier (M.), Les groupements de coopération sanitaire : instruments de coopération à privilégier ?, *op. cit.*, p. 13.

<sup>104</sup> Expression empruntée à Cormier (M.), in Le GCSMS, l'autre groupement de coopération, *op. cit.*, p. 54. L'auteur affirme ainsi (p. 57) que « le groupement de coopération est mieux adapté aux réalités du secteur économique et social que le groupement d'intérêt [dans la mesure où] les aspects rebutants du GIE et du GIP ne se retrouvent pas dans le GCSMS ou dans le GCS : le groupement de coopération ne constitue pas forcément une personne morale de droit public et ses membres ne sont pas tenus indéfiniment et solidairement de ses dettes personnelles. D'autre part, le groupement de coopération constitue une nouvelle catégorie de personne morale ».

professionnels des secteurs sociaux, médico-sociaux et sanitaires, des professionnels salariés du groupement ainsi que des professionnels associés par convention, sur l'exercice de missions ou de prestations habituellement exercées par les établissements sociaux et médico-sociaux, sur l'exploitation des autorisations détenues par ces derniers ou encore sur la réalisation de fusions ou de regroupements<sup>105</sup>. Par ailleurs, l'article R. 312-19-4 du code de l'action sociale et des familles dresse une liste d'actions pouvant être attribuées ponctuellement au groupement de coopération sociale ou médico-sociale. Il s'agit respectivement des missions d'intérêt général définies par l'article L. 311-1 du même code (prévention des risques sociaux et médico-sociaux<sup>106</sup>, protection de l'enfance et de la famille, actions éducatives), de la création et de la gestion d'équipements ou de services d'intérêt commun, des actions concourant à l'évaluation de l'activité, de la diffusion de procédures, de références ou de recommandations de bonnes pratiques et des actions de formation. Autant de missions que les établissements de santé partenaires ont désormais aussi vocation à assurer à travers le groupement de coopération sociale ou médico-sociale dans la mesure où ils peuvent légalement intégrer une telle structure de coopération<sup>107</sup>. De la même manière, avec l'ordonnance du 4 septembre 2003, le groupement de coopération sanitaire a été étendu au domaine social ou médico-social par l'adjonction, parmi ses membres possibles, des établissements relevant d'un tel secteur. Il ne s'agit ici que d'un juste retour des choses faisant écho à la loi du 2 janvier 2002 et qui s'inscrit dans une volonté d'élargissement du champ des acteurs de la coopération, tant hospitalière que sociale ou médico-sociale.

## **II - LA REDÉFINITION PARTIELLE DE LA LOGIQUE TRADITIONNELLE DE LA COOPÉRATION HOSPITALIÈRE**

L'adaptation structurelle, par les pouvoirs publics, de la coopération hospitalière aux diverses missions qui lui sont désormais assignées, a conduit à un bouleversement et, ainsi, à une redéfinition partielle de la logique sur laquelle cette coopération était traditionnellement assise. A l'élargissement des finalités qu'elle poursuit, correspond nécessairement une ouverture de la coopération hospitalière à une panoplie toujours plus large d'acteurs potentiels (A). Par ailleurs, l'importance grandissante des enjeux à la base desquels elle se situe peut expliquer l'orientation progressive de la coopération hospitalière vers un aspect contraignant nettement plus marqué (B).

### **A) L'ouverture de la coopération hospitalière à un éventail toujours plus large d'acteurs**

Avec l'élargissement progressif des missions qu'elle est aujourd'hui conduite à assurer, la coopération organique hospitalière a vu le champ de ses acteurs connaître le même phénomène d'extension. A l'origine, la coopération était en effet seulement affaire d'établissements de santé. Ainsi, sous l'égide de la loi du 31 décembre 1970 qui les avait institués, les syndicats interhospitaliers ne pouvaient être créés, à leur demande, qu'entre deux ou plusieurs établissements de santé assurant le service public hospitalier. L'absence de toute autre précision laissait cependant le choix entre trois formules coopératives possibles, avec un syndicat regroupant à la fois des établissements publics et privés ou composé exclusivement soit d'établissements publics, soit d'établissements privés. Cette dernière éventualité sera tout simplement balayée par l'ordonnance du 24 avril 1996, qui réduira de la sorte considérablement le champ potentiel des syndicats

<sup>105</sup> Art. L. 312-7 du code de l'action sociale et des familles.

<sup>106</sup> Ce qui pose, comme pour le groupement de coopération sanitaire, la question de la nature juridique du groupement de coopération sociale ou médico-sociale. En effet, à partir du moment où l'on admet que le groupement de coopération sociale ou médico-sociale peut détenir en son nom propre des autorisations de fonctionnement afin de délivrer lui-même un certain nombre de prestations, on peut alors se demander ce qui le différencie foncièrement d'un établissement social ou médico-social : *ibid.*, p. 60.

<sup>107</sup> Art. L. 712-7 du code de l'action sociale et des familles.

interhospitaliers en imposant que tout syndicat soit constitué par deux ou plusieurs établissements assurant le service public hospitalier, dont l'un au moins doit présenter la qualité d'établissement public de santé. La loi du 27 juillet 1999 ira dans le sens du durcissement ainsi opéré<sup>108</sup> en posant une condition supplémentaire tenant à l'absence de but lucratif des établissements participant à l'exécution du service public hospitalier<sup>109</sup>. Malgré sa rigueur, cette réforme se justifiait essentiellement par la volonté d'assurer une certaine cohérence juridique en évitant que le syndicat interhospitalier, qui présente la qualité d'établissement public, ne soit composé uniquement d'établissements privés de santé. Elle conduira toutefois à ce que la coopération initiée par le biais d'une telle structure reste dans une large mesure une affaire d'établissements publics de santé. Cet état de fait était toutefois quelque peu atténué avec le groupement d'intérêt économique, établissement privé, qui était limité aux personnes physiques ou morales de droit privé et le groupement d'intérêt public, personne morale de droit public, qui pouvait être constitué entre des personnes morales de droit public ou privé, sous réserve que l'un des membres au moins relève du droit public<sup>110</sup>. La loi du 31 juillet 1991 visera à faire du syndicat interhospitalier, du groupement d'intérêt économique et du groupement d'intérêt public des instruments privilégiés par les établissements publics de santé en permettant à ces derniers de participer à de telles structures en vue de prendre part à des actions de coopération, y compris internationales, avec des personnes morales de droit privé<sup>111</sup>. De leur côté, les groupements de coopération sanitaire, dans leur version issue de l'ordonnance du 24 avril 1996, présentaient une composition pour le moins restreinte car limitée aux établissements de santé ne remplissant pas les conditions légales pour constituer entre eux un syndicat interhospitalier<sup>112</sup>. Cela explique partiellement le succès de l'époque des groupements d'intérêt économique et des groupements d'intérêt public qui, par comparaison à cette nouvelle structure coopérative, présentaient l'avantage d'être plus variés dans leurs compositions respectives<sup>113</sup>.

L'institution par l'ordonnance précitée n° 96-346 du 24 avril 1996 des réseaux de soins (relevant ici du code de la santé publique) ne changea pas véritablement la donne du point de vue de la coopération institutionnelle. En effet, si ces réseaux pouvaient associer les établissements de santé, les médecins libéraux et d'autres professionnels de santé ainsi que des organismes à vocation sanitaire ou sociale<sup>114</sup>, ils n'avaient pas encore vocation à se constituer en structures de coopération hospitalière et relevaient ainsi du cadre fonctionnel. C'est avec la réforme issue de la loi du 4 mars 2002 que les réseaux de santé deviendront, avec l'institution des réseaux coopératifs, des instruments potentiels de coopération institutionnelle susceptibles d'intégrer de nouveaux acteurs. La suppression de la procédure d'agrément administratif préalable à la constitution d'un réseau et l'intégration par les réseaux de santé des missions antérieurement dévolues aux deux anciennes catégories de réseaux, visaient à faciliter et à favoriser de manière significative l'intégration des professionnels libéraux<sup>115</sup> au côté des centres de santé, des institutions sociales ou médico-sociales, des organisations à vocation sanitaire ou sociale et des représentants d'usagers. En outre, à la création des réseaux coopératifs correspondra une extension des partenaires possibles des différentes structures coopératives préexistantes. Les réseaux coopératifs étaient en effet régis dans une large mesure par les dispositions relatives aux coopératives hospitalières de médecins, ce qui impliquait notamment qu'ils pouvaient être composés de médecins spécialistes ou

<sup>108</sup> Voir en ce sens Esper (C.), La loi du 4 mars 2002 : le renouveau encore imparfait de la coopération entre acteurs de santé, *op. cit.*, p. 60.

<sup>109</sup> Art. L. 6132-2 du code de la santé publique.

<sup>110</sup> Art. 22 de la loi précitée du 23 juillet 1987. Curieusement, cette exigence ne figure pas dans le décret d'application n° 88-1024 du 7 novembre 1988 dont l'article 1<sup>er</sup> se contente de faire référence, sans autre précision, « aux personnes morales de droit public ou privé ».

<sup>111</sup> Art. L. 6134-1 du code de la santé publique.

<sup>112</sup> Ancien art. L. 713-11-1 du code de la santé publique.

<sup>113</sup> Esper (C.), Le groupement de coopération sanitaire, nouvelle formule juridique de collaboration entre établissements de santé, *op. cit.*, p. 14 et s.

<sup>114</sup> Art. 29 de la dite ordonnance, ancien art. L. 712-3 du code de la santé publique.

<sup>115</sup> Cormier (M.), La place de la loi du 4 mars 2002 dans l'évolution de la coopération hospitalière, *op. cit.*, p. 756.

généralistes et d'autres acteurs de santé<sup>116</sup>. Dès lors, la faculté qui leur avait été offerte d'adhérer à des groupements de coopération sanitaire, des groupements d'intérêt économique, des groupements d'intérêt public ou des associations<sup>117</sup> signifiait pour ces différentes structures l'intégration éventuelle en leur sein de nouveaux acteurs. Cependant, la véritable réforme est à mettre ici au crédit de l'ordonnance du 4 septembre 2003. Si cette dernière supprima les réseaux coopératifs de santé, elle autorisa parallèlement les réseaux de santé à se constituer directement en groupements de coopération sanitaire, en groupements d'intérêt public ou économique ou en associations<sup>118</sup>. Par le jeu des réseaux, ces structures sont désormais susceptibles de compter parmi leurs membres respectifs des acteurs du secteur social ou médico-social et des représentants des professions de médecine libérale.

Le cas du groupement de coopération sanitaire mérite toutefois deux ordres de développements et précisions particuliers. En premier lieu, pour les raisons que l'on connaît<sup>119</sup>, l'ordonnance de 4 septembre 2003 a fait en sorte que la composition de ce groupement ne soit plus limitée aux seuls établissements de santé<sup>120</sup>. Cette composition se révèle désormais très variable et modulable suivant deux hypothèses possibles<sup>121</sup>. Ainsi, lorsqu'il ne gère pas de réseau de santé, le groupement de coopération sanitaire peut être constitué entre des établissements de santé, des établissements sociaux et médico-sociaux et, sous certaines conditions, des professionnels médicaux libéraux, sachant que doit y figurer au moins un établissement de santé<sup>122</sup>. Cette liste n'est toutefois pas exhaustive dans la mesure où, sur la base d'un large pouvoir discrétionnaire d'appréciation<sup>123</sup>, le directeur de l'agence régionale d'hospitalisation peut autoriser d'autres organismes ou professionnels de santé concourant aux soins à faire partie d'un tel groupement<sup>124</sup>. Dans l'hypothèse où il est gestionnaire d'un réseau, la liste de ses membres potentiels correspond à celle d'un réseau de santé<sup>125</sup> : professionnels de santé libéraux, médecins du travail, établissements de santé, groupements de coopération sanitaire, centres de santé, institutions sociales ou médico-sociales, organismes à vocation sanitaire ou sociale, représentants des usagers. Les élargissements ainsi réalisés ont littéralement « dopé » la constitution des groupements de coopération sanitaire<sup>126</sup>, justifiant à juste titre leur qualificatif d'instrument privilégié de la coopération hospitalière. Si la loi du 21 juillet 2009 n'a pas remis en question les élargissements ainsi réalisés, elle fait figurer la liste des partenaires potentiels du groupement de coopération sanitaire non plus dans l'article L. 6133-1 mais au sein de l'article L. 6133-2, ainsi modifié, du code de la santé publique<sup>127</sup>.

---

<sup>116</sup> Art. L. 6163-1 du code de la santé publique relatif aux coopératives hospitalières de médecins.

<sup>117</sup> Ancien art. L. 6321-1 du code de la santé publique.

<sup>118</sup> Cormier (M.), *Les aspects juridiques des recompositions hospitalières*, *op. cit.*, p. 918 ; Mutations et enjeux des coopérations hospitalières, *op. cit.*, p. 420.

<sup>119</sup> Notamment faire du groupement de coopération sanitaire l'instrument privilégié de la coopération hospitalière.

<sup>120</sup> Cormier (M.), *Les groupements de coopération sanitaire : instruments de coopération à privilégier ?*, *op. cit.*, p. 12. Les raisons de la réforme résidaient notamment dans les difficultés de recrutement de médecins hospitaliers dans certains établissements publics de santé, la pénurie ressentie ou annoncée dans certaines spécialités médicales, les difficultés d'organisation de la continuité et/ou de la permanence des soins dans certains établissements et/ou sur certains territoires de santé, les partages d'activités entre établissements de santé et les coûts de plus en plus lourds de certains plateaux techniques.

<sup>121</sup> Sur la question, voir notamment De Forges (J.-M.), *Le groupement de coopération sanitaire*, *op. cit.*, p. 756 ; Cormier (M.), *Les groupements de coopération sanitaire : instruments de coopération à privilégier ?*, *op. cit.*, p. 14 et s.

<sup>122</sup> *Ibid.* Ces professionnels, mentionnés à l'article L. 4111-1 du même code, doivent avoir un contrat d'exercice avec un établissement de santé privé et respecter les engagements souscrits avec ce dernier.

<sup>123</sup> Cormier (M.), *Les groupements de coopération sanitaire : instruments de coopération à privilégier ?*, *op. cit.*, p. 14.

<sup>124</sup> Art. L. 6133-1 du code de la santé publique.

<sup>125</sup> Art. L. 6133-4 du code de la santé publique.

<sup>126</sup> Esper (C.), *Le groupement de coopération sanitaire : actualité et limites*, *op. cit.*, p. 119.

<sup>127</sup> Le nouvel article L. 6133-2 du code de la santé publique est désormais ainsi rédigé : « un groupement de coopération sanitaire de moyens peut être constitué par des établissements de santé publics ou privés, des établissements médico-sociaux mentionnés à l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles, des centres de santé et des pôles de santé, des professionnels médicaux libéraux exerçant à titre individuel ou en société. Il doit comprendre au moins un établissement de santé. D'autres professionnels de santé ou

En second lieu, l'une des nombreuses particularités du groupement de coopération sanitaire, à l'image son homologue dans le domaine social ou médico-social, est la modularité de sa nature juridique. Mettant fin aux incertitudes et aux difficultés que l'ordonnance du 24 avril 1996 avait fait naître sur la question<sup>128</sup>, l'ordonnance du 4 septembre 2003, opérant une distinction entre trois hypothèses possibles, avait imaginé un système de qualifications juridiques différenciées du groupement de coopération sanitaire en fonction de sa composition<sup>129</sup>. Ainsi, ledit groupement constituait une personne morale de droit public dès lors qu'il était exclusivement constitué d'établissements ou d'organismes publics ou encore d'établissements ou d'organismes publics et de professionnels médicaux libéraux membres à titre individuel. Sans doute avait-t-il vocation dans ce cadre à remplacer les syndicats interhospitaliers<sup>130</sup>. Inversement, il appartenait à la catégorie des personnes morales de droit privé lorsqu'il comptait uniquement parmi ses membres des établissements ou des personnes privés. En dehors de ces deux hypothèses, la liberté lui était laissée d'opter pour le statut de personne morale de droit public ou privé. Cependant, comme certains ont pu le faire remarquer, on pouvait s'interroger sur la portée réelle de cette liberté. Celle-ci pouvait apparaître en réalité plus théorique qu'autre chose dans la mesure où le directeur de l'agence régionale d'hospitalisation avait toujours le pouvoir de refuser d'approuver une convention constitutive qui opérerait en faveur d'un statut lui paraissant inopportun<sup>131</sup>. Bien qu'ayant repris dans une certaine mesure la logique de l'ordonnance du 4 septembre 2003, la loi du 21 juillet 2009 a réformé les règles applicables sur la question. Désormais, le groupement de coopération sanitaire de moyens est une personne morale de droit public, soit s'il est constitué exclusivement par des personnes de droit public, ou par des personnes de droit public et des professionnels médicaux libéraux ; soit si la majorité des apports au groupement ou, s'il est constitué sans capital, des participations à ses charges de fonctionnement proviennent de personnes de droit public<sup>132</sup>. A l'opposé, il est une personne morale de droit privé soit s'il est constitué exclusivement par des personnes de droit privé ; soit si la majorité des apports au groupement ou, s'il est constitué sans capital, des participations à son fonctionnement proviennent de personnes de droit privé<sup>133</sup>.

## **B) L'orientation de la coopération hospitalière vers un caractère contraignant plus marqué**

Concomitamment à l'élargissement de ses missions et de ses partenaires, la coopération hospitalière a vu ses caractères libertaires et facultatifs quelque peu altérés pour devenir incitative et, parfois même, obligatoire<sup>134</sup>. Certes, le principe demeure que la coopération hospitalière relève, pour les établissements de santé, de l'exercice d'une liberté contractuelle, qui s'exprime au travers de l'idée de contrat avec la convention

---

*organismes peuvent participer à ce groupement sur autorisation du directeur général de l'agence régionale de santé. Lorsque, en application de l'article L. 6321-2, un réseau de santé est constitué en groupement de coopération sanitaire de moyens, ce groupement peut être composé des personnes mentionnées à l'article L. 6321-1 ».*

<sup>128</sup> Sur la question, voir Esper (C.), *Le groupement de coopération sanitaire, nouvelle formule juridique de collaboration entre établissements de santé*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>129</sup> Art. L. 6133-1 du code de la santé publique.

<sup>130</sup> De Forges (J.-M.), *Le groupement de coopération sanitaire*, *op. cit.*, p. 757.

<sup>131</sup> *Ibid.* Voir également Cormier (M.), *Mutations et enjeux des coopérations hospitalières*, *op. cit.*, p. 421. L'auteur fait quant à lui remarquer que le choix de la nature du groupement de coopération sanitaire « sera prédéterminé, sous le contrôle du juge, par les apports respectifs (voire le montant des contributions aux charges de fonctionnement) [des membres du groupement] lorsque [celui-ci] sera doté d'un capital ».

<sup>132</sup> Art. L. 6133-3 nouveau du code de la santé publique. Lorsque le groupement de coopération sanitaire de moyens est une personne morale de droit public, il est soumis aux règles de la comptabilité publique et il est doté d'un agent comptable désigné dans des conditions fixées par décret en Conseil (art. L. 6133-5 nouveau du code de la santé publique).

<sup>133</sup> *Ibid.* Lorsque ce groupement est constitué sous la forme d'une personne morale de droit privé, ses comptes sont certifiés par un commissaire aux comptes (art. L. 6133-5 nouveau du code de la santé publique).

<sup>134</sup> Esper (C.), *La coopération entre acteurs de santé : le droit est-il à la hauteur de la pratique ?*, *op. cit.*, p. 446.

constitutive<sup>135</sup>. Néanmoins, les textes ont peu à peu conféré une dimension contraignante à cette coopération en multipliant les hypothèses de coopération obligatoire<sup>136</sup> ou forcée. Les pouvoirs publics ont à ce titre considérablement renforcé le rôle des agences régionales d'hospitalisation et de son directeur dans le pilotage des coopérations hospitalières, de telle sorte que ces autorités peuvent intervenir de deux manières possibles, soit en encourageant ou en accompagnant la coopération, soit en l'imposant<sup>137</sup>. En premier lieu, le schéma d'organisation sanitaire offre la possibilité au directeur de l'agence régionale d'hospitalisation d'inciter les établissements de santé, tant publics que privés, à coopérer entre eux<sup>138</sup>, principalement par l'intermédiaire du groupement de coopération sanitaire<sup>139</sup>. Ce schéma, en effet, a notamment pour finalité de « susciter les adaptations et les complémentarités de l'offre de soins, ainsi que les coopérations, notamment entre les établissements de santé »<sup>140</sup>. Il doit en outre comporter une annexe précisant, entre autres, les coopérations d'établissements nécessaires à la réalisation des objectifs qu'il a définis<sup>141</sup>. Par le biais de ces deux documents, le directeur de l'agence régionale d'hospitalisation peut orienter, coordonner, voire imposer la démarche à suivre en définissant les établissements appelés à former ou à rejoindre une structure de coopération hospitalière et, éventuellement, la forme institutionnelle à donner à cette coopération. Celle-ci demeure d'ailleurs prédéterminée dans une large mesure par le groupement de coopération sanitaire, dès lors que la coopération prévue suppose la mise en place de permanences de soins exigeant la participation conjointe de médecins hospitaliers et de médecins libéraux<sup>142</sup>.

En second lieu, avec l'ordonnance précitée du 24 avril 1996, le législateur a octroyé aux agences régionales d'hospitalisation le pouvoir d'imposer à deux ou à plusieurs établissements publics de santé la conclusion d'une convention de coopération ou la création d'une structure de coopération institutionnelle (syndicat interhospitalier ou groupement d'intérêt public)<sup>143</sup>, ceci en vue d'adapter le système hospitalier aux besoins de la population et de préserver leur qualité dans l'intérêt des malades au meilleur coût, par un redéploiement de services, d'activités ou d'équipements hospitaliers. Loin de remettre en cause cette prérogative, l'ordonnance du 4 septembre 2003 élargira son champ d'application à l'institution des groupements de coopération sanitaire<sup>144</sup> et, par la même occasion, étoffera l'arsenal juridique des agences régionales pour imposer à des établissements de santé de coopérer<sup>145</sup>. Fait remarquable, la pratique révèle toutefois un usage très modéré<sup>146</sup>, voire inexistant<sup>147</sup> de ce pouvoir de contrainte en matière de coopération organique hospitalière. Les directeurs des agences régionales d'hospitalisation, dont les capacités de négociation et de persuasion apparaissent difficilement contestables sur ce point, semblent marquer une nette préférence pour la démarche incitative, plus respectueuse de la liberté contractuelle des établissements publics de santé<sup>148</sup>. Cela apparaît d'autant plus surprenant que ce pouvoir de contrainte peut être aussi utilisé par son titulaire en vue de la création d'un nouvel établissement

---

<sup>135</sup> Apollis (B.), Les conventions de coopération interhospitalière, *Revue générale de droit médical*, numéro spécial, Le contrat en droit de la santé, 2007, p. 120.

<sup>136</sup> Cormier (M.), Mutations et enjeux des coopérations hospitalières, *op. cit.*, p. 418.

<sup>137</sup> Cormier (M.), La régulation de la concurrence par les agences régionales d'hospitalisation, *Revue générale de droit médical*, hors série, Services de santé et concurrence, 2005, p. 39 ; Les aspects juridiques des recompositions hospitalières, *op. cit.*, p. 918 et s.

<sup>138</sup> Cormier (M.), Mutations et enjeux des coopérations hospitalières, *op. cit.*, p. 418.

<sup>139</sup> *Ibid.* ; Cormier (M.), La planification hospitalière, in *Droit médical et hospitalier*, fascicule n° 120, Litec, p. 11 et s.

<sup>140</sup> Art. L. 6121-1 du code de la santé publique.

<sup>141</sup> Art. L. 6121-2 du code de la santé publique.

<sup>142</sup> Cormier (M.), Les groupements de coopération sanitaire : instruments de coopération à privilégier ?, *op. cit.*, p. 28.

<sup>143</sup> Art. 38 de ladite ordonnance, ancien art. L. 712-20 du code de la santé publique.

<sup>144</sup> Art. L. 6122-15 du code de la santé publique.

<sup>145</sup> Voir en ce sens Podeur (A.), Avancées des coopérations, *Regards de la FPH*, janvier-février 2004, n° 22, p. 30.

<sup>146</sup> Cormier (M.), La régulation de la concurrence par les agences régionales d'hospitalisation, *op. cit.*, p. 39.

<sup>147</sup> Voir en ce sens Cormier (M.), Les groupements de coopération sanitaire : instruments de coopération à privilégier ?, *op. cit.*, p. 29.

<sup>148</sup> *Ibid.*

public de santé par fusion de deux ou plusieurs établissements<sup>149</sup>. En effet, la coopération hospitalière entre deux ou plusieurs établissements publics de santé pourrait être imposée par le directeur de l'agence régionale d'hospitalisation dans la perspective éventuelle ou future d'une fusion entre lesdits établissements. Elle s'imposerait ainsi comme une étape préalable et transitoire destinée à préparer cette fusion qu'il serait de la sorte ensuite plus facile à obtenir ou à arracher auprès des établissements concernés.

En troisième lieu enfin, le législateur a posé le principe selon lequel la délivrance d'autorisations sanitaires pouvait être assortie de conditions particulières imposées dans l'intérêt de la santé publique<sup>150</sup>. L'absence de toute autre précision a été interprétée par les agences régionales d'hospitalisation comme une autorisation implicite du législateur de faire figurer, parmi ces conditions particulières, la signature, par les établissements publics ou privés de santé, d'une convention de coopération<sup>151</sup>. Elle conduira bon nombre d'agences à négocier, essentiellement avec les établissements privés, l'inscription dans leur autorisation sanitaire d'une condition supplémentaire liée à une action de coopération<sup>152</sup>. Cette pratique, complètement admise par le juge administratif<sup>153</sup>, sera par la suite entérinée par l'ordonnance du 4 septembre 2003 qui consacrera de manière explicite la possibilité pour la commission exécutive de l'agence régionale d'hospitalisation de subordonner toute autorisation sanitaire à l'engagement de mettre en œuvre des mesures de coopération de nature à favoriser une utilisation commune des moyens et la permanence des soins<sup>154</sup>. Or, comme certains ont pu le souligner, dans la mesure où le groupement de coopération sanitaire est l'unique instrument de coopération permettant des interventions croisées de professionnels de santé de statuts différents, cette faculté ainsi ouverte à l'administration revient en réalité à soumettre la délivrance d'une autorisation à l'engagement de constituer ou d'adhérer à un tel groupement<sup>155</sup>. Ainsi, la réforme introduite par l'ordonnance de 2003 conduira à faire de la coopération une condition supplémentaire à l'obtention d'une autorisation sanitaire<sup>156</sup>. L'établissement par le législateur d'un lien direct entre l'octroi de l'autorisation sanitaire et la conclusion d'une convention de coopération correspondra à la reconnaissance d'un véritable pouvoir de contrainte des agences régionales d'hospitalisation en matière de coopération, tant à l'égard des établissements publics que privés de santé<sup>157</sup>. Par ailleurs, la même ordonnance subordonnera la délivrance de l'autorisation sanitaire à trois conditions cumulatives dont, notamment, le respect des conditions d'implantation et des conditions techniques de fonctionnement des établissements de santé, parmi lesquelles peut figurer l'exercice d'une action de coopération<sup>158</sup>. De la même manière, de nombreux décrets intervinrent en 2002, 2006 et 2007 pour fixer un certain nombre de conditions d'implantation géographique et de fonctionnement des établissements dans différentes activités de soins telles que l'accueil et le traitement des urgences<sup>159</sup>, la réanimation<sup>160</sup>,

<sup>149</sup> Art. L. 6122-15 du code de la santé publique.

<sup>150</sup> Art. L. 6122-7 du code de la santé publique.

<sup>151</sup> Cormier (M.), Mutations et enjeux des coopérations hospitalières, *op. cit.*, p. 418.

<sup>152</sup> Cormier (M.), La régulation de la concurrence par les agences régionales d'hospitalisation, *op. cit.*, p. 39.

<sup>153</sup> CAA Nantes, 30 décembre 1997, *M. Mourges et autres*, req. n° 97NT00864 ; CAA Nantes, 21 juin 2002, *Commune de La Baule*, *AJDA*, 2002, p. 1305, note Ghebali-Bailly (M.) ; CAA Nantes, 19 décembre 2003, *Commune de Guérande*, req. n° 99NT02186.

<sup>154</sup> Art. L. 6122-7, al. 3 du code de la santé publique.

<sup>155</sup> Cormier (M.), Les groupements de coopération sanitaire : instruments de coopération à privilégier ?, *op. cit.*, p. 29.

<sup>156</sup> Apollis (B.), Les conventions de coopération interhospitalière, *op. cit.*, p. 128.

<sup>157</sup> Cormier (M.), La régulation de la concurrence par les agences régionales d'hospitalisation, *op. cit.*, p. 39 et 40.

<sup>158</sup> Art. L. 6122-1 du code de la santé publique. L'autorisation ne peut être délivrée que si, en plus des conditions sus-indiquées, le projet concerné répond d'une part aux besoins de santé de la population identifiés par le schéma d'organisation sanitaire et si, d'autre part, il est compatible avec les objectifs de ce schéma et avec ses annexes.

<sup>159</sup> Décret n° 2006-576 du 22 mai 2006 relatif à la médecine d'urgence (*JORF*, 23 mai 2006, p. 7531) et décret n° 2006-577 du 22 mai 2006 relatif aux conditions techniques de fonctionnement applicables aux structures de médecine d'urgence (*JORF*, 23 mai 2006, p. 7535) : art. R. 6123-1 à R. 6123-32-11 et D. 6124-1 à D. 6124-26-10 du code de la santé publique.

<sup>160</sup> Décret n° 2006-72 du 24 janvier 2006 relatif à la réanimation dans les établissements de santé (*JORF*, 26 janvier 2006, p. 1311) et décret n° 2006-74 du 24 janvier 2006 relatif aux conditions techniques de fonctionnement auxquelles doivent satisfaire les établissements de santé pour pratiquer les activités de

l'insuffisance rénale chronique<sup>161</sup>, la chirurgie cardiaque<sup>162</sup>, les greffes d'organes<sup>163</sup>, le traitement du cancer<sup>164</sup>, la neurochirurgie<sup>165</sup>, les activités interventionnelles par voie endovasculaire en neuroradiologie<sup>166</sup> et le traitement des grands brûlés<sup>167</sup>. Parmi ces conditions, figure généralement la conclusion d'une convention de coopération<sup>168</sup> ou même, de manière plus exceptionnelle, la participation à une structure de coopération hospitalière<sup>169</sup>. Au demeurant, l'amorce par les textes de ce qui constitue un véritable affaïssement du caractère libertaire de la coopération organique hospitalière n'est ni surprenante, ni anodine. Elle se situe dans la continuité logique des réformes opérées depuis 1970 dans le but de promouvoir la coopération hospitalière au rang d'instrument incontournable d'un système de santé à la fois plus efficace et cohérent, bref plus performant.



---

réanimation pédiatrique et de surveillance continue pédiatrique (*JORF*, 26 janvier 2006, p. 1313) : art. R. 6123-33 à R. 6123-38 et D. 6124-27 à D. 6124-34-5 du code de la santé publique.

<sup>161</sup> Décret n° 2002-1197 du 23 septembre 2002 relatif à l'activité de traitement de l'insuffisance rénale chronique par la pratique de l'épuration extrarénale (*JORF*, 25 septembre 2002, p. 15811) et décret n° 2002-1198 du 23 septembre 2002 relatif aux conditions techniques de fonctionnement des établissements de santé qui exercent l'activité de traitement de l'insuffisance rénale chronique par la pratique de l'épuration extrarénale (*JORF*, 25 septembre 2002, p. 15813) : art. R. 6123-54 à R. 6123-68 et D. 6124-64 à D. 6124-90 du code de la santé publique.

<sup>162</sup> Décret n° 2006-77 du 24 janvier 2006 relatif aux conditions d'implantation applicables aux activités de soins de chirurgie cardiaque (*JORF*, 27 janvier 2006, p. 1437) et décret n° 2006-78 du 24 janvier 2006 relatif aux conditions techniques de fonctionnement applicables aux activités de soins de chirurgie cardiaque (*JORF*, 27 janvier 2006, p. 1437) : art. R. 6123-69 à R. 6123-74 et D. 6124-121 à D. 6124-130 du code de la santé publique.

<sup>163</sup> Décret n° 2007-1256 du 21 août 2007 relatif aux conditions d'implantation applicables aux activités de greffes d'organes et aux greffes de cellules hématopoïétiques et modifiant le code de la santé publique (*JORF*, 23 août 2007, p. 14077) : art. R. 6123-75 à R. 6123-81 et D. 6124-162 à D. 6124-176 du code de la santé publique.

<sup>164</sup> Décret n° 2007-388 du 21 mars 2007 relatif aux conditions d'implantation applicables à l'activité de soins de traitement du cancer et modifiant le code de la santé publique (*JORF*, 22 mars 2007, p. 5298) : art. R. 6123-86 à R. 6123-95 et D. 6124-131 à D. 6124-134 du code de la santé publique.

<sup>165</sup> Décret n° 2007-364 du 19 mars 2007 relatif aux conditions d'implantation applicables aux activités de soins de neurochirurgie et modifiant le code de la santé publique (*JORF*, 21 mars 2007, p. 5163) et décret n° 2007-365 du 19 mars 2007 relatif aux conditions techniques de fonctionnement applicables aux activités de soins de neurochirurgie (*JORF*, 21 mars 2007, p. 5164) : art. R. 6123-96 à R. 6123-103 et art. D. 6124-135 à D. 6124-146 du code de la santé publique.

<sup>166</sup> Décret n° 2007-366 du 19 mars 2007 relatif aux conditions d'implantation applicables aux activités interventionnelles par voie endovasculaire en neuroradiologie et modifiant le code de la santé publique (*JORF*, 21 mars 2007, p. 5165) et décret n° 2007-367 du 19 mars 2007 relatif aux conditions techniques de fonctionnement applicables aux activités interventionnelles par voie endovasculaire en neuroradiologie (*JORF*, 21 mars 2007, p. 5165) : art. R. 6123-104 à R. 6123-110 et D. 6124-147 à D. 6124-152 du code de la santé publique.

<sup>167</sup> Décret n° 2007-1237 du 20 août 2007 relatif aux conditions d'implantation applicables à l'activité de traitement des grands brûlés et modifiant le code de la santé publique (*JORF*, 22 août 2007, p. 14009) et décret 2007-1240 du 20 août 2007 relatif aux conditions techniques de fonctionnement applicables à l'activité de traitement des grands brûlés et modifiant le code de la santé publique (*JORF*, 22 août 2007, p. 14009) : art. R. 6123-111 à R. 6123-117 et D. 6124-153 à D. 6124-161 du code de la santé publique.

<sup>168</sup> Art. R. 6123-7, R. 6123-17, R. 6123-21 et R. 6123-32-2 (urgence) ; art. R. 6123-38, R. 6123-38-6 et R. 6123-38-7 (réanimation) ; art. R. 6123-43, R. 6123-44, R. 6123-47, R. 6123-50 et R. 6123-52 (obstétrique, néonatalogie et réanimation néonatale) ; art. R. 6123-55 et R. 6123-59 (insuffisance rénale) ; art. R. 6123-80 (greffes d'organes) ; art. R. 6123-92 (traitement du cancer) et R. 6123-108 (activités interventionnelles par voie endovasculaire en neuroradiologie).

<sup>169</sup> Ainsi, un établissement de santé dont l'activité de médecine d'urgence est inférieure à un seuil fixé par arrêté du ministre de la santé peut néanmoins être autorisé à assurer la prise en charge des patients accueillis dans la structure des urgences ou dans la structure des urgences pédiatriques, à condition qu'il participe à une fédération médicale interhospitalière ou à un groupement de coopération sanitaire afin de constituer une équipe commune avec des établissements autorisés pour la même durée et ayant une plus forte activité : art. R. 6123-9 du code de la santé publique.



# **LES RÉPERCUSSIONS DES DIFFICULTÉS PERSONNELLES GRAVES CONNUES PAR UN AGENT PUBLIC SUR L'ACCOMPLISSEMENT DE SA FONCTION**

**par Frédéric COLIN**

*Maître de conférences de droit public  
à l'Université Paul Cézanne - Aix-Marseille III  
Centre de Recherches Administratives*

## **Introduction**

L'agent public a pour mission de remplir la fonction publique qu'il occupe de façon exemplaire. Sa vie privée ne doit en principe pas interférer avec sa mission. Or, d'évidence, les circonstances de la vie font que chaque agent public peut se trouver confronté à des difficultés personnelles ou professionnelles graves, d'origine extrêmement variées : problème de santé, difficultés familiales, difficultés financières. Ces difficultés peuvent momentanément prendre le dessus, et entraîner des répercussions sur la prestation professionnelle de l'agent.

Les répercussions de ces difficultés sur leur carrière sont variables. C'est à l'occasion de décisions administratives défavorables que les agents invoquent ces difficultés, afin d'écartier l'application de telle ou telle sanction ou décision. L'administration active, comme le juge administratif, se révèlent toutefois assez restrictifs quant à la possibilité d'accueillir cet argument au bénéfice des agents. En effet, l'intérêt général doit l'emporter dans l'accomplissement de la mission de service public confiée à l'agent public, qui doit faire abstraction des difficultés qui sont les siennes, a fortiori personnelles, qui ne doivent pas interférer avec la fonction exercée. Mais tout est question de seuil. Au-delà d'un certain degré de gravité, la difficulté personnelle grave devient pour l'agent une cause exonératoire qu'il va pouvoir opposer à son administration pour demander l'annulation de la décision dont il fait l'objet. Ce ne sont pas que les sanctions, mais tout un panel de décisions, qui sont concernées.

Il s'agit d'envisager dans quels cas ces difficultés peuvent être admises par l'administration ou par le juge, et dans quels cas cela risque d'entraîner des conséquences graves sur la carrière de l'intéressé.

## **I – NOTION DE DIFFICULTÉ PERSONNELLE GRAVE**

La notion de difficulté personnelle grave est délicate à circonscrire, ce qui tient à son application multiforme et au seuil de déclenchement du mécanisme original, mais variable, qu'elle implique. Ainsi, l'agent peut éprouver des difficultés personnelles graves de nature variable : familiales, économiques et financières, de santé, qui vont se répercuter sur l'accomplissement de sa mission.

### **A) Le champ d'application**

Le champ d'application de la notion de difficulté personnelle grave s'avère extrêmement large, et peut concerner aussi bien des décisions de pure gestion administrative des carrières, que des procédures disciplinaires.

### *a) Les décisions à caractère personnel sans caractère de sanction*

Le droit des *congés maladie* donne lieu à de nombreux contentieux en la matière. On comprend que l'agent, parfois gravement malade, éventuellement hospitalisé, ne gère pas toujours au mieux ces périodes délicates de sa carrière. Il n'apprécie par ailleurs pas toujours à leur juste valeur les différents actes pris alors à son encontre, comme le passage d'un congé à l'autre, ou le refus d'imputabilité au service de son congé maladie. C'est dans un deuxième temps qu'un contentieux se développe. L'agent invoque alors, y compris dans le cadre de la procédure contentieuse, les difficultés personnelles graves qu'il devait affronter à ce moment précis, afin de faire écarter l'application d'un acte défavorable que l'administration lui oppose<sup>1</sup>.

Les règles applicables en matière de notation peuvent aussi être mises en jeu. Dans cette perspective, l'agent peut parfois invoquer des difficultés personnelles dans sa vie privée pour tenter de justifier une prestation professionnelle défailante, et contester dans le même temps l'abaissement de la notation dont il fait l'objet.

Certaines décisions, par ailleurs, sont considérées par la jurisprudence comme n'ayant pas le caractère de sanction, bien qu'elles aient des effets considérables sur l'agent. Il s'agit notamment de la radiation des cadres pour *abandon de poste*. Le fonctionnaire qui abandonne son poste est considéré comme ayant renoncé de lui-même aux garanties qu'il tient du statut : ce n'est donc pas juridiquement une mesure disciplinaire, mais « simplement » la prise en compte d'une situation de fait, qui n'appelle pas l'observation de la procédure disciplinaire<sup>2</sup>. L'agent bénéficie toutefois de quelques garanties, à la fois procédurales (p. ex. mise en demeure des risques encourus<sup>3</sup>), et de fond : notamment en matière de qualification juridique (le fait considéré est-il de nature ou non à justifier une sanction ?). On retrouve ici exactement la même problématique que celle évoquée en matière de congés maladie : l'agent peut connaître de telles difficultés personnelles qu'il n'est pas à même de comprendre que ses actes l'exposent à la mise en œuvre de cette procédure. Dans ce cas, l'administration ne peut l'utiliser, et doit envisager une autre solution, comme le placement d'office en congé maladie, ou envisager de différer la procédure<sup>4</sup>. Cependant, ce n'est pas l'agent qui peut imposer ses choix à son administration : il ne peut ainsi à la fois demander une affectation précise, ce qui établit que son état pathologique ne le prive pas de tout discernement, et en même temps invoquer des difficultés personnelles ne le mettant pas à même de comprendre le déclenchement de la procédure d'abandon de poste à son encontre suite à l'absence concrète de reprise de fonction. Il en est a fortiori de même à l'issue d'un congé, dans le cas de difficultés personnelles d'ordre économique qui selon l'intéressé l'empêcheraient de reprendre tel ou tel poste en raison de sa localisation<sup>5</sup>. Il en est enfin de même dans l'hypothèse d'un agent bénéficiant d'une décision de réintégration faisant suite à l'annulation de sa révocation, mais qui demeure absent de son poste malgré le délai qui lui avait été accordé pour rejoindre son affectation : son absence dans son administration doit s'analyser comme un refus d'obéissance constitutif d'un abandon de poste, sans que les difficultés personnelles (faute de gravité suffisante en l'espèce) invoquées par l'agent ne puissent être considérées comme un fait justificatif<sup>6</sup>.

### *b) Les décisions à caractère de sanction*

L'absence de définition légale de la faute disciplinaire dans la fonction publique conduit à octroyer un pouvoir discrétionnaire d'appréciation à l'administration quant aux circonstances de l'espèce. L'idée générale est qu'il y a faute disciplinaire dès lors que le comportement d'un agent public constitue un manquement à ses obligations, entrave le

<sup>1</sup> CAA de Lyon, 1<sup>er</sup> juillet 2008, Mme Pena, n° 05LY01506.

<sup>2</sup> CE, 10 octobre 1994, Mme Robin, n° 139896.

<sup>3</sup> CE, 11 décembre 1998, Casagrande, n° 147511.

<sup>4</sup> CE, 10 octobre 2007, CH Intercommunal André Grégoire, n° 271020 : intéressé très fortement affecté par le décès soudain de son épouse.

<sup>5</sup> CAA de Versailles, 17 décembre 2007, M. Grincourt, n° 06VE00496.

<sup>6</sup> CAA de Nancy, 10 avril 2003, M. Loux, n° 00NC00668.

bon fonctionnement du service ou porte atteinte à la considération du service dans le public. La faute est consécutive à un manquement aussi bien dans le service que dans la vie privée de l'agent. Or, les comportements répréhensibles imputables à un état pathologique interdisent la qualification de faute disciplinaire. Et là encore, la référence aux difficultés personnelles graves que connaît l'agent peut conduire à dénier cette qualification juridique de faute, sous le contrôle du juge. Ce dernier vérifie en effet dans tous les cas que le comportement incriminé constitue ou non une faute.

Le *refus de renouvellement* d'un contrat d'embauche pour motif disciplinaire constitue un cas assez fréquent d'application de la notion de difficulté personnelle grave. Il s'agit de difficultés relationnelles, imputables à l'intéressé, qui ne permettant pas d'assurer la cohésion du personnel nécessaire au regard des nouveaux besoins du service. Dans cette hypothèse, le juge vérifie l'exactitude matérielle des faits, et n'exerce qu'un contrôle minimum de l'erreur manifeste d'appréciation<sup>7</sup>. Ce contrôle réduit rend difficile pour l'agent l'annulation d'une sanction édictée par l'administration<sup>8</sup>. Il appartient à l'agent d'établir que les difficultés liées aux rapports professionnels dans le service ne lui sont pas imputables. La solution est identique pour un refus d'engagement qui ne serait pour autant pas motivé par des considérations disciplinaires<sup>9</sup>.

En d'autres termes, l'agent doit en principe laisser « au vestiaire » ses difficultés personnelles, qui ne peuvent en aucune manière le conduire à commettre une faute, qui plus est à caractère pénal, puisque dans ce cas-là, l'élément intentionnel est présent<sup>10</sup>. L'agent ne parviendra pas dans une telle hypothèse (lorsque l'élément intentionnel est constitué) à s'exonérer de sa responsabilité disciplinaire, même si, rappelons-le, les procédures pénales et disciplinaires engagées à l'occasion d'un acte ou d'un comportement reprochés à un fonctionnaire ont des objectifs différents et sont indépendantes l'une de l'autre<sup>11</sup>. En d'autres termes, des difficultés personnelles sérieuses ou d'une extrême gravité peuvent conduire à minorer ou à exonérer l'agent de sa responsabilité disciplinaire, mais uniquement dans le cas d'un manquement ne mettant pas en cause une infraction pénale, ou dans le cas d'un état pathologique mettant l'agent dans l'impossibilité de comprendre l'étendue de ses actes<sup>12</sup>.

## **B) Le seuil de gravité requis**

Pour que l'agent puisse faire valoir les difficultés personnelles graves à l'encontre qu'une quelconque décision dont il fait l'objet, il doit établir qu'il n'était pas en mesure de comprendre la portée des actes pris à son encontre<sup>13</sup>, ou que ces difficultés le mettaient dans une situation irrépressible de contradiction avec la mission qui lui était confiée, le mettant dans l'impossibilité d'accomplir celle-ci. On en revient à la notion d'irrésistibilité connue dans l'hypothèse du cas fortuit (plutôt que de la force majeure, puisque la difficulté invoquée tient à l'agent lui-même : elle ne lui est pas extérieure ; ou si les faits considérés sont extérieurs, ce sont les conséquences qu'il leur donne qui la qualifient). Les difficultés doivent, pour formuler cette considération de manière différente, placer l'agent dans une situation telle qu'il n'était plus en mesure de formuler clairement et en toute connaissance de cause sa demande, ou sa défense, même s'il avait été correctement informé par l'administration des conséquences impliquées par son comportement<sup>14</sup>.

---

<sup>7</sup> CAA de Paris, 4 décembre 2007, M. Brozzu, n° 06PA02464 ; CAA de Nancy, 10 avril 2003, M. Alexanderek, n° 98NC01208.

<sup>8</sup> P. ex. CE, 28 septembre 1994, La Poste, n° 145445. Le Conseil d'Etat se révèle plus sévère pour l'agent, en annulant le jugement du tribunal administratif, qui avait en l'espèce annulé la sanction de révocation.

<sup>9</sup> CE, 27 octobre 1995, Mme Girard, n° 151782.

<sup>10</sup> P. ex. CE, 22 novembre 1995, Mme X., n° 154373 : détournement de fonds publics.

<sup>11</sup> CE, 30 juillet 2003, M. Houlle, n° 232238.

<sup>12</sup> Ce qui n'est pas le cas de l'agent suivi médicalement pour dépression, et qui a par ailleurs fait l'objet d'une condamnation pénale pour vols : CE, 29 janvier 2003, Centre hospitalier universitaire de Clermont-Ferrand, n° 241764.

<sup>13</sup> CAA de Lyon, 1<sup>er</sup> juillet 2008, Mme Pena, n° 05LY01506, préc.

<sup>14</sup> CAA de Paris, 20 avril 2005, Mme Girard, n° 02PA03583.

Du moment que le seuil de gravité requis n'est pas atteint, l'agent doit se conformer à l'ensemble des obligations qui sont les siennes. Parmi elles, figure notamment l'obligation de *réserve*, qui doit être conciliée avec la liberté d'expression. En d'autres termes, l'agent qui éprouve des difficultés personnelles, par exemple avec d'autres agents du service, doit limiter l'expression de ces difficultés à l'intérieur du service, dans le cadre des procédures prévues à cet effet (p. ex. harcèlement) et ne pas les communiquer à destination du public, sous peine de sanction disciplinaire ou d'une évaluation défavorable de son cas par le juge administratif<sup>15</sup>.

Il est donc clair que le juge, même s'il admet l'existence de difficultés personnelles de l'intéressé sur la période considérée, ne va pas pour autant annuler la décision contestée, s'il estime qu'elles ne sont pas suffisantes pour justifier une invalidation<sup>16</sup>.

Il appartient dès lors à l'agent d'établir que les difficultés personnelles dont il fait l'objet font totalement obstacle à l'accomplissement de sa mission, et qu'il ne peut être tenu pour autant pour responsable de cette défaillance<sup>17</sup>. A défaut, le caractère de gravité étant absent, les difficultés personnelles rencontrées par l'agent ne sauraient conduire à atténuer l'appréciation à porter sur les faits constitutifs de manquement, et partant, de la sanction encourue<sup>18</sup>. Rien n'est cependant figé, et faute de pouvoir définir précisément la « difficulté personnelle grave » dans les textes, le juge comme l'administration conserveront toujours une large marge de manœuvre en la matière.

## **II – EFFETS DE LA QUALIFICATION DE DIFFICULTÉ PERSONNELLE GRAVE**

La difficulté personnelle grave doit être irrésistible : l'agent ne doit pas être en mesure d'y mettre un terme pendant la période pendant laquelle elle est constituée. Elle permet alors une exonération de responsabilité disciplinaire ou une requalification de l'action disciplinaire en procédure non disciplinaire. Ce caractère d'irrésistibilité exclut le bénéfice de la requalification pour les fautes à caractère pénal. La difficulté personnelle grave est par ailleurs, en principe, temporaire, et n'a donc pas vocation à être irrévocable : si c'était le cas, l'accomplissement de la fonction étant définitivement compromis, l'administration se retrouverait dans l'obligation de se séparer de son agent.

### **A) L'exonération**

La difficulté personnelle peut s'analyser en tant que cause exonératoire de telle ou telle obligation à la charge de l'agent public. L'illustration la plus claire que l'on peut mentionner ici concerne sans doute l'engagement à servir l'administration, largement consacré aujourd'hui dans la fonction publique du fait de la professionnalisation des personnels, et de la multiplication des périodes de formations initiales en écoles administratives<sup>19</sup>.

Ainsi, la nomination en qualité d'élève dans de nombreux corps de la fonction publique est subordonnée à la souscription de l'engagement préalable de rester au service de l'État pendant une période variable, à compter de la titularisation en fonction de la durée de la formation initiale est inférieure. L'élève ou l'ancien élève qui, pour toute autre cause que l'inaptitude physique, met fin à sa scolarité après un certain délai à compter de son admission ou qui rompt son engagement doit reverser au Trésor une somme forfaitaire fixée par arrêté, correspondant au montant du traitement net et des indemnités qu'il a perçus durant sa période de formation, au prorata du temps restant à

<sup>15</sup> CAA de Nantes, 9 mars 2007, M. Collon c/ Commune de Valognes, n° 06NT00416.

<sup>16</sup> CAA de Marseille, 27 avril 2004, M. Guy, n° 00MA02276.

<sup>17</sup> Il ne s'agit pas d'un moyen « incantatoire » comme de nombreux contentieux s'en font l'écho : il faut non seulement établir l'existence matérielle des difficultés en cause, mais aussi le lien de causalité par rapport à la décision contestée, et le seuil de gravité requis : v. p. ex. CAA de Nancy, 1<sup>er</sup> juin 2006, Mme Manantsara, n° 03NC01063.

<sup>18</sup> P. ex., CAA de Nancy, 6 mai 2003, Mlle Valcke, n° 97NC02288.

<sup>19</sup> D. Latournerie, concl. sur CE, 23 avril 1986, Grange, *RFD adm.* 1987, p. 74 ; D. Bailleul, Remarques sur l'obligation de rester au service de l'État, *AJFP* 2005, p. 128.

accomplir jusqu'à la fin de l'engagement de servir au sein de la fonction publique. En cas de difficultés personnelles graves, il peut être dispensé en tout ou partie de cette obligation<sup>20</sup>. On en revient à la question de l'imputabilité : si les difficultés personnelles conduisent à considérer que l'inexécution du service n'est pas imputable à l'intéressé, celui-ci n'est plus soumis à l'obligation de remboursement : l'exonération est de droit, et son refus doit être motivé<sup>21</sup>.

Le droit des congés maladie ou le droit disciplinaire fournissent aussi une piste de réflexion en la matière. L'agent qui fait l'objet d'une décision de refus peut invoquer les difficultés personnelles graves, de santé, dont il faisait l'objet au moment de la prise de décision, pour en demander l'annulation, au motif qu'il n'était pas en mesure d'en comprendre la portée exacte. Dans cette perspective, la difficulté personnelle grave s'analyse, en relation avec l'état mental pathologique de l'agent, comme cause exonératoire de responsabilité disciplinaire ou de non application d'une décision. L'état mental de l'agent doit en cette hypothèse empêcher de le tenir pour responsable<sup>22</sup>.

Au résultat, ce n'est que rarement que les difficultés personnelles peuvent conduire à exonérer l'agent de sa responsabilité disciplinaire en raison des difficultés personnelles alléguées par lui<sup>23</sup>, étant donné que la charge de la preuve, et du lien de causalité, est difficile à établir<sup>24</sup>.

Mais en tout état de cause, les difficultés personnelles que connaît l'agent constituent des éléments de fait dont l'administration doit avoir connaissance lorsqu'elle étudie le cas de l'intéressé à l'occasion de la procédure disciplinaire. On observe d'ailleurs que dans bien des cas, ces difficultés conduisent à une modération de la sanction prononcée par l'autorité détentrice du pouvoir disciplinaire<sup>25</sup>.

## **B) La requalification**

La difficulté personnelle grave présente l'intérêt majeur de conduire potentiellement à la requalification de la décision prise à l'encontre de l'intéressé. La décision peut ainsi être « déclassée » et tomber dans une catégorie moins défavorable pour l'agent qui en fait l'objet.

Ainsi, des difficultés personnelles graves de nature physique (état mental) interdisent à l'administration de poursuivre l'agent pour motif disciplinaire, puisque l'agent ne peut pas être tenu pour responsable de ses actes, compte tenu de son état pathologique<sup>26</sup>. L'agent pourra par contre faire l'objet d'une mesure conservatoire, comme par exemple l'éloignement du service, s'il présente un risque pour le public<sup>27</sup>. L'administration devra éventuellement choisir une autre catégorie de procédure, liée à l'inaptitude ou à l'état de santé de l'agent (reclassement, licenciement).

Par contre, il n'existe pas, en matière disciplinaire, de « compensation ». Prenons l'hypothèse d'un agent en difficultés financières graves, et qui, du fait de son poste, a

---

<sup>20</sup> Article 24 du titre I du statut général (mod. loi n° 2005-843, 26 juillet 2005, art. 3) ; décret d'application n° 2008-1151 du 6 novembre 2008 relatif aux modalités de mise en œuvre de l'obligation de remboursement des fonctionnaires de l'État admis à la retraite ayant un engagement de servir au sein de la fonction publique de l'État. P. ex., en ce qui concerne la police nationale : décret n° 95-654 du 9 mai 1995 fixant les dispositions communes applicables aux fonctionnaires actifs de la police nationale, art. 9.

<sup>21</sup> CE, 30 juillet 2003, Drouin, n° 231266, *JCP A* 2003, 1918, obs. A. Taillefait.

<sup>22</sup> CE, 21 janvier 1994, Robin, n° 104718: a contrario, agent présentant des troubles mentaux reconnu responsable malgré ses troubles mentaux, et malgré le fait qu'il ait été en congé maladie.

<sup>23</sup> Pour un exemple de rejet : CAA de Bordeaux, 20 janvier 2005, Mme Gaillard, n° 01BX00384.

<sup>24</sup> CAA de Nancy, 18 mars 2004, M. Sebert, n° 99NC00267.

<sup>25</sup> CAA de Marseille, 24 juin 2003, M. Segantini, n° 99MA00385.

<sup>26</sup> L'intéressé doit plus précisément avoir été reconnu irresponsable de ses actes au sens de l'article 122-1 du Code pénal pour que les poursuites disciplinaires ne puissent être engagées. Mais le classement sans suite d'une information pénale, en raison de l'état mental de l'agent, « ne lie pas l'appréciation de l'administration, qui peut valablement estimer que la gravité de cet état n'est pas de nature à exonérer la responsabilité de l'agent pour la faute qu'il a commise et à faire obstacle à la sanction qui lui a été infligée » : CE, 29 avril 1960, Lepron, cité in D. Jean-Pierre, Le régime disciplinaire des agents non titulaires de la fonction publique territoriale, *JCP A* n° 48, 28 novembre 2005, 1372.

<sup>27</sup> CE, 27 avril 1994 Centre hospitalier régional de Bordeaux, n° 94460 ; CE, 2 juillet 1980, Centre hospitalier de Saint-Quentin c/ Pruvot, Rec. CE 1980, p. 297.

accès à des fonds publics. Le fait de restituer, même spontanément les sommes prélevées sur le Trésor public au moyen de chèques sans provision, alors même qu'il n'y aurait ainsi aucun enrichissement personnel, une fois ces difficultés terminées, n'est pas de nature à atténuer la gravité de la faute commise<sup>28</sup>.

## Conclusion

L'agent public se trouve dans des difficultés personnelles telles qu'elles ne lui permettent pas ou plus d'exercer temporairement ses fonctions, ou de les exercer conformément aux attentes légitimes de l'intérêt général, ne peut que rarement les faire valoir efficacement. Mais dans certains cas, son appréciation est pertinente, et peut coïncider avec celle tenue soit par l'administration, soit par le juge, qui va considérer que ces difficultés mettent objectivement l'agent dans l'impossibilité d'exercer ses fonctions correctement, sans que cela doive entraîner des conséquences défavorables (ou définitives) sur sa carrière. Tout l'enjeu consiste alors à identifier, dans un domaine où le relatif règne, à la fois la teneur des difficultés invocables, et le seuil à partir duquel elles seront de nature à exonérer l'agent de l'accomplissement de sa mission. Le rôle créateur du juge est mis à contribution à cette occasion, et sa recherche d'un compromis entre intérêts de l'administration et intérêt des agents prend alors une dimension nouvelle.

L'étude de la jurisprudence en la matière conduit enfin à constater certains faits, et à en tirer quelques conséquences. Tout d'abord, il faut relativiser le « paysage » des sanctions retenues, car ce sont souvent les sanctions les plus lourdes qui font l'objet du contentieux ; cela pourrait donner l'impression, erronée, que l'administration concentre ses sanctions sur les plus graves. Ceci étant, on observe une association assez étroite entre les difficultés personnelles évoquées par les intéressés, et le degré de gravité des sanctions prononcées, qui appartiennent souvent au 4<sup>e</sup> groupe (révocation assez fréquemment). Ce qui amène à réévaluer la place de la difficulté personnelle au sein des arguments développés par les requérants. En effet, ce qui peut sembler un moyen de défense assez pauvre a priori, et difficile en tout état de cause à faire valoir, doit bien être compris, dans la plupart des cas, comme le signe d'un désarroi réel et profond de l'agent, débordé par ses difficultés. En réalité, il est assez clair dans de nombreux cas que celui-ci n'a pas su trouver, ni dans son entourage, ni dans son administration, les moyens de les surmonter<sup>29</sup>. L'agent choisit alors une solution inadéquate, voire illégale<sup>30</sup>, mais qui lui semble à cet instant précis la seule possible. De nombreux contentieux s'en font l'écho, dans lesquels le juge, sans donner raison à l'agent, relève toutefois (à titre pédagogique ?) les bons états de service antérieurs de l'intéressé.

La difficulté personnelle interpelle donc la structure administrative dans son ensemble, et notamment la hiérarchie, afin d'être plus sensible à la situation de ses personnels, pour qu'une politique de prévention soit mise en œuvre.



---

<sup>28</sup> CAA de Bordeaux, 9 avril 1998, Ministre de l'Economie et des finances, n° 96BX02337.

<sup>29</sup> Ce désarroi se retrouve au niveau de la procédure contentieuse, avec des recours presque « vides », ce qui est un signe en soi. L'agent conteste la décision de l'administration, sans avocat, faisant simplement état de ses difficultés personnelles, mais sans préciser aucune demande réelle, au moyen d'une requête dépourvue de tout moyen précis. Ces recours sont donc voués à l'échec. P. ex. CE, 17 février 1993, Département du Val-d'Oise, n° 101970.

<sup>30</sup> P. ex. détournements de correspondances par un contrôleur divisionnaire des postes aux fins de prélever des sommes d'argent adressées en espèces à certains destinataires suite à des difficultés financières de l'intéressé : CAA de Lyon, 26 septembre 1995, La Poste, n° 95LY00772.

## SOUTENANCES DE THÈSE DU CRA

### ANNÉE 2010

*Le partenariat public-privé et le mécanisme de l'équilibre contractuel en droit interne et international*

Mlle Camélia SALAHELDIN CAMAL

Soutenance : samedi 9 janvier 2010

Mention : Très honorable

*Contrat de partenariat public-privé – une nouvelle forme d'entente*

M. Huei-Tung CHANG

Soutenance : mardi 12 janvier 2010

Mention : Très honorable et félicitations du jury à l'unanimité

*Le juge administratif et la primauté du droit communautaire*

M. Charles-Édouard DELVALLEZ

Soutenance : samedi 27 mars 2010

Mention : Très honorable et félicitations du jury à l'unanimité

Prix de thèse

*Responsabilité sans faute de la puissance publique*

M. Majid DOROUDIAN

Soutenance : samedi 5 juin 2010

Mention : Très honorable

*L'ouverture du droit des services publics au droit de la consommation*

Mlle Anne-Laure DEBONO

Soutenance : samedi 10 juillet 2010

Mention : Très honorable et félicitations du jury à l'unanimité

Prix de thèse

*L'exercice d'activités commerciales par les collectivités locales : permanence et mutations du service public*

M. Ted GINSBURGER

Soutenance : samedi 9 octobre 2010

Mention : Très honorable

*L'unilatéralité de l'acte administratif unilatéral décisoire*

M. Ibrahim MBOUP

Soutenance : samedi 27 novembre 2010

Mention : Très honorable et félicitations du jury à l'unanimité

Prix de thèse

*Les aspects de droit européen de la protection des monuments historiques*

M. Vasileios THEOFILIDIS

Soutenance : mardi 7 décembre 2010

Mention : Très honorable

*L'information des candidats dans les contrats publics en France et au Québec*

Mlle Keltoum AMARA

Soutenance : lundi 13 décembre 2010

Mention : Très honorable



# D I S T I N C T I O N S

## DES MEMBRES DU CRA LE 2 FÉVRIER 2011

### - Prix Grands problèmes de droit contemporain

Attribué à l'étudiant ayant rédigé la meilleure thèse portant sur un thème intéressant les grands problèmes émergents de droit privé ou public

décerné à : **Mlle Anne-Laure DEBONO**

Thèse : « L'ouverture du droit des services publics au droit de la consommation »  
sous la direction de M. Jean-Marie PONTIER

### - Prix de thèse Gaston JÈZE et médaille du Conseil Général

Attribué à l'étudiant ayant soutenu une thèse constituant une recherche fondamentale en droit public

décerné à : **M. Ibrahim MBOUP**

Thèse : « L'unilatéralité de l'acte administratif unilatéral décisive »  
sous la direction de M. Jean-Marie PONTIER

### - Prix des Éditions Législatives

Attribué à l'étudiant ayant rédigé la meilleure thèse en droit public

décerné à : **M. Charles-Edouard DELVALLEZ**

Thèse : « Le juge administratif et la primauté du droit communautaire »  
sous la direction de M. Jean-Marie PONTIER

## Mention Droit Public

### - Prix EDF

Attribué au Major du Master Recherche Droit administratif approfondi des collectivités territoriales

décerné à : **M. Baboucar NGOM**

### - Prix de l'Association des Juristes d'Entreprises

Attribué au Major du Master Professionnel Contrats publics et concurrence

décerné à : **Mlle Marieke CHIAUDANO**

**- Prix de la spécialité « Droit et management des collectivités territoriales »**

Attribué au Major sur les deux parcours confondus

décerné à : **Mlle Claire STAGNARO**

**- Prix de la spécialité « Droit de la défense »**

Attribué au Major du Master Professionnel Droit et administration de la défense

décerné à : **Mlle Mélanie MULIER**



## TABLE DES MATIÈRES

<b>○ La « belle mission de service public »</b>	
par Jean-Marie PONTIER.....	1
<b>○ La préparation des projets de loi</b>	
par Jean-Marie PONTIER.....	3
<b>○ L’Observatoire économique de l’achat public</b>	
par Frédéric COLIN .....	17
<b>○ Le droit de la coopération organique hospitalière : une discipline en perpétuelle mutation</b>	
par Patrick MOZOL.....	23
<b>○ Les répercussions des difficultés personnelles graves connues par un agent public sur l’accomplissement de sa fonction</b>	
par Frédéric COLIN .....	41
<b>○ Soutenances de thèse du CRA – Année 2010 .....</b>	<b>47</b>
<b>○ Distinctions.....</b>	<b>49</b>
<b>○ Table des matières.....</b>	<b>51</b>