



Transferts et délégations dans les GHT : Un débat byzantin aux conséquences potentielles importantes

Les notions employées par les textes à propos des modalités juridiques de réorganisations des activités et des missions au sein des groupements hospitaliers de territoire (GHT) mettent incontestablement en lumière les débats entre les partisans de la fusion et les partisans d'une coopération renforcée. Ce faisant, elles créent une insécurité juridique pour les gestionnaires hospitaliers chargés de mettre en œuvre cette réforme et de la faire vivre. Ainsi, par exemple, le dernier état du droit conduit à considérer que les textes procèdent à une véritable délégation de pouvoirs au profit de l'établissement support, ce qui risque de susciter des difficultés de mise en œuvre du dispositif.

Lors du dépôt du projet de loi de modernisation de notre système de santé, l'exposé des motifs insistait sur la nécessité de renforcer « *la **mutualisation** de certaines activités comme par exemple les systèmes d'information, la formation initiale ou certaines fonctions support, telles que les achats* ». L'exposé des motifs justifiait cette mutualisation par la mise en œuvre du projet médical qui supposait « *une unicité de système d'information, de gestion de l'information médicale, de la qualité et de la sécurité des soins et des achats* ».

Pour sa part, l'étude d'impact qui rappelait la nécessité d'aller « *plus avant dans les **logiques de coopération** entre établissements publics de santé au sein d'un même territoire* » (...) « *autour d'un socle minimal obligatoire* », indiquait qu'il s'agirait de « ***gérer en commun** certaines fonctions transversales (achats, formation, système d'information) de sorte à générer des gains d'efficience* ».

Cependant, elle précisait qu'au nombre des « *principes clés de ce nouveau dispositif* », figuraient non seulement « *la mutualisation* » de fonctions administratives, techniques et logistiques qui pourraient être « *transférées* » à l'un des établissements du GHT qui les exercerait pour le compte des autres membres, mais surtout « *le **transfert obligatoire de certaines fonctions** à l'établissement support (gestion du système d'information et du DIM, politique d'achats, coordination des plans de formation continue et de développement continu des personnels du groupement, coordination des instituts et des écoles de formation paramédicale du groupement)* ».

Alors que l'étude d'impact insistait sur « *la **liberté** de moyens pour organiser la traduction concrète* » des projets « *dans le cadre du droit existant (simple convention, GCS de moyens, GCS établissement de santé, direction commune, fusion* », la coopération et la mutualisation se sont transformées en un « ***transfert obligatoire de certaines fonctions*** » qui n'a plus rien de coopératif.

Et pour corser le tout, ce glissement, comme chacun a pu le constater, s'est poursuivi dans la loi et surtout dans le décret qui vient d'être publié :

- Le 2° de l'article L. 6132-2 du CSP prévoit des **délégations d'activités** limitées à celles qui sont mentionnées au II de l'article L. 6132-3, à savoir la gestion *« pour le compte des établissements parties au groupement des équipes médicales communes, la mise en place de pôles interétablissements tels que définis dans la convention constitutive du groupement ainsi que des activités administratives, logistiques, techniques et médico-techniques »*.
- Le a) du 5° du même article évoque des **délégations de « fonctions » et « d'activités »**.
- Le 7° de l'article L. 6132-7 du CSP précise que les conditions de **délégation des fonctions** *« mentionnées à l'article L. 6132-3 »* sont déterminées par décret en Conseil d'État.
- L'article R. 6132-1 du CSP modifié par le décret n°2016-524 du 27 avril 2016 relatif aux groupements hospitaliers de territoire introduit la notion de **délégation de compétences** : *« II.- La convention détermine, dans le volet mentionné au 2° du I, les compétences déléguées à l'établissement support du groupement, fixe la durée de ces délégations et les modalités de leur reconduction expresse, définit les objectifs à atteindre et les modalités de contrôle de l'établissement délégant sur l'établissement support du groupement. »*

On pourrait légitimement s'interroger sur la régularité du glissement opéré par le décret qui ne s'en tient pas aux délégations de fonctions et d'activités prévues par la loi, pour leur préférer des délégations de compétences. Et ce d'autant plus que le décret du 27 avril 2016 ne fixe pas les conditions de ces délégations alors même que le 7° de l'article L. 6132-7 du code de la santé publique invitait le pouvoir réglementaire à préciser, par un *« décret en Conseil d'Etat »*, *« Les conditions de délégation des fonctions mentionnées à l'article L. 6132-3 au sein des groupements hospitaliers de territoire. »*

Mais le plus important nous semble aujourd'hui ailleurs : les délégations prévues par la loi telles que précisées par le décret constituent indiscutablement, avec toutes les conséquences de droit, des délégations de pouvoir caractérisées par un transfert juridique de compétence et non une simple délégation de fonctions comme pouvait le laisser croire l'étude d'impact (Et les établissements publics de santé n'ont pas le choix contrairement aux collectivités territoriales : L'adhésion à un GHT et la délégation des « fonctions » obligatoires à l'établissement support ne sont pas un choix mais une obligation légale alors que la délégation de compétences entre collectivités territoriales ou entre collectivités territoriales et EPCI relève d'un acte volontaire. Cf. articles L.1321-1 et L.1111-8 du CGCT).

L'article L. 6132-3 affirme en effet que l'établissement support *« assure les fonctions suivantes pour le compte des établissements parties au groupement »* et non *« en leur nom »*, contrairement aux articles L. 111-8 et R. 111-1 du CGCT soucieux de ne pas mettre à mal l'autonomie constitutionnelle des collectivités territoriales.

Or, la délégation de pouvoir, telle que définie par la doctrine et la jurisprudence, opère un véritable transfert juridique de compétence entre le délégant et le délégataire, de sorte que le délégant est totalement dessaisi de son pouvoir pendant toute la durée de la délégation (Conseil d'Etat, 20 mai 1994, n°65065 ; CA Versailles, 24 sept. 2009, n° 08/02615 ; Conseil d'Etat 5 mai 1950 Buisson : Recueil Lebon p. 258). Elle est impersonnelle et survit au changement de du délégant ou du délégataire, personne physique (Conseil d'Etat, 28 juin 1957 Société X).

En outre, en toute rigueur juridique, les missions transférées ressortissent de la spécialité spécifique de l'établissement support : les établissements parties en sont dès lors définitivement dépossédés et ne sauraient les assurer sans contrevenir au principe de spécialité.

De surcroît, dans une délégation de compétences, le délégant continue de contrôler et d'orienter son délégataire et peut reprendre en main la mission de la délégation notamment à son terme (principes du mandat du code civil). Alors que dans les GHT, l'efficacité du contrôle prévu par le II de l'article R. 6132-1 du CSP paraît particulièrement difficile à mettre en œuvre entre deux établissements publics de même nature faute de dispositions législatives en ce sens. Et ce d'autant que l'établissement support, compte-tenu des pouvoirs qui lui sont conférés, pourrait apparaître en position de tutelle par rapport aux établissements parties. Nous rappellerons à ce sujet que le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 24 juillet 2008 (n° 2008-567 DC) avait jugé à propos de la loi relative aux contrats de partenariat *«qu'en prévoyant que plusieurs collectivités publiques (...) peuvent désigner l'une d'entre elles pour signer un contrat de partenariat et en disposant que la convention passée entre ces collectivités précise les conditions de ce transfert de compétences et en fixe le terme, l'article 18 de la loi déferée a non seulement autorisé la collectivité désignée à organiser l'action commune de plusieurs collectivités, mais lui a également conféré un pouvoir de décision pour déterminer cette action commune ; que, dès lors, il a méconnu le cinquième alinéa de l'article 72 de la Constitution»* en vertu duquel *«Aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre»*. Ce qui confirmerait de plus fort notre analyse du GHT comme constituant en réalité une pré-fusion des établissements publics de santé.

Au-delà des contraintes de gestion qu'une telle délégation de pouvoir ne manquera pas de susciter, notamment en matière de marchés publics (mais pas uniquement), nous insisterons sur le fait que la délégation de pouvoir caractérisée par un transfert juridique de compétence entraîne également un transfert de responsabilité du délégant au délégataire (*Conseil d'Etat, 20 mai 1994, n°65065*).

Ainsi, les délégations obligatoires de « fonctions » prévues dans le cadre du GHT feront peser une responsabilité importante sur l'établissement support, celui-ci assurant le risque financier et judiciaire des fonctions et activités exercées. Et l'on peut légitimement penser que les établissements parties ne seront pas forcément enclins à supporter financièrement les conséquences des fautes qui pourraient être commises par l'établissement support (contentieux marchés publics, codage des actes, par exemple).

Le « Vade-mecum » que vient de publier la DGOS revient cependant à une conception nettement plus coopérative et non intégrative du GHT, malgré les termes mêmes du décret publié très récemment.

Ainsi, par exemple, en ce qui concerne la fonction achats, le guide préconise aujourd'hui, dans la suite du rapport de fin de mission sur les GHT, la constitution de groupements de commandes qui constitueront *«un levier essentiel»*, alors même que la constitution d'un tel groupement est incompatible avec une « délégation de compétences ».

On relèvera de la même manière p. 68 que *«Le budget annexe n'a pas vocation à retracer toutes les opérations en recettes et dépenses liées (aux activités et fonctions mutualisées dans le cadre du*

GHT), mais seulement les coûts de gestion inhérents au pilotage assuré par l'établissement support pour le comptes des établissements parties. » Cette option s'oppose à une conception intégrative du GHT notamment en matière d'approvisionnement alors même que l'article R. 6132-16 du CSP précise que la fonction achat déléguée à l'établissement support comprend, en sus des fonctions purement administratives, « *Les activités d'approvisionnement, à l'exception de l'approvisionnement des produits pharmaceutiques* ». D'aucuns en ont d'ores et déjà conclu que le directeur de l'établissement support disposait dans ce domaine de l'ensemble des compétences énoncées à l'article L.6143-7 du code de la santé publique notamment celle d'ordonnateur des dépenses et des recettes de l'établissement, celle d'agir en justice et de transiger. En effet, l'approvisionnement qui n'est pas défini par le décret bien qu'il ne soit pas une notion juridique, ne concerne pas uniquement la passation des commandes et les flux administratifs mais également les flux physiques qui comprennent en particulier la réception, la gestion de stock et la mise à disposition des biens au consommateur final.

Cette conception plus souple et plus coopérative du GHT est de nature à apaiser les craintes et à faciliter la mise en œuvre des GHT à quelques jours de leur création obligatoire.

Cependant cette valse-hésitation qui ne facilite pas "*l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi* » qui sont pourtant « *des objectifs de valeur constitutionnelle* " (421 DC du 16 décembre 1999), risque de susciter des difficultés lors mise en œuvre du dispositif comme au cours de la vie du GHT.