



## MASTER 2 DROIT DE LA SANTÉ

Parcours Droit et éthique des professions et des institutions de santé

### **CONSÉQUENCES JURIDIQUES ET ORGANISATIONNELLES DU TRANSFERT DE LA FONCTION ACHAT DANS LE CADRE DU GROUPEMENT HOSPITALIER DE TERRITOIRE**

Par Valentin BLANCHARD

Sous la direction de Catherine KELLER,  
Directeur d'hôpital, Enseignant-chercheur

Septembre 2018

Jury composé de :

Catherine KELLER, directrice du mémoire, co-directrice de formation

Marie-Laure MOQUET-ANGER, professeur à l'Université de Rennes 1, co-directrice  
de formation





## MASTER 2 DROIT DE LA SANTÉ

Parcours Droit et éthique des professions et des institutions de santé

### **CONSÉQUENCES JURIDIQUES ET ORGANISATIONNELLES DU TRANSFERT DE LA FONCTION ACHAT DANS LE CADRE DU GROUPEMENT HOSPITALIER DE TERRITOIRE**

Par Valentin BLANCHARD

Sous la direction de Catherine KELLER,  
Directeur d'hôpital, Enseignant-chercheur

Septembre 2018

Jury composé de :

Catherine KELLER, directrice du mémoire, co-directrice de formation

Marie-Laure MOQUET-ANGER, professeur à l'Université de Rennes 1, co-directrice  
de formation

# SOMMAIRE

## SOMMAIRE

## LISTE DES ABRÉVIATIONS

## INTRODUCTION

### **Partie 1 : L'organisation du transfert de la fonction achat**

Chapitre 1 : Le transfert de la fonction achat

Section n°1 : La naissance des GHT

Section n°2 : Le transfert juridique de la fonction achat

Chapitre 2 : Le contenu de la fonction achat transférée

Section 1 : Un démembrement dans le temps de la fonction achat

Section 2 : Un démembrement en fonction de la nature du contrat en cause

### **Partie 2 : Conséquences organisationnelles du transfert**

Chapitre 1 : Les conséquences de ce transfert pour les établissements de santé

Section 1 : Des conséquences primordiales pour les marchés publics

Section 2 : Une organisation de groupement à mettre en œuvre

Chapitre 2 : Conséquences pour les personnels des établissements

Section 1 : L'utile évolution des personnels

Section 2 : La signature des actes juridiques

## CONCLUSION

## BIBLIOGRAPHIE

## TABLE DES MATIÈRES

## LISTE DES ABRÉVIATIONS

ADH	Association des Directeurs d'Hôpital
AFNOR	Association française de normalisation
AJDA	Actualité juridique - Droit administratif
ARS	Agence régionale de santé
Art.	Article
Ass.	Assemblée
BJCP	Bulletin juridique des contrats publics
BMIS	Bulletin mensuel d'information des sociétés Joly
CAA	Cour administrative d'appel
CDU	Commission des usagers
CE	Conseil d'Etat
Cf.	Se référer à
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CHT	Communauté hospitalière de territoire
CHU	Centre hospitalier universitaire
CJA	Code de justice administrative
CME	Commission médicale d'établissement
CNG	Centre national de gestion
Cons. const.	Conseil constitutionnel
CSIRMT	Commission des soins infirmiers, de rééducation et médico-techniques
CSP	Code de santé publique
DAJ	Direction des affaires juridiques
DDHC	Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen
DGOS	Direction générale de l'offre de soins
DH	Directeur d'hôpital
EHPAD	Etablissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes
EPCI	Etablissement public de coopération intercommunale
EPRD	Etat prévisionnel des recettes et des dépenses
FAQ	Foire aux questions
GCS	Groupement de coopération sanitaire

GHT	Groupement hospitalier de territoire
GIE	Groupement d'intérêt économique
GIP	Groupement d'intérêt public
JCP A	La semaine juridique – Administrations et Collectivités territoriales
JCP S	La semaine juridique – Social
JO	Journal officiel
JORF	Journal officiel de la République française
JOAN	Journal officiel de l'Assemblée nationale
Loi MOP	Loi relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée
Loi MSS	Loi de modernisation de notre système de santé
MECSS	Mission d'évaluation et de contrôle des lois de financement de la sécurité sociale
MIGAC	Mission d'intérêt général et d'aide à la contractualisation
PHARE	Performance hospitalière pour des achats responsables
PME	Petites et moyennes entreprises
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Rec.	Recueil des décisions du Conseil d'Etat
Rép. Min.	Réponse ministérielle
RGDM	Revue générale de droit médical
RHF	Revue hospitalière de France
Sect.	Section
SMPS	Syndicat des managers publics de santé
Ssr.	Sous-sections réunies
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits
TPE	Très petites entreprises
UE	Union européenne

## INTRODUCTION

La coopération se définit comme « *l'action de participer à une œuvre commune* »<sup>1</sup>, c'est-à-dire le fait de travailler ensemble, de partager des contraintes, des résultats.

Cette dynamique de travail collaboratif se retrouve dans de nombreux domaines, mais n'est pas due aux mêmes causes. En effet, alors que dans l'entreprise, la collaboration aura pour finalité une réalisation de profit accrue, trois origines distinctes pourront être retrouvées pour expliquer l'apparition d'un tel mécanisme dans le domaine de la santé.

Premièrement, coopérer permet de répondre à des contraintes économiques de plus en plus importantes, notamment grâce à la mutualisation ou à la concentration sur un site unique de certaines activités par plusieurs établissements, ou encore d'économies d'échelle grâce à la massification, ce qui se manifeste ainsi par une recherche de l'efficacité. La coopération permet de plus une réponse aux difficultés d'accès au soin, en raison de la présence sur certaines parties du territoire de « *déserts médicaux* », c'est-à-dire de zones dans lesquelles un manque de praticiens est constaté. Un maillage territorial peut alors être effectué et ainsi permettre de répondre de la meilleure façon possible à ces difficultés démographiques. Enfin, la coopération dans le domaine de la santé peut avoir pour finalité l'amélioration de la qualité des soins, c'est-à-dire l'apport d'une réponse graduée aux besoins du patient, en suivant notamment la notion de parcours coordonné, à savoir la délivrance du bon soin, pour le bon patient, au bon moment. La coopération dans le domaine de la santé permet donc de répondre à ces trois objectifs principaux, raison pour laquelle elle est particulièrement investie par les pouvoirs publics. Ainsi, force est de constater que de nombreuses réformes hospitalières ayant eu lieu depuis la loi Boulin du 31 décembre 1970<sup>2</sup> s'intéressent à cette question, apparaissant alors fondamentale pour l'organisation du système de santé français.

Cette loi est à l'origine des premières formes de coopérations dans le domaine hospitalier, les groupements et les syndicats interhospitaliers, permettant la coexistence entre d'une part le secteur public, et d'autre part le secteur privé. La loi du 31 juillet 1991<sup>3</sup>, dite loi Evin, supprime le recours aux groupements

---

<sup>1</sup> Dictionnaire Maxipoche Larousse, Edition 2018

<sup>2</sup> Loi n°70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière, JORF 3 janvier 1971, p. 67

<sup>3</sup> Loi n°91-748 du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière, JORF 2 août 1991, p. 10255

interhospitaliers et prévoit concomitamment la possibilité de recourir à des dispositifs initialement prévus dans d'autres domaines. Il s'agit premièrement des groupements d'intérêt public (GIP), initialement créés pour le secteur de la recherche<sup>4</sup> et permettant la collaboration entre des établissements tant du secteur privé que du secteur public. Secondement, est ouvert le recours aux groupements d'intérêt économique (GIE), issu de l'ordonnance du 23 septembre 1967<sup>5</sup>. Sa création résulte alors d'un contrat conclu par les parties et valant statut du groupement. Possédant un statut de droit privé, il ne peut être utilisé que pour les coopérations faisant intervenir des acteurs privés, étant donc prohibé pour les coopérations purement publiques. Cette loi du 31 juillet 1991 permet de plus aux établissements de recourir à des conventions de coopération, au niveau national mais également international, en dehors d'outils spécifiquement prévus. Les établissements sont donc particulièrement libres, et incités, à coopérer.

L'ordonnance Juppé du 24 avril 1996<sup>6</sup> est à l'origine du premier outil de coopération spécifique au secteur hospitalier, le groupement de coopération sanitaire (GCS). Disposant d'une personnalité morale indépendante de celle de ses membres, il permet la coopération entre des acteurs purement publics ou entre des acteurs des secteurs publics et privés. La loi dite HPST du 21 juillet 2009<sup>7</sup>, dite loi HPST, s'intéresse également à la coopération en confirmant l'importance du GCS comme outil de coopération entre les acteurs publics et privés. De plus, suite aux propositions du rapport Larcher de 2008<sup>8</sup>, sont créées les communautés hospitalières de territoire (CHT), outil non doté de la personnalité morale et exclusivement réservé aux coopérations entre acteurs publics « *afin de mettre en œuvre une stratégie commune et de gérer en commun certaines fonctions et activités* »<sup>9</sup>. Il s'agit donc de travailler, dans un territoire donné, de façon à rechercher la meilleure utilisation des ressources possibles et aboutir à une

---

<sup>4</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

<sup>5</sup> Ordonnance n°67-821 du 23 septembre 1967 sur les groupements d'intérêt économique, JORF 28 septembre 1967, p. 9537

<sup>6</sup> Ordonnance n°96-346 du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée, JORF 25 avril 1996, P. 6324

<sup>7</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>8</sup> Rapport de la commission de concertation sur les missions de l'hôpital présidée par G. LARCHER, avril 2008

<sup>9</sup> Art. L.6132-1 CSP, rédaction issue de la loi HPST du 21 juillet 2009 et modifié par la loi MSS du 26 janvier 2016

complémentarité entre les différents acteurs. Cette coopération prend alors la forme d'une convention, conclue par l'ensemble des établissements. En raison de l'absence de personnalité morale, un établissement siège de la communauté doit toutefois être désigné parmi les membres de la communauté. Ce regroupement d'établissement s'effectue sur une base volontariste, aucune création n'étant alors imposée par la loi. Des aides financières interviennent alors pour inciter au développement de ces coopérations, et notamment une aide de 10 millions d'euros par le fonds pour la modernisation des établissements de santé publics et privés<sup>10</sup>. Toutefois, peu d'établissements s'engagent dans ce dispositif, seulement 30 CHT étant constitués en 2013, 45 à l'automne 2014<sup>11</sup>.

La coopération dans le secteur de la santé devrait avoir pour objectif de répondre aux objectifs politiques de santé, et notamment en ce qui concerne le secteur hospitalier la réduction du nombre de lits d'hospitalisation, le regroupement de plateaux techniques ou encore la création d'un parcours de prise en charge pour le patient. Pour se faire, elle doit porter non pas uniquement sur des activités annexes, mais sur le cœur même de l'activité hospitalière, à savoir le soin.

Or, très peu de coopérations permettent in fine d'aboutir à de tels résultats, à savoir une véritable réorganisation de l'offre dans un territoire. En effet, les GCS érigés en établissement de santé, créés par la loi HPST et permettant de transférer les autorisations de soins détenues par les établissements au groupement, sont particulièrement rares, seulement 22 ayant été créés, pour plus de 600 GCS de moyen au 1<sup>er</sup> janvier 2016. Le seul outil de coopération permettant véritablement la prise en compte des politiques publiques demeure la CHT, mais apparaît manifestement sous utilisé. Pour ces raisons, la loi de modernisation de notre système de santé (loi MSS) du 24 janvier 2016<sup>12</sup> effectue une modification en profondeur.

Un nouvel outil de coopération se substitue aux CHT, le Groupement hospitalier de territoire (GHT). S'inspirant fortement du cadre précédemment défini, il est cependant particulièrement novateur sur de nombreux points. Ainsi, chaque établissement public de santé n'a plus la possibilité mais l'obligation d'adhérer au groupement, créant de fait un maillage territorial beaucoup plus complet.

---

<sup>10</sup> Circulaire n° DHOS/E1/F2/O3/2009/292 du 21 septembre 2009

<sup>11</sup> Données déclarées par les ARS, fin 2014, sur l'Observatoire des recompositions du Ministère

<sup>12</sup> Loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, JORF 27 janvier 2016

Reposant sur un projet médical partagé, il a donc pour objectif et pour origine l'objectif d'amélioration de la qualité de la prise en charge, au bénéfice du patient. Ce nouvel outil de coopération tire également sa source de la prise en considération de contraintes économiques, à l'origine donc d'une rationalisation des modes de gestion. Un mécanisme particulier est alors prévu, résidant dans la désignation de l'établissement support du groupement. Ce dernier peut alors gérer pour les compte de l'ensemble des membres du groupement des équipes médicales communes, la mise en place des pôles interétablissements ainsi que des activités administratives, logistiques, techniques ou médico-techniques. Est également prévue l'organisation en commun de certaines activités, parmi lesquelles les activités d'imagerie diagnostique et interventionnelle ou les activités de biologie médicale. Sont également concernés par le GHT d'autres activités, qui selon le code de la santé publique (CSP), doivent être exercées par l'établissement support pour le compte des établissements membres, à savoir la stratégie, l'optimisation et la gestion commune d'un système d'information hospitalier convergent, la gestion d'un département d'informations médicales de territoire, la coordination des instituts et des écoles de formation paramédicale du groupement et des plans de formation continue et de développement professionnel continu des personnels et des établissements parties au groupement, ainsi que la fonction achat.

Cette désignation de la fonction achat comme devant être exercée par l'établissement support pour le compte de l'ensemble des établissements du groupement est particulièrement intéressante, étant au cœur même de l'activité hospitalière.

Les enjeux soulevés sont de plus particulièrement importants. En effets, les achats hospitaliers représentent un volume de près de 19 milliards d'euros en fonctionnement par an, auxquels viennent s'ajouter 6 milliards d'euros en investissement, soit un total annuel de 25 milliards d'euros<sup>13</sup>, équivalent à plus de 1% du produit intérieur brut<sup>14</sup>. Ce volume d'achat étant particulièrement important, force est de constater que le dispositif mis en place au niveau du GHT a pour origine la volonté de réduire la dépense publique.

---

<sup>13</sup> Cour des comptes, rapport, *Les achats hospitaliers*, juin 2017

<sup>14</sup> PIB de 2291,7 milliards d'euros en 2017 selon l'institut national de la statistique et des études économiques (INSEE)

Une rationalisation de l'achat doit donc nécessairement être effectuée et avait déjà été initiée, notamment en 2011 par la Direction générale de l'offre de soins (DGOS), à travers son programme Performance Hospitalière pour des Achats Responsables (PHARE). Le mécanisme utilisé dans le cadre du GHT en est ainsi la continuité et intervient tant au niveau du volume global d'achat, que du nombre d'acheteurs, passant de plus de 1000 à 135, c'est-à-dire le nombre total de GHT créés.

Toutefois, l'exercice pour le compte des établissements parties par l'établissement support de cette fonction particulièrement sensible, bien que permettant la rationalisation de la gestion et donc de prendre en considération les contraintes économiques, dans un contexte financier de plus en plus contraint pour les établissements de santé, n'est pas sans poser de nombreux questionnements et est porteur de conséquences particulièrement importantes pour l'organisation de notre système de santé.

Alors même que l'étude d'impact de la loi de modernisation de notre système de santé prévoyait « *le transfert obligatoire de certaines fonctions à l'établissement support* »<sup>15</sup>, parmi lesquelles la fonction achat, la loi adoptée n'apparaît pas si claire, le régime juridique mis en œuvre n'étant pas qualifié. Il convient donc de s'interroger dans un premier temps sur l'existence même de ce transfert et sur les conséquences qui en découlent, à savoir son organisation et son contenu, qui souffre cruellement d'un manque de définition juridique précise.

Il convient dans un second temps de s'intéresser aux conséquences organisationnelles de ce transfert, à l'origine d'une modification en profondeur de la fonction achat et se répercutant tant au niveau des établissements de santé à proprement parler, que des professionnels y travaillant, raison pour laquelle il est possible de parler du GHT comme étant « *l'une des mesures les plus structurantes pour l'avenir de notre système de santé* »<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Projet de loi relatif à la santé (NOR : AFSX1418355L/Bleue-1), étude d'impact, p. 111

<sup>16</sup> M. TOURAINE, Ministre des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes, devant la Commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale, le 19 mars 2015, Séance de 15 heures, compte rendu n°40

## **Partie 1 : L'organisation du transfert de la fonction achat**

En application des articles L.6112-1 à L.6112-3 du code de la santé publique, les établissements publics de santé doivent, dans le cadre du service public hospitalier issu de la loi de modernisation de notre système de santé du 26 janvier 2016, notamment assurer aux patients des soins de qualité. Or, force est de constater, comme le remarque la Cour des comptes dans son rapport de juin 2017 relatif aux achats hospitaliers, que ces derniers se situent « *au cœur de l'activité hospitalière et constitue un chaînon déterminant de la qualité des prises en charge* »<sup>17</sup>. Dès lors, dans un contexte économique contraint, il apparaît indispensable que soit mis en œuvre une gestion efficiente de l'achat.

Ainsi, s'appuyant sur les groupements hospitaliers de territoire nouvellement créés, le législateur a mis en place un processus particulièrement intéressant et à l'origine de nombreuses conséquences, à savoir un transfert de compétence de la fonction achat des établissements parties vers l'établissement support du groupement.

Toutefois, le dispositif adopté, qui aurait pu s'avérer être relativement simple, est à l'origine d'une répartition subtile de compétences, en raison même du contenu de la fonction achat transférée.

---

<sup>17</sup> Cour des comptes, rapport, *Les achats hospitaliers*, juin 2017

## **Chapitre 1 : Le transfert de la fonction achat**

Créés par l'article 107 de la loi de modernisation de notre système de santé, les groupements hospitaliers de territoire supplantent les communautés hospitalières de territoires, et entraînant de nombreuses conséquences. La naissance du groupement, qui s'avère être particulièrement intéressante, va en effet entraîner des délégations de certaines fonctions, voire même des transferts de compétences par effet de la loi, tel que cela est notamment le cas pour la fonction achat, à l'origine d'une situation juridique potentiellement complexe.

### **Section n°1 : La naissance des GHT**

De nombreux éléments des CHT sont repris dans les GHT, et en particulier l'absence de personnalité morale attachée au groupement, raison pour laquelle on ne peut pas considérer qu'il s'agisse d'une coopération organique, mais d'une coopération fonctionnelle. Reposant sur un outil juridique classique, à savoir une convention constitutive, il n'en demeure pas moins que l'on peut véritablement parler d'un nouveau mode de coopération.

#### **I- Développement d'un nouveau mode de coopération**

Le GHT n'est pas le premier outil permettant la coopération interhospitalière en France. Toutefois, en raison de ses particularités, force est de constater qu'il est à l'origine d'une coopération particulièrement renforcée, nécessitant de fait une gouvernance adaptée.

##### *A- Le GHT, outil de coopération contraint*

Bien que se plaçant dans la continuité des CHT, des divergences majeures sont toutefois identifiables. En effet, les établissements publics de santé ne sont pas, en application de l'article L.6132-1 du CSP, libres d'appartenir ou non à un groupement, mais ont l'obligation d'y adhérer, sauf s'ils obtiennent une dérogation de la part du directeur général de l'ARS, en fonction de sa spécificité dans l'offre de soins territoriale. Seulement 20 dérogations ont été accordées, et semblent amenées à disparaître<sup>18</sup>. Dès lors, s'ils n'ont pas reçu de dérogation, les établissements publics de santé doivent obligatoirement adhérer au groupement.

---

<sup>18</sup> Rép. min. n°835, JOAN 19 avril 2018, p.3087

En complément de ces membres obligatoirement présents, une convention d'association doit nécessairement être conclue avec un centre hospitalier universitaire (CHU). Une intervention d'autres acteurs est également possible. Il s'agit premièrement des établissements associés, qui ne sont pas directement membres mais qui peuvent participer à l'élaboration du projet médical partagé tel que les hôpitaux des armées ou les établissements publics de santé autorisés en psychiatrie<sup>19</sup>. Enfin, des établissements privés peuvent être partenaires, permettant ainsi une articulation de leur propre projet médical avec celui du groupement.

Le II de cet article L.6132-1 du CSP précise de plus l'objet du groupement, qui est de « *permettre aux établissements de mettre en œuvre une stratégie de prise en charge commune et graduée du patient, dans le but d'assurer une égalité d'accès à des soins sécurisés et de qualité* ». La clef de voute est donc véritablement la définition d'un projet médical, partagé par l'ensemble des établissements membres. Il s'agit ainsi de répondre aux besoins de la population sur un territoire donné, et donc de répondre aux besoins du bon patient, au bon endroit et au bon moment, dans la continuité de ce qui avait déjà été effectué sous l'égide des CHT.

Le GHT apparaît donc véritablement comme un mode de coopération renforcé, faisant intervenir une multitude d'acteurs et permettant un maillage territorial beaucoup plus dense, dans la continuité des CHT, c'est-à-dire « *le passage d'une logique de structure à une stratégie de groupe pour l'hôpital public* »<sup>20</sup>.

Il est de plus prévu que « *Il (le GHT) assure la rationalisation des modes de gestion par une mise en commun de fonction ou par des transferts d'activités entre établissements* », raison pour laquelle ce n'est pas uniquement un dispositif permettant la prise en charge du patient, mais permet de plus une rationalisation et une réorganisation à l'intérieur même des établissements, dans leur mode de gestion, introduite par la mise en œuvre de la logique de groupe. Dès lors, et à l'instar des modes de coopération préexistant, l'article L.6132-3, II du code de la santé publique prévoit que certaines fonctions peuvent être déléguées, telles que des activités administratives ou logistiques. Mais de plus, d'une manière novatrice, certaines fonctions sont automatiquement transférées par le I de cet article raison pour laquelle les établissements ne sont plus entièrement autonomes pour ces

---

<sup>19</sup> Art. L.6132-1 CSP, modifié par l'ordonnance n°2018-20 du 17 janvier 2018 relative au service de santé des armées et à l'Institution nationale des invalides, JORF 18 janvier 2018

<sup>20</sup> C. KELLER, *De la communauté hospitalière de territoire au groupement hospitalier de territoire, continuité et rupture*, JCPA, n°28, p. 2229

champs de compétence, tel que nous le verrons par la suite (cf. Chapitre 2), ce qui est en particulier le cas de la fonction achat. Dans sa décision sur la loi du 26 janvier 2016<sup>21</sup>, le Conseil constitutionnel ne frappe pas d'inconstitutionnalité l'article 107 de la loi prévoyant la création des GHT. Ainsi, étant donné que la loi déferée est contrôlée dans son ensemble et non pas uniquement sur les motifs invoqués par les requérants<sup>22</sup>, on peut utilement considérer que ces dispositions ne sont pas contraires à la Constitution.

Est donc véritablement mise en œuvre par la création des GHT, et dans la continuité des CHT, une accélération et un renforcement de la coopération. Celle-ci demeurant cependant fonctionnelle, elle ne peut pas disposer d'une gouvernance propre.

### *B- Une gouvernance particulière à mettre en œuvre*

Afin de compenser l'absence de personnalité morale du groupement, il est prévu qu'un établissement soit désigné, à la majorité des deux tiers des conseils de surveillance de l'ensemble des établissements parties au groupement, ou à défaut par le directeur général de l'ARS, comme étant l'établissement support. Cette désignation n'est pas simplement formelle, les conséquences en découlant ayant véritablement une portée stratégique d'envergure, en raison même de l'ensemble des compétences qui lui sont attribuées, permettant ainsi de considérer qu'il s'agit d'une personnalité morale substitutive.

Toutefois, celui-ci ne devient pas le « *seul maître à bord* ». Il est en effet particulièrement vital au bon fonctionnement du groupement de prendre en compte l'ensemble des acteurs, afin d'éviter une logique de domination de l'établissement support sur les établissements parties qui ne serait pas souhaitée, et donc la mise en place d'un fonctionnement s'éloignant de la coopération. La mise en place des GHT nécessite ainsi une organisation qui de fait, ressemble fortement à celle mise en place au niveau des établissements publics de santé. On retrouve en effet un collège médical de groupement ou une commission médicale s'apparentant à une CME, un comité des usagers ou une commission des usagers du groupement s'apparentant à une CDU, une CSIRMT de groupement, un comité territorial des élus locaux, une conférence territoriale du dialogue social ou encore un comité stratégique. Ce comité

---

<sup>21</sup> Cons. const., décision n°2015-727 DC, 21 janvier 2016, *Loi de modernisation de notre système de santé*, JORF 27 juillet 2016

<sup>22</sup> Cons. const., décision n°96-386 DC, 30 décembre 1996, *Loi de finance rectificative pour 1996*, JO 31 décembre 1996, p. 19567, rec. p. 154

stratégique du groupement est un organe particulier prévu par l'article L.6132-2 du CSP et dont la mission, définie par l'article R.6132-10 du code, est de proposer au directeur de l'établissement support des orientations dans la gestion et la conduite de la mutualisation des fonctions et du projet médical partagé. Bien que le directeur de l'établissement support dispose automatiquement de la qualité de président de cette instance, force est de constater que sa composition, qui ne peut pas être fixée arbitrairement par la convention constitutive du GHT, fait apparaître une certaine forme de contrôle sur l'action qui y sera menée. Devront obligatoirement être membres les directeurs, les présidents de CME et des CSIRMT de l'ensemble des établissements membres. On peut dès lors considérer cette instance comme étant l'équivalent d'un directoire du GHT, en raison même de sa composition et de ses missions. Il s'agit ainsi véritablement d'un lieu d'échanges et de débats permettant de renforcer la légitimité des décisions prises par le directeur de l'établissement support, en raison de la participation de l'ensemble des établissements à l'élaboration des décisions. Cela est particulièrement vrai dans le cadre notamment de la fonction achat, transférée à l'établissement support.

En raison du rôle majeur joué par l'établissement support, et de la volonté de conserver la logique de coopération, même pour les fonctions transférées, la convention constitutive ou le règlement intérieur du groupement peuvent prévoir des missions renforcées pour le comité. Il peut ainsi être prévu que celui-ci ne délivrera pas de simples avis ou propositions sur des décisions majeures, mais une véritable délibération, portant par exemple sur « *la politique et les stratégies d'achat et le plan d'action des achats du groupement* »<sup>23</sup>. Il s'agit dès lors de donner davantage de pouvoir aux établissements parties, notamment de contrôle, permettant d'éviter la mise en place d'une forme de supériorité de l'établissement support sur les établissements parties.

La gouvernance à mettre en œuvre au niveau des GHT doit donc permettre de préserver les intérêts de chaque établissement, de réaliser une véritable coopération et non une domination de l'établissement support décidant seul pour le compte de l'ensemble des établissements parties sans obtenir leur avis ou leur accord, tout en permettant la modification en profondeur de l'organisation hospitalière.

---

<sup>23</sup> Par exemple, Convention constitutive du GHT de la Sarthe, Art. 9-3

## **II- La nécessaire signature d'une convention constitutive de groupement**

Nouveau mode d'organisation de coopération hospitalière, le GHT ne va toutefois pas utiliser un mécanisme novateur en ce qui concerne son élaboration, s'appuyant sur la création d'une convention. Cependant, en raison de la nature même de ce dispositif et de l'absence de contraintes suffisantes à l'adhésion au groupement, une difficulté particulièrement intéressante apparaît.

### *A- L'érection d'un dispositif conventionnel*

Depuis son origine et à la différence d'autres outils de coopération tels que le GCS<sup>24</sup>, la personnalité morale n'a pas été conférée au GHT. Dès lors, la question de sa qualification juridique se pose nécessairement et le mécanisme conventionnel semble avoir été retenu. En effet, bien qu'aucune définition de ce véhicule juridique n'ait été adoptée, on remarque que le vocable utilisé est celui de « *convention constitutive* ». Constitutive renvoi à l'action de constituer, qui se définit comme l'action de d'établir quelque chose par la loi<sup>25</sup>. C'est ici davantage le second terme qui doit retenir notre attention, à savoir le terme de convention, tirant son origine du latin *conventio*, c'est-à-dire l'action de se rencontrer, un pacte, un contrat<sup>26</sup>. On peut logiquement en déduire que la convention est un accord de volonté entre deux ou plusieurs parties. Il est de plus communément admis qu'une convention est une forme particulière de contrat. Il convient alors d'analyser la définition du contrat, qui selon l'article 1101 du code civil, « *est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ». Ainsi appliqué au GHT qui ne possède pas de personnalité juridique propre, les différents établissements doivent faire rencontrer leur volonté d'adhérer au même groupement, se manifestant à travers la signature de la convention constitutive par les directeurs de l'ensemble des établissements<sup>27</sup>.

Dès lors que la convention constitutive est adoptée, les établissements membres se soumettent à son contenu et aux obligations en résultant, en application de règles générales issues du droit des contrats et notamment de l'article 1103 du code civil<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> Art. L.6133-3 CSP

<sup>25</sup> Dictionnaire Maxipoche Larousse, Edition 2018

<sup>26</sup> F. GAFFIOT, Dictionnaire français-latin, Edition Hachette, 2001

<sup>27</sup> Art. R.6132-6 à R.6132-8 CSP

<sup>28</sup> « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* »

Il est ainsi prévu à l'article L.6132-2 du CSP que la convention doit contenir les modalités d'organisation et de fonctionnement du groupement mais également le projet médical partagé, les délégations éventuelles d'activités ou les transferts de soins ou d'équipement de matériels lourds.

En plus des conséquences contractuellement prévues dans la convention, l'adhésion et par la suite l'entrée en vigueur de cette dernière entraîne également des conséquences légales, notamment le transfert obligatoire d'activités tel que cela est le cas pour le transfert de la fonction achat de la part de l'ensemble des établissements parties à l'établissement support du groupement, devant être réalisé au plus tard pour le 1<sup>er</sup> janvier 2018<sup>29</sup>.

Afin de pouvoir organiser de la meilleure façon possible ces différents transferts, il apparaît donc que la convention constitutive du groupement va jouer un rôle fondamental. En effet, en ce qui concerne la fonction achat, la loi est particulièrement imprécise, n'envisageant pas son organisation. L'ensemble des cocontractants ont ainsi la faculté de prévoir, sans que cela ne puisse déroger à des dispositions légales ou réglementaires, des modalités particulières et notamment des mises à dispositions de personnels ou de moyens rendues nécessaires.

En raison notamment du caractère obligatoire de ce transfert prévu par la loi dès l'entrée en vigueur de la convention, la situation d'un établissement refusant d'adhérer à un groupement serait particulièrement délicate mais n'est cependant pas totalement exclue.

#### *B- La surprenante ouverture d'une possibilité de refus d'adhésion au GHT*

L'article 107-I-1° de la loi du 26 janvier 2016, intégré à l'article L.6132-1 du CSP, prévoit expressément que chaque établissement public de santé est partie à une convention de GHT, sauf si une dérogation est acceptée par le directeur général de l'ARS concernée. Dès lors, seul ce cas étant prévu, il n'existe aucune dérogation de droit et il est possible qu'une telle demande soit refusée. En raison de l'obligation pour les établissements publics de santé d'être membres d'un groupement, ce refus entraîne donc en théorie, une obligation d'approbation de la convention constitutive du groupement et donc le transfert de la fonction achat à l'établissement support.

---

<sup>29</sup> Art. 2 du décret n°2017-701 du 2 mai 2017 relatif aux modalités de mise en œuvre des activités, fonctions et missions mentionnées à l'article L.6132-3 du code de la santé publique, au sein des groupements hospitaliers de territoire, JORF 4 mai 2017

Néanmoins, force est de constater que le mécanisme mis en place afin de procéder à ce transfert n'est issu que de la signature de la convention constitutive, qui demeure un contrat, devant donc nécessairement emporter l'accord de volonté des établissements, l'article 1102 du code civil disposant en effet que « *chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* ».

Le Conseil constitutionnel considère que l'autonomie des établissements de santé ne dispose pas d'une valeur constitutionnelle<sup>30</sup>, à la différence de la liberté contractuelle<sup>31</sup>. Des restrictions peuvent cependant y être apportées, notamment en raison de l'application de l'article 4 de la DDHC, dès lors que celles-ci sont de nature législative et justifiée par un motif d'intérêt général<sup>32</sup>.

L'article R.6132-6 du CSP autorise le directeur général de l'ARS à enjoindre les établissements à procéder à une mise en conformité de la convention dans un délai imparti, et à défaut, procéder lui-même à la modification et arrêter la convention constitutive. Toutefois, cette disposition ne concerne que la convention et non l'adhésion à celle-ci, ne permettant pas de l'appliquer à la situation particulière du refus d'adhésion d'un établissement. De plus, elle ne possède pas de valeur législative mais uniquement réglementaire, ne pouvant donc pas être retenue comme un motif légal de dérogation à la liberté contractuelle. Aucune disposition législative ne limite donc la liberté contractuelle des établissements de santé en ce qui concerne l'adhésion à un GHT et une substitution de la part de l'autorité de tutelle pour signer la convention constitutive de GHT semble impossible, la seule sanction prévue en cas de non-adhésion à un groupement demeurant l'impossibilité de se voir attribuer des dotations régionales de financement des MIGAC<sup>33</sup>.

En application du principe d'autonomie attaché à la personnalité juridique des établissements publics de santé, tel qu'énoncé à l'article L.6141-1 du CSP et le principe de la liberté contractuelle, force est de constater que les établissements demeurent libres d'adhérer, ou non, à la convention constitutive du groupement, bien que cela entraîne des difficultés, notamment l'impossibilité d'application de l'article

---

<sup>30</sup> Cons. const., décision n°2009-584 DC, 16 juillet 2009, *Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires*, JO 22 juillet 2009, p.12244, rec. p. 140

<sup>31</sup> Cons. const., décision n°2000-437 DC, 19 décembre 2000, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001*, JO 24 décembre 2000, p. 20576, rec. p. 190

<sup>32</sup> Cons. const., décision n°2013-672 DC, 13 juin 2013, *Loi relative à la sécurisation de l'emploi*, JORF 16 juin 2013, p. 9976, rec. p. 817

<sup>33</sup> Article L.6132-5 CSP

L.6132-1, et donc des conséquences particulièrement importantes. En effet, l'établissement qui refuse ne pourra certes plus recevoir de dotations MIGAC, mais pourra continuer de maîtriser l'ensemble des fonctions normalement transférées à l'établissement support, et en particulier la fonction achat.

Cette absence de contrainte semble en opposition avec la volonté d'évolution l'organisation hospitalière et de réunion de l'ensemble des établissements de santé au sein des GHT. Il paraît donc indispensable qu'une modification législative intervienne afin de clarifier la situation, en supprimant la liberté contractuelle des établissements publics de santé dans ce domaine, permettant une mise en conformité des objectifs avec les moyens mobilisables pour y parvenir.

## **Section n°2 : Le transfert juridique de la fonction achat**

En plus des effets qui lui sont directement attachés et prévus par les parties, l'entrée en vigueur de la convention constitutive va également entraîner des conséquences légales, c'est-à-dire directement prévues par la loi. Ces conséquences vont être retrouvées dans divers domaines, tels que pour la fonction achat, avec un transfert tant de la compétence, défini comme « *le pouvoir de faire légalement certains actes* »<sup>34</sup>, que de la responsabilité.

### **I- Le transfert de compétence à l'établissement support**

La fonction achat est directement concernée par les conséquences légales de l'entrée en vigueur de la convention constitutive. On observe un changement de compétence, pour exercer la fonction, à l'origine de questionnements tant en ce qui concerne le dispositif utilisé que sur les conséquences juridiques afférentes.

#### *A- Qualification du véhicule juridique utilisé*

L'article L.6132-3 du CSP reste muet en ce qui concerne la qualification du mécanisme utilisé, seul l'article L.6143-7 du code évoquant un exercice par dérogation. Il pourrait ainsi s'agir d'une délégation de fonction, de compétence ou un transfert de compétence, ce qui ne serait pas à l'origine des mêmes conséquences. Il convient premièrement de définir la délégation. Selon une définition communément admise, il s'agit de « *l'acte unilatéral par lequel une autorité qui y est habilitée*

---

<sup>34</sup> L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1911

*transfère une partie de sa compétence, son propre titre de compétence étant maintenu* »<sup>35</sup>. Une fonction est alors déléguée dès lors qu'une personne qui possède la compétence permet à une autre personne de l'exercer. Un contrôle est alors effectué<sup>36</sup> par le délégant sur les actes du délégataire, ce premier demeurant responsable, y compris pour les actes effectués par ce dernier, et pouvant prendre lui-même l'acte<sup>37</sup>. Ainsi, la compétence et la responsabilité étant conservés par le délégant, l'acte pris par le délégataire sera un acte pris « *au nom* » du délégant.

Lorsqu'il s'agit d'une délégation de compétence, il y a dessaisissement volontaire au profit du délégataire, dès lors que la loi le permet. On ne parle dès lors plus d'un acte pris « *au nom de* » mais pris « *pour le compte* », ou d'une compétence exercée « *en lieu et place* » du délégant. Cette notion est par exemple retrouvée dans le CGCT, qui prévoit notamment qu'une collectivité territoriale peut déléguer à une autre collectivité territoriale une compétence dont elle est attributaire. Cette compétence est alors exercée « *au nom et pour le compte de la collectivité délégante* »<sup>38</sup>. Il s'agit de répondre à un besoin ponctuel, pendant une durée déterminée, raison pour laquelle la convention de délégation fixe la durée, les objectifs à atteindre, les indicateurs de suivi ainsi que les modalités de contrôle de l'autorité délégante.

Dans certains cas, il ne s'agit pas de répondre à un besoin ponctuel mais véritablement à un besoin de façon pérenne, sans qu'un retour à la situation antérieure ne soit prévue. Il n'est alors plus question de délégation mais de transfert de compétence. La loi peut imposer un tel transfert, qui sera alors réalisé automatiquement, dès lors que les conditions nécessaires sont réunies. Il est ainsi par exemple prévu que « *la communauté de communes exerce de plein droit au lieu et place des communes membres* » des compétences<sup>39</sup>. C'est l'adhésion de la commune à l'EPCI qui entraîne, de droit, ce transfert de compétence. Ce n'est pas la volonté de la commune de se dessaisir de la compétence, mais un effet légal de son adhésion.

Il convient d'analyser le dispositif utilisé dans le cadre du GHT à la lumière de ces différents éléments. Le CSP prévoit que l'établissement support « *assure les*

---

<sup>35</sup> H. MAISL, *Recherches juridiques sur la notion de délégation de compétences*, thèse droit dactyl. Paris, 1972 ; Définition reprise par la suite par M. DEGOFFE et J.-D. DREYFUS, « *transfert de compétences et conventions dans le droit de l'intercommunalité* », AJDA, 2001, p.807

<sup>36</sup> CE, Ass., 18 mars 1955, *Sieur de Perretti*, Rec., p.163

<sup>37</sup> Rép. min. n°12704, JOAN, 3 juillet 1989

<sup>38</sup> Art. L.1111-8 CGCT, 1<sup>e</sup> et 2<sup>e</sup> alinéa

<sup>39</sup> Art. L.5214-16 CGCT

*fonctions suivantes pour le compte des établissements parties au groupement* », parmi lesquelles figure, au 3°, la fonction achat. L'utilisation des termes « *pour le compte* » nous permet de comprendre qu'il ne s'agit pas, même en l'absence d'une qualification clairement énoncée, d'une délégation de fonction.

Une interrogation existe alors pour savoir s'il s'agit d'une délégation ou d'un véritable transfert de compétence. De la même façon que pour les EPCI, c'est l'adhésion de l'établissement public de santé au groupement qui est à l'origine des conséquences pour l'exercice de la compétence. Ce n'est donc pas la volonté de l'établissement partie de déléguer sa compétence à l'établissement support, mais véritablement un effet de la loi, ayant une force obligatoire. Il ne s'agit de plus pas de répondre à des besoins ponctuels mais véritablement de modifier de manière durable l'organisation hospitalière. Force est de constater que le régime mis en place par le législateur n'est pas une délégation mais véritablement un transfert de compétence, avec la même logique que dans le cas précité de la coopération intercommunale.

Une particularité doit toutefois être mentionnée. Dès lors qu'un hôpital des armées est associé au groupement, ne possédant donc pas la qualité de membre, la fonction achat peut tout de même en partie être exercée par l'établissement support, au profit de cet établissement. En l'absence de précisions supplémentaires, la convention d'association doit prévoir, le cas échéant, les modalités d'organisation et de fonctionnement de cet exercice. Il ne s'agit dès lors pas d'un transfert mais davantage d'une délégation de compétence de l'hôpital des armées à l'établissement support du GHT.

Le transfert de compétence ainsi opéré va entraîner des effets importants pour l'ensemble des acteurs, qu'il s'agisse de l'établissement support mais également de l'établissement partie au groupement.

#### *B- Les importants effets du transfert de compétence*

La conséquence automatique de ce transfert de compétence va être, de manière parfaitement logique, un changement d'autorité compétente pour exercer la fonction achat. En effet, lors d'un transfert de compétence, la jurisprudence constante du Conseil d'Etat depuis 1970<sup>40</sup> relative aux collectivités territoriales considère que le transfert d'une compétence empêche l'autorité à l'origine du transfert de l'exercer,

---

<sup>40</sup> CE, Ass., 16 octobre 1970, *Commune de Saint-Vallier*, n°71536, Rec.

dans le but de ne pas contrevenir à la nouvelle répartition des attributions. Le même raisonnement doit alors être appliqué par analogie au GHT, dans lequel les établissements parties au groupement transfèrent leur compétence achat à l'établissement support, ce qui entraîne de fait leur incompétence. L'établissement membre du groupement sera donc dans l'impossibilité de réaliser des actions et des actes juridiques concernant la fonction achat, dès lors qu'il ne possède pas la qualité d'établissement support du groupement hospitalier de territoire.

Ce transfert trouve également à s'appliquer en ce qui concerne les pouvoirs mêmes du directeur de l'établissement partie au groupement en application de l'article L.6132-7 du CSP. Il est en effet prévu que le directeur de l'établissement support exerce par dérogation l'ensemble de ses compétences pour le compte de l'ensemble des établissements membres au groupement, en ce qui concerne les activités mentionnées à l'article L.6132-3, et donc en particulier pour la fonction achat.

Bien que ces conséquences soient véritablement coercitives pour les établissements parties qui semblent perdre une partie de leur autonomie, force est de constater que cette mesure s'inscrit dans une logique de réorganisation territoriale présidant depuis la fin du XX<sup>ème</sup> siècle et les premières lois de décentralisation<sup>41</sup> et permettant, tout en prenant en considération la meilleure organisation du service public possible, de définir l'échelon pertinent d'action, que ce soit en termes d'expertise ou de volumes. Toutefois, en raison notamment de la crainte des petits établissements de se voir absorber par ceux de taille plus importante<sup>42</sup>, le transfert de la fonction achat à l'établissement support n'est pas total, ce qui sera étudié par la suite (cf. Chapitre 2).

Ce dessaisissement de compétence des établissements parties au profit de l'établissement support du groupement n'est toutefois pas la seule conséquence. Des biens sont évidemment nécessaires à l'exercice d'une activité. Par conséquent, dès lors qu'une fonction est transférée d'une personne juridique à une autre, se pose nécessairement la question de leur devenir. Aucune disposition particulière ne traite de cette question dans le cadre du transfert de la fonction achat au sein des GHT. Toutefois, en raison des logiques identiques et de l'analogie pouvant être réalisée sur de nombreux points entre le transfert de compétence entre collectivités territoriales et celui opéré au sein du GHT, on peut aisément envisager que le

---

<sup>41</sup> Notamment depuis la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, dite loi DEFFERRE, JORF 3 mars 1982, p. 730

<sup>42</sup> A. HOURCABIE, *Répartition des compétences entre établissements support et parties au GHT*, RHF n°578, septembre-octobre 2017, p.36-40

mécanisme sera identique. En ce qui concerne les transferts entre collectivités locales, le régime prévu est un régime de mise à disposition au profit de la nouvelle autorité en charge de la compétence, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles, de l'ensemble des biens nécessaires à l'exercice de l'activité<sup>43</sup>, à titre gratuit, qui assure alors l'ensemble des obligations du propriétaire<sup>44</sup>. Il semblerait donc logique que l'ensemble des biens nécessaires à l'exercice de la fonction achat transférée soit mis à disposition, de manière gratuite et automatique par l'établissement partie à l'établissement support, qui assume désormais l'ensemble des prérogatives liées à un titre de propriété sur ceux-ci.

Enfin, des conséquences sont également présentes en ce qui concerne la situation des personnels travaillant au sein de la fonction achat des établissements parties au groupement. Une nouvelle fois, en l'absence de dispositions particulières les concernant, il convient d'observer la mise en œuvre du transfert de compétences entre collectivités territoriales, à l'origine d'un transfert automatique des personnels du service en charge de l'exercice de l'activité transférée dès lors que le transfert de compétence est total<sup>45</sup>. Comme nous le verrons par la suite, le transfert de la fonction achat ne peut pas être considéré comme total. Dès lors, la solution ne relève pas de l'évidence et devra nécessairement faire l'objet de développements ultérieurs (cf. Partie 2, chapitre 1).

## **II- Le transfert de responsabilité à l'établissement support**

Comme vu précédemment, l'établissement partie au GHT transfert, de manière automatique par effet de la loi en raison de son adhésion au groupement, sa compétence achat au profit du seul établissement support. Se pose alors la question de savoir si ce transfert s'accompagne également d'un transfert de responsabilité, et si tel était le cas, de quelle manière cette responsabilité pourrait trouver à s'exercer.

---

<sup>43</sup> Art. L.1321-1 CGCT

<sup>44</sup> Art. L.1321-2 CGCT

<sup>45</sup> Art. L.5211-4-1 CGCT

#### A- La reconnaissance d'un transfert de la responsabilité

La notion de responsabilité renvoie par essence à « être responsable », tirant son origine du latin *respondere*, pouvant se traduire par « répondre de », et apparenté à *sponsio*, se traduisant par l'engagement, la promesse<sup>46</sup>. La responsabilité se trouve alors être un terme polysémique, dont nous retiendrons qu'il s'agit de l'obligation de répondre de ses actes, avoir la charge d'une fonction, mais également de réparer le dommage que l'on a causé. Celui qui est responsable doit donc assumer l'intégralité des risques induits par la fonction qu'il assume.

Alors même que le transfert de compétence demande une analyse fine, en l'absence de qualification juridique précise par le législateur, l'existence d'un transfert de responsabilité ne pose aucune difficulté. En effet, le code de la santé publique énumère clairement les missions du directeur d'établissement, parmi lesquelles figure le fait qu'il « *représente l'établissement dans tous les actes de la vie civile et agit en justice au nom de l'établissement* »<sup>47</sup>. Ainsi, en application de la définition précédemment retenue, le directeur est responsable juridiquement de l'établissement qu'il dirige.

Le 6° du I de l'article 107 de la loi de modernisation de notre système de santé insère un nouvel alinéa au sein de l'article L.6143-7 du CSP qui intéresse directement le transfert de la fonction achat au sein du GHT. Il est ainsi prévu, et ce de manière dérogatoire, que le directeur de l'établissement support exerce l'ensemble des missions liées à la fonction de directeur d'établissement, pour l'ensemble des activités listées à l'article L.6132-3 et donc en particulier pour la fonction achat, pour le compte des directeurs des établissements parties. Cela signifie donc que le directeur de l'établissement support représente les établissements parties dans tous les actes de la vie civile et agit en leur nom en justice, devenant par conséquent responsable juridiquement de l'ensemble des activités transférées.

Ce transfert de responsabilité, corollaire d'un transfert de compétence, bien que n'étant pas novateur, le code général des collectivités territoriales le prévoyant expressément<sup>48</sup> et les juges administratifs le reconnaissant depuis de nombreuses années<sup>49</sup>, s'avère être parfaitement logique. En effet, en raison de l'absence même de personnalité morale du groupement et du transfert de la fonction achat à

---

<sup>46</sup> F. GAFFIOT, Dictionnaire français-latin, Edition Hachette, 2001

<sup>47</sup> Art. L.6143-7, 1<sup>er</sup> alinéa, CSP

<sup>48</sup> Par exemple Art. L.1321-2 CGCT

<sup>49</sup> CE, 5/3 ssr., 6 avril 1979, *Société « La plage de la forêt »*, req. n°98510, Rec. p.661

l'établissement support, seul ce dernier peut être considéré comme responsable, l'établissement partie n'étant plus à l'origine du risque. Il aurait de plus été difficilement soutenable et compréhensible qu'un établissement, qui ne possède plus un pouvoir de décision autonome dans l'exercice de la fonction achat, doive assumer les conséquences issues de l'activité exercée par une autre personne juridique, un autre établissement.

L'existence de ce transfert de responsabilité de l'établissement partie à l'établissement support est donc légalement prévu, à la différence du contenu de ce transfert, qui doit nécessairement être étudié.

### *B- La responsabilité de l'établissement support*

La responsabilité transférée à l'établissement support en raison même du transfert de compétence concerne premièrement un transfert de la responsabilité juridique, avec au premier plan la responsabilité administrative. Si l'établissement support commet une faute en agissant pour le compte des établissements parties au groupement, tel que dans le cadre de la fonction achat, ce sera sa responsabilité qui pourra être engagée et non celle de l'établissement partie, notamment par le biais d'un référé précontractuel<sup>50</sup> dès lors qu'il ne s'est pas conformé aux règles en matière de transparence ou d'information lors de la passation d'un marché public.

Il est de plus particulièrement intéressant d'observer la responsabilité du fait des produits défectueux. Dans l'arrêt du 9 juillet 2003, *Marzouk*<sup>51</sup>, la Haute juridiction administrative considère que « *le service public hospitalier est responsable, même en l'absence de faute de sa part, des conséquences dommageables pour les usagers de la défaillance des produits et appareils de santé qu'il utilise* ». L'utilisation d'un matériel défectueux par un établissement public de santé engage donc la responsabilité de son utilisateur, même sans faute de sa part, alors qu'il n'est ni producteur, ni fournisseur du produit en cause. En contrepartie à cette indemnisation facilitée de la victime, l'établissement public de santé pourra par la suite effectuer une action récursoire contre le producteur ou le fournisseur du produit. Se pose désormais la question de l'articulation de ce régime de responsabilité avec les transferts opérés dans le cadre du GHT. En effet, le Tribunal des conflits considère

---

<sup>50</sup> Art. L.551-1 à L.551-12 et R.551-1 à R.551-6 CJA

<sup>51</sup> CE, 5/7 s.sr. 9 juillet 2003, *Marzouk*, n°220437, Rec. p.338 ; AJDA 2003, n°36, p.1946, note DEGUERGUE ; RGDM 2004, n°14, p.247, note BONNEAU ; Responsabilité civile et assurances, 2004, n°1, p.26, note GUETTIER ; RGDM, 2003, n°11, p.297, note SAISON ;

que l'action récursoire doit être engagée devant le juge administratif, car fondé sur une mauvaise exécution du marché public de fourniture<sup>52</sup>. Or, quand bien même le produit défectueux a été utilisé par l'établissement partie au groupement, celui-ci n'est pas à l'origine du marché de fourniture, ne disposant plus de la compétence pour agir, ce qui l'empêche d'effectuer par lui-même une action récursoire contre le producteur ou le fournisseur du produit défectueux. C'est ainsi au directeur de l'établissement support d'exercer cette action en justice, pour le compte de l'établissement partie, en raison du pouvoir dérogatoire qui lui est accordé par l'article L.6143-7 du CSP. La responsabilité de l'établissement partie peut donc être engagée par la victime et l'action récursoire effectuée par l'établissement support. Afin de palier à cette difficulté, il serait souhaitable de prévoir un régime particulier pour le GHT, résidant notamment dans un transfert de la responsabilité du fait des produits défectueux de l'établissement public de santé utilisateur à l'établissement support du groupement, seul compétent afin d'effectuer l'action récursoire.

Le transfert de responsabilité concerne également la responsabilité pénale. En effet, des lors que la fonction achat est désormais assumée par l'établissement support, il demeure le seul à pouvoir être reconnu coupable des délits sanctionnés par le droit de la commande publique, tel que le délit de favoritisme<sup>53</sup>.

En ce qui concerne la responsabilité contractuelle, une difficulté apparaît. En effet, elle peut être engagée pour faute en cas d'inexécution, de mauvaise exécution du contrat ou en cas de manquement au contrat ou aux règles générales des contrats administratifs. Cette responsabilité peut également être engagée sans faute, en application de la théorie du « fait du prince » ou de l'imprévision. En effet, dès lors qu'un contrat est public, tels que les contrats pouvant être conclus pour l'exercice de la fonction achat, l'autorité qui en assure l'exécution dispose d'un pouvoir de modification ou de résiliation unilatérale pouvant entraîner des conséquences néfastes pour le cocontractant, lesquelles doivent nécessairement être réparées. Or, comme nous le verrons par la suite, la phase d'exécution du marché ne relève pas de l'établissement support, sauf pour la conclusion des avenants, mais de l'établissement partie. La responsabilité n'est alors pas transférée de l'établissement partie à l'établissement support, sauf lors de la conclusion d'avenants.

---

<sup>52</sup> TC, 11 avril 2016, *Centre Hospitalier de Chambéry*, C4044, Rec. ; RDSS 2016, p.571, note PEIGN

<sup>53</sup> Art. 432-14 Code pénal

Enfin, le transfert de responsabilité implique par définition un transfert du risque, notamment financier, résidant dans l'exercice de la fonction transférée, et donc en particulier pour la fonction achat. Les établissements supports de groupement doivent prévoir, dans leur EPRD, un nouveau budget annexe<sup>54</sup> à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2017, présenté en équilibre, concernant les fonctions et activités mentionnées à l'article L.6132-3 du CSP, avec abondement de la part de chacun des membres du groupement<sup>55</sup>. Il est ainsi envisageable que les établissements membres du GHT s'accordent de manière conventionnelle afin de couvrir de manière partagée la responsabilité engagée par le transfert de fonction, en l'absence de disposition l'interdisant expressément.

## **Chapitre 2 : Le contenu de la fonction achat transférée**

La fonction achat, comme nous venons de le voir, est transférée, en ce qui concerne les établissements de santé membres d'un GHT, à l'établissement support de ce groupement.

Toutefois, aucune définition de ces termes n'est légalement prévue. Dès lors, les décrets d'application de la loi de modernisation de notre système de santé du 27 avril 2016<sup>56</sup> et du 2 mai 2017<sup>57</sup> effectuent deux distinctions fondamentales au sein de la fonction achat. Elle n'est transférée que pour certaines phases du processus achat, et pour certains contrats uniquement, amenant la Cour des comptes à considérer qu'il s'agit ici d'un « *démembrement de la fonction achat* ». <sup>58</sup>

### **Section 1 : Un démembrement dans le temps de la fonction achat**

Différentes phases sont nécessaires afin de pouvoir réaliser un achat au sein des établissements publics de santé. Force est de constater que le transfert de compétence réalisé dans le cadre de la fonction achat n'est pas total mais partiel, à l'origine de nombreuses interrogations.

---

<sup>54</sup> Compte de résultat prévisionnel annexe G (CRA G) prévu par l'article R.6145-12 du CSP

<sup>55</sup> Art. R.6145-12 CSP

<sup>56</sup> Décret n°2016-524 du 27 avril 2016 relatif aux groupements hospitaliers de territoire, JORF 29 avril 2016

<sup>57</sup> Décret n°2017-701 du 2 mai 2017 relatif aux modalités de mise en œuvre des activités, fonctions et missions mentionnées à l'article L.6132-3 du code de la santé publique, au sein des groupements hospitaliers de territoire, JORF 4 mai 2017

<sup>58</sup> Cour des Comptes, Rapport, *Les achats hospitaliers*, juin 2017, p.12

## I- La mise en place d'un transfert partiel de compétence

Le démembrement dans le temps de la fonction achat se manifeste par la création réglementaire d'une clé de répartition des différentes phases du processus entre l'établissement support et les établissements parties au groupement.

### A- La compétence achat transférée à l'établissement support

L'article R.6132-16 du code de la santé publique dispose aujourd'hui que « *L'établissement support est chargé de la politique, de la planification, de la stratégie d'achat et du contrôle de gestion des achats pour ce qui concerne l'ensemble des marchés et de leurs avenants. Il assure la passation des marchés et de leurs avenants conformément aux dispositions de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics* ». Il est donc réglementairement prévu quelles sont les phases de la fonction achat transférées à l'établissement support, qui doit désormais les exercer pour le compte des établissements parties. Toutefois, de nombreuses questions restent pendantes. En effet, ces termes ne sont pas intégralement définis et il convient donc d'analyser dans le détail ce qui doit réellement être effectué par l'établissement support pour le compte des établissements parties.

L'ordonnance relative aux marchés publics<sup>59</sup> effectue une distinction entre deux phases essentielles. Bien que non prévue expressément, elle peut être observée en analysant la table des matières du texte. En effet, dans la première partie de l'ordonnance relative aux dispositions générales, on retrouve un Titre I relatif au champ d'application, un Titre II relatif à la passation et un Titre III à l'exécution du marché. Relève donc de la passation selon l'ordonnance, se retrouvant ainsi transféré à l'établissement support, la définition préalable du besoin, les formalités de publicité et de mise en concurrence, la sélection des candidats, le choix de l'offre retenue ainsi que l'information au candidats et soumissionnaires évincés, tant pour le contrat initial que pour les avenants. La phase de passation ne semble donc pas faire l'objet de difficulté en termes d'appréciation de son champ d'application. La situation est en revanche différente pour les autres phases transférées.

La politique achat n'est pas définie par la loi ou le pouvoir réglementaire. Issu du grec *politikos*, la politique correspond au cadre dans lequel une société ou une

---

<sup>59</sup> Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics , JORF 24 juillet 2015, p.12602

population est gérée par son dirigeant. En ce qui concerne la politique achat, l'AFNOR la définit comme « *les orientations et intentions générales, relatives aux achats et approvisionnement, d'un organisme, telles qu'elles sont formulées par la direction* »<sup>60</sup>. Il revient donc à l'établissement support du groupement de définir l'ensemble des orientations afin de mener à bien l'ensemble des achats, pour le compte des établissements parties du groupement.

La planification « *consiste à fixer des objectifs et à déterminer les actions permettant de les réaliser* »<sup>61</sup>. Il s'agit ainsi de prévoir et examiner les projets et demandes d'achats afin d'atteindre les buts et objectifs fixés dans le cadre de la politique achat. L'établissement support du groupement doit donc anticiper les demandes émanant de l'ensemble des établissements du groupement.

La stratégie d'achat est définie par l'AFNOR comme l'ensemble des méthodes mises en œuvre pour conférer une réalité à la politique. Cela correspond, dans le cadre du GHT, à la définition des critères essentiels du marché, le choix de la procédure de passation, la sélection des offres ou encore la cartographie des achats, permettant donc la sélection des leviers de performance adéquats.

Enfin, le contrôle de gestion correspond à l'analyse des performances de l'ensemble des activités pour déterminer les gains de productivité possibles. L'établissement support a donc la charge de mettre en œuvre des indicateurs afin de pouvoir améliorer son efficacité dans la gestion des achats hospitaliers. Il est dès lors le garant de la bonne exécution, de la réduction des coûts, de l'amélioration de l'efficacité de l'achat.

On s'aperçoit alors facilement que l'ensemble de l'achat hospitalier n'est pas couvert par le transfert de compétence, un fragment étant conservé par les établissements parties.

### *B- Les phases du processus conservées par les établissements parties*

A l'origine, le décret du 27 avril 2016 ne prévoyait que les missions relevant de la fonction achat transférée à l'établissement support. Le décret du 2 mai 2017 effectue une modification, insérant un 2<sup>nd</sup> alinéa à l'article R.6132-16, disposant que « *l'établissement partie au groupement hospitalier de territoire assure l'exécution de*

---

<sup>60</sup> AFNOR, Fascicule FD X50-128, *Outil de management, lignes directrices pour le processus achat et approvisionnement*, mai 2003

<sup>61</sup> H. MINTZBERG, *Grandeur et décadence de la planification stratégique*, Dunod, 1994

*ces marchés conformément aux dispositions de la même ordonnance* ». L'instruction interministérielle du 4 mai 2017<sup>62</sup> considère de plus que ne relève de la fonction achat transférée, et donc demeure exercé par l'établissement partie pour son propre compte, l'identification des besoins et l'appréciation de leur opportunité.

L'établissement partie au groupement conserve donc sa compétence à la naissance même du processus d'achat, l'intégralité de cette fonction n'étant pas transférée à l'établissement support. En effet, il est prévu que l'établissement partie identifie de manière autonome son besoin, à la fois dans le temps, c'est-à-dire définir à quel moment et à quelle fréquence l'achat devra être réalisé, mais également en ce qui concerne la fourniture, le service ou le produit, ainsi que la quantité nécessaire. Il s'agit donc ici d'une phase importante de préparation du marché, qui n'est pas prévue à proprement parler par l'ordonnance relative aux marchés publics, distinguant uniquement la passation et l'exécution du marché. Bien que cette insertion ne soit réalisée que par le biais d'une instruction ministérielle, ayant donc une valeur juridique relativement faible, force est de constater que ces effets doivent nécessairement être pris en compte, les établissements conservant ainsi une part d'autonomie plus importante que celle qui aurait pu être envisagée à la simple lecture du décret.

Cette part de compétence conservée va également se retrouver lors de l'exécution du marché, cette phase étant dévolue réglementairement à l'établissement partie par le décret. Elle correspond à l'ensemble des actions menées à la suite de la signature du marché, en dehors de la conclusion des avenants, et donc à l'activité permettant de fournir un produit ou un service à l'établissement en réponse à son besoin. Il est par conséquent compétent pour effectuer le paiement au cocontractant, notifier les bons de commande, contrôler l'exécution, vérifier le service rendu. Cette conservation de la compétence par l'établissement partie, et donc l'absence de transfert de celle-ci, entraîne logiquement une absence de transfert de la responsabilité de l'établissement partie à l'établissement support, en ce qui concerne les actions menées lors de la phase d'exécution du marché.

Le morcellement de la compétence est donc ici véritablement prégnant. En effet, alors même qu'un transfert de compétence et de responsabilité total aurait pu être effectué, tel n'a pas été le cas.

---

<sup>62</sup> Instruction interministérielle n° DGOS/GHT/DGFIP/2017/153 du 4 mai 2017 relative à l'organisation des groupements hospitaliers de territoire

## II- Un démembrement sujet à discussions

Le transfert de la fonction achat de l'établissement partie à l'établissement support du groupement est sujet à de nombreuses interrogations sur sa raison d'être, notamment en raison des importantes difficultés rencontrées par les acteurs hospitaliers.

### A- Le caractère inattendu de ce morcellement

Alors même que la loi de modernisation de notre système de santé prévoit uniquement un transfert de « *la fonction achat* », il est intéressant d'observer que les dispositions réglementaires viennent modifier ce que l'on aurait pu imaginer. En effet, le transfert de compétence n'est que partiel, ne portant pas sur l'intégralité de la fonction.

Un transfert partiel de compétence n'est toutefois pas quelque chose d'inédit. Il est par exemple prévu que « *dans le cadre d'une bonne organisation des services, une commune peut conserver tout ou partie du service concerné par le transfert de compétences, à raison du caractère partiel de ce dernier* ». <sup>63</sup> Ce caractère partiel est ainsi retrouvée dans le cadre de la compétence eau et assainissement <sup>64</sup> ou en matière scolaire <sup>65</sup>.

La réalisation d'un transfert partiel de la fonction achat est toutefois surprenante dans le cadre des groupements hospitaliers de territoire. En effet, J. HUBERT et F. MARTINEAU se sont vu confier par la ministre de la santé une mission portant sur la mise en œuvre opérationnel des GHT. Dans leur rapport intermédiaire <sup>66</sup> ainsi que dans leur rapport définitif <sup>67</sup> remis en mars 2016, c'est-à-dire entre l'adoption de la loi MSS et l'adoption du premier décret d'application prévoyant la répartition des compétences entre établissement support et établissements parties, les auteurs effectuent des recommandations, où figure notamment l'idée selon laquelle la fonction achat transférée doit couvrir l'ensemble de la chaîne achat, et notamment son exécution. Ces recommandations ne sont pas suivies et l'on observe véritablement une opposition entre la volonté même de la loi d'effectuer un transfert

---

<sup>63</sup> Art. L.5214-4-1 CGCT

<sup>64</sup> Rép. min. n°102402, JOAN, 16 mai 2017, p. 3490

<sup>65</sup> Rép. min. à la question 21478, JO Sénat, 4 mai 2006, p. 1281

<sup>66</sup> J. HUBERT et F. MARTINEAU, *Mission groupement hospitalier de territoire, rapport intermédiaire*, Mai 2015

<sup>67</sup> J. HUBERT et F. MARTINEAU, *Mission groupement hospitalier de territoire, rapport de fin de mission*, Février 2016

total de la compétence, et le transfert partiel réellement effectué en application du décret du 2 mai 2017 et de l'instruction interministérielle du 4 mai 2017, conséquences des réticences d'une partie de la communauté hospitalière à l'engagement plus poussée des mutualisations<sup>68</sup>, ce qui peut s'expliquer par le fait que « *une partie des établissements vit la mutualisation de la fonction achat comme une dépossession* »<sup>69</sup>.

Cette modification opérée par le pouvoir réglementaire amène la Cour des comptes à qualifier ce transfert de « *démembrement de la fonction achat* », c'est-à-dire littéralement une séparation de l'ensemble des éléments d'un même corps, le partage en plusieurs parties de ce qui formait un tout<sup>70</sup>. Ce morcellement est véritablement ici présent en raison des divisions effectuées au sein de la fonction. En effet, comme précédemment évoqué, les établissements parties conservent leur compétence pour l'exécution du marché alors que la compétence en ce qui concerne la passation est transférée à l'établissement support. L'article R.6132-16 du code de la santé publique effectue de plus une autre distinction, puisqu'il est prévu que l'établissement support assure la passation des avenants, opération relevant par nature de l'exécution du contrat initial. La qualification de « *démembrement* » utilisée par la Cour des comptes semble donc ici être parfaitement exacte et met en lumière cet éclatement particulier de compétence.

Les interrogations quant à l'absence d'un transfert total intéresse également la MECSS qui depuis le début de l'année 2018 effectue des auditions sur le sujet. Il en ressort selon son rapporteur, le député J.C. CARLIER, que « *l'on est loin de la simplification* »<sup>71</sup>. Bien qu'aucun projet ou proposition de loi n'ait pour le moment été déposé, on peut imaginer, et souhaiter, qu'une modification législative de la répartition des compétences aujourd'hui effectuée intervienne, permettant le passage d'un transfert partiel à un transfert total, dans un but de simplification. En l'absence d'une telle intervention, la situation demeure aujourd'hui particulièrement complexe et créatrice d'incertitudes.

---

<sup>68</sup> Cour des Comptes, Rapport, *Les achats hospitaliers*, juin 2017, p.12

<sup>69</sup> A. DURRLEMAN, Président de la 6<sup>e</sup> Chambre de la Cour des Comptes lors de son audition devant la MECSS, le 12 octobre 2017

<sup>70</sup> Dictionnaire Maxipoche Larousse, Edition 2018

<sup>71</sup> APM News, *Les premières pistes de la Mecss pour améliorer l'efficacité des achats hospitaliers*, Dépêche du 3 mai 2018

### *B- Les difficultés liées à ce morcellement*

En raison du transfert partiel de compétence, le transfert de responsabilité se trouve être également partiel. Ainsi, lors d'un litige en lien avec la fonction achat, le juge administratif devra souverainement apprécier l'origine de la faute et par conséquent identifier la responsabilité qui devra être engagée. En effet, la responsabilité des établissements membres et de l'établissement support ne sont pas solidaires, mais simplement conjointes, c'est-à-dire que chacun continue d'assumer sa propre part de responsabilité. Toutefois, dès lors qu'un litige est introduit devant le juge, il est possible que le défendeur, c'est-à-dire l'établissement contre lequel est dirigée l'action, ne soit pas l'établissement juridiquement responsable. Tel est le cas par exemple si le recours est dirigé contre l'établissement partie par un cocontractant lésé en raison de la passation d'un avenant à un marché initial. La situation est parfois complexe et le juge peut être amené à examiner l'instance au fond avant de trancher le litige. Or, comme le prévoit l'article 32 du code de procédure civile, qui peut être considéré comme une règle générale de procédure et donc applicable également aux litiges administratifs en absence de disposition contraire, « *Est irrecevable toute prétention émise par ou contre une personne dépourvue du droit d'agir* ». La requête dirigée à l'encontre de l'établissement incompetent doit donc être considérée comme irrecevable, ce qui peut engendrer des conséquences pour le requérant, notamment en termes de prescription. La convention constitutive du groupement, opposable aux tiers, devrait donc prévoir une répartition extrêmement précise des compétences, limitant ainsi les risques de recours dirigés contre le mauvais défendeur. Une modification des textes semble donc bienvenue, afin de simplifier le régime de responsabilité, par la création d'une responsabilité solidaire.

Une autre difficulté tenant au morcellement de la fonction achat réside dans l'identification des besoins, qui en application de l'instruction interministérielle du 4 mai 2017, continue de relever de la compétence des établissements parties, qui doit alors identifier son besoin, et donc son opportunité, ce qui ne peut être remis en cause par l'établissement support, ne pouvant donc pas refuser de passer le marché sans outrepasser sa compétence, ce qui l'oblige ainsi en application de l'ordonnance relative aux marchés publics, de définir ce besoin. Une distinction doit donc être effectuée entre ce qui relève de l'identification et ce qui relève de la définition du besoin. En raison de la proximité entre ces notions, on se rend aisément compte de la difficulté pour les établissements de ne pas outrepasser leur rôle, mais de ne pas

non plus minimiser leur compétence. Le transfert de la fonction achat étant opéré dans un but notamment de massification de l'achat, dans un souci de réduction des coûts, il est peu souhaitable et difficilement envisageable que l'établissement support respecte parfaitement la volonté des établissements parties suite à l'identification de leur besoin. Cette compétence non transférée à l'établissement support du permet donc une meilleure prise en compte de la volonté de chacun, laissant les établissements parties libre d'identifier leur besoin et de définir l'opportunité de celui-ci, mais se trouve être à l'origine de difficultés particulièrement importantes dans l'organisation de la fonction achat.

Une dernière difficulté identifiée réside dans la signature du marché. En raison de la modification intervenue par le décret du 2 mai 2017 faisant expressément mention de l'application de l'ordonnance relative aux marchés publics dans le cadre de la fonction achat transférée d'une part, et du positionnement des articles 101 et 102 du décret d'application de cette ordonnance<sup>72</sup> au sein du Titre III intéressant la passation du marché d'autre part, on peut logiquement en déduire que la signature du marché public constitue un acte de passation, relevant de la compétence de l'établissement support, ce qui est confirmé par la DGOS<sup>73</sup>. La difficulté n'est donc pas juridique, mais concerne davantage la légitimité de son auteur. En effet, l'article L.6143-7 confie au directeur de l'établissement support, pour le compte de l'établissement partie, dans l'exercice de la fonction achat, le soin « *prescrire l'exécution des recettes et des dépenses* »<sup>74</sup>. Bien que cette dépense soit effectuée pour le compte de l'établissement, on peut s'interroger quant à la légitimité pour le directeur de l'établissement support de la prescrire. En effet, il engage les dépenses de l'établissement partie, alors que ce dernier n'a pu qu'identifier un besoin, et sera chargé d'en assurer l'exécution. En lieu et place de la seule signature du marché par le directeur de l'établissement support, il peut être utile de prévoir une double signature, c'est-à-dire l'ajout de la signature du directeur de l'établissement partie, ce qui n'est pas cause d'irrégularité dès lors que l'acte comporte la signature de l'autorité compétente<sup>75</sup>, et permettrait d'asseoir la légitimité du contrat passé, afin sans doute d'en faciliter l'exécution.

---

<sup>72</sup> Décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, JORF 27 mars 2016

<sup>73</sup> DGOS, *Guide méthodologique, la fonction achat des GHT*, mai 2017, p. 17

<sup>74</sup> Art. 12 du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique, JORF 10 novembre 2012, p. 17713

<sup>75</sup> CE, 27 avril 1962, *Sicard*, n°50032, rec., p.279

Ce démembrement dans le temps de la fonction achat n'est toutefois pas le seul à pouvoir être observé. En effet, le démembrement de la fonction achat est également présent en fonction de la nature du contrat en cause.

## **Section 2 : Un démembrement en fonction de la nature du contrat en cause**

Le démembrement de la fonction achat en fonction de la nature du contrat en cause était, tout comme cela est le cas pour le démembrement dans le temps, initialement absent du texte législatif à l'origine du transfert de compétence, et n'apparaît qu'à la suite de l'intervention du pouvoir réglementaire.

La compétence de passation se trouve ainsi transférée à l'établissement support pour certains contrats alors qu'elle demeure aux mains de l'établissement partie pour d'autres. En plus des difficultés liées à la différenciation entre la qualification juridique du contrat, une difficulté majeure apparaît pour un contrat en particulier et nécessitant une attention spéciale, les marchés publics de travaux.

### **I- Les contrats délégués à l'établissement support**

La répartition opérée par le pouvoir réglementaire est relativement simple puisque reposant sur une distinction fondamentale entre les marchés d'une part et les autres contrats pouvant être conclus par les établissements de santé d'autre part, bien qu'une certaine forme d'aménagement des compétences soit possible.

#### *A- Tous les marchés publics, rien que les marchés publics*

L'article R.6132-16 du CSP énonce clairement que les contrats relevant de la fonction achat transférée à l'établissement support sont « *l'ensemble des marchés et leurs avenants* ». Il convient ainsi de définir ce qui correspond à un marché.

Un renvoi exprès à l'ordonnance relative aux marchés publics est effectué en ce qui concerne la passation et l'exécution des marchés, raison pour laquelle nous pouvons légitimement considérer que la définition retenue à l'article 4 de ce texte est applicable pour définir le marché dans le cadre du transfert de la fonction achat. Il s'agit donc des « *contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* ».

La qualité d'acheteur est reconnue aux pouvoirs adjudicateurs<sup>76</sup>, c'est-à-dire notamment aux personnes morales de droit public<sup>77</sup>, ce qui est le cas de l'établissement public de santé<sup>78</sup> membre du GHT. Force est donc d'admettre que la définition du marché est applicable aux contrats conclus à titre onéreux par les établissements publics de santé, dans le but de répondre à leurs besoins.

Les textes applicables en matière de transfert de la fonction achat évoquent simplement les marchés, sans définir de seuils. Pour cette raison, il convient de considérer que dès qu'un contrat peut être qualifié de marché, seul l'établissement support dispose de la compétence afin d'en réaliser la passation. Celui-ci est alors compétent de manière exclusive, dès le 1<sup>er</sup> euro, quel que soit la procédure utilisée ou le type de contrat, c'est-à-dire un marché, un accord-cadre, un marché à bon de commande. En raison de cette compétence exclusive de l'établissement support, les seuils de passation du marché devront désormais être appréciés de manière globale au niveau du groupement et non plus au niveau de chaque établissement.

Cependant, en raison même de l'utilisation du terme « *marchés* » par le CSP, certains contrats pouvant être passés par un établissement partie au GHT se trouve être automatiquement exclus du champ d'application de la fonction achat transférée. Il s'agit ainsi par exemple des contrats de concessions<sup>79</sup> en raison de la contrepartie ne résidant pas dans un prix fixe mais dans l'exploitation de l'ouvrage, qui peut être ou non assorti d'un prix. Ne sont pas non plus concernés par le transfert les contrats d'occupation du domaine public, étant donné que l'objet du contrat n'est alors pas de répondre aux besoins de l'établissement partie. L'article 7 de l'ordonnance exclue également de manière automatique la qualification de marché public aux contrats de travaux et aux subventions, ne rendant ainsi pas possible leur transfert automatique à l'établissement support du groupement.

Le morcellement de la fonction achat se manifeste donc en fonction de la nature du contrat en cause, seuls étant transférés de manière automatique les marchés publics. Toutefois, des aménagements peuvent être utilement prévus.

---

<sup>76</sup> Art. 9 de l'ordonnance relative aux marchés publics

<sup>77</sup> Art. 10 de l'ordonnance relative aux marchés publics

<sup>78</sup> Art. L.6141-1 CSP

<sup>79</sup> Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession

### *B- L'utile aménagement des compétences*

L'aménagement des compétences doit premièrement s'entendre comme une réappropriation d'une part de compétence par l'établissement partie au groupement. L'ensemble des marchés, dès le 1<sup>er</sup> euro, doit être passé par l'établissement support pour le compte des établissements parties, mais aucune disposition particulière n'interdit l'utilisation des délégations de signature. Il ne s'agit alors pas d'effectuer un nouveau transfert de compétence de l'établissement support vers l'établissement partie, mais simplement de permettre à une personne, dans ce cas particulier un acheteur de l'établissement partie, de signer à la place de l'établissement support et d'engager la responsabilité de ce dernier. L'acte est donc considéré comme étant pris non pas par l'agent de l'établissement partie, mais par l'établissement support. Cela va notamment être possible lorsque la passation du marché s'effectue sans formalités particulières, c'est-à-dire sans procédure de publicité et de mise en concurrence, ce qui doit être expressément prévu par un texte.

Ainsi, dès lors qu'un marché dont le montant est inférieur à 25.000 euros<sup>80</sup> est conclu pour répondre aux besoins d'un seul établissement, il est possible de prévoir qu'un personnel de l'établissement partie dispose de la compétence afin de signer le marché. Il s'agit ici de répondre de la meilleure façon possible aux besoins localisés d'un seul établissement. La logique du transfert de la fonction achat résidant dans un gain, notamment financier, en termes de massification de l'achat, il paraît logique que cette parcelle de compétence puisse demeurer attribuée à l'établissement partie, même s'il elle n'est pas exercée de manière autonome et exclusive, un contrôle étant nécessairement présent et l'établissement support pouvant décider de passer lui-même le contrat. Un marché peut également être passé sans procédure de publicité ou de mise en concurrence préalable dès lors qu'il répond à une situation d'urgence impérieuse « *résultant de circonstances imprévisibles pour l'acheteur et n'étant pas de son fait* » et devant se limiter aux prestations strictement nécessaires.<sup>81</sup> De nouveau, une délégation de signature de l'établissement support vers un personnel de l'établissement partie peut être envisagée, afin d'éviter une certaine forme de lourdeur administrative, pouvant entraîner un blocage de l'achat et des conséquences particulièrement néfastes pour l'établissement partie. Cela permet de

---

<sup>80</sup> Art. 30, I, 8° du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

<sup>81</sup> Art. 30, I, 1° du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

plus de ménager les sensibilités de l'ensemble des établissements parties, qui conservent une part de compétence pour certains de leurs marchés.

Bien que ces aménagements soient possibles, ils ne demeurent toutefois pas obligatoires, relevant de logiques internes au groupement et non imposés par les textes législatifs ou réglementaires.

L'aménagement des compétences doit également être entendu dans un sens opposé, c'est-à-dire vers davantage de compétence transférée à l'établissement support. En effet, des difficultés peuvent parfois apparaître dans la qualification de certains contrats, pouvant éventuellement entraîner une requalification par le juge à l'occasion d'un litige. Les règles juridiques applicables en termes de passation peuvent ne plus être exactement identiques, mais ce qui est ici particulièrement intéressant est que dans le cadre du transfert de la fonction achat, l'autorité qui était compétente pour passer le contrat peut ne plus l'être à la suite de la requalification. A titre d'exemple, si un bail emphytéotique est requalifié en marché public, l'autorité compétente ne sera plus l'établissement partie au groupement mais l'établissement support, entraînant de fait une incompétence, pouvant être à l'origine de graves conséquences. Il peut donc être particulièrement intéressant dans le cadre du groupement de prévoir, en complément du transfert de compétence prévu pour les marchés publics soumis à l'ordonnance, une délégation de compétence pour l'ensemble des autres contrats. Cela permet ainsi aux établissements parties de bénéficier de l'expertise en termes de passation de l'établissement support, tout en conservant une certaine forme de contrôle sur ces actes, notamment grâce à la définition d'objectifs à atteindre. La délégation n'étant pas définitive et devant être prévue par une convention, il est donc possible de prévoir initialement une durée relativement courte, qui peut par la suite et en cas de succès de l'opération, être prorogée.

## **II- L'épineuse question des marchés publics de travaux**

L'identification de l'autorité compétente afin d'effectuer certains actes est fondamentale. Réalisée de manière relativement simple dans certaines situations, elle s'avère être particulièrement complexe en ce qui concerne les marchés publics de travaux.

### A- Un constat : Deux lois potentiellement en opposition

A l'occasion des marchés publics de travaux, une personne particulièrement importante doit être identifiée, le maître d'ouvrage. L'application combinée des articles 1 et 2 de la loi MOP du 12 juillet 1985<sup>82</sup> permet de conclure qu'il peut s'agir d'un établissement public et donc a fortiori d'un établissement public de santé. Il se définit comme « *la personne morale pour laquelle l'ouvrage est construit* », c'est-à-dire selon le Conseil d'Etat<sup>83</sup>, que l'ouvrage est conçu pour répondre à ses besoins et destiné à lui être remis dès son achèvement. L'article 2 de la loi MOP ajoute de plus que « *responsable principal de l'ouvrage, il remplit dans ce rôle une fonction d'intérêt général dont il ne peut se démettre* ». Par conséquent, dès lors qu'un marché public de travaux ayant pour objet la réalisation d'un ouvrage pour un établissement public de santé est conclu, le maître d'ouvrage devrait donc être, en application de cette loi, l'établissement concerné, et notamment l'établissement partie à un groupement hospitalier de territoire, sans que celui-ci ne puisse s'en démettre, c'est-à-dire se retirer de cette charge pesant sur lui.

Les obligations du maître de l'ouvrage sont également précisées par cet article, parmi lesquelles figurent notamment le choix du processus ainsi que la conclusion des contrats pour l'exécution des travaux, correspondant donc à des actes de passation du marché public de travaux. En application de la loi MOP, ces actes doivent être réalisés par le maître d'ouvrage, c'est-à-dire la personne pour le compte de laquelle l'ouvrage est construit, qui peut être l'établissement support mais également un établissement partie au groupement.

Le marché public de travaux est, en application de l'article 4 de l'ordonnance relative aux marchés publics, « *un contrat conclu à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs (...) avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux* ». Dans le cadre du GHT, aucune disposition législative ne concerne particulièrement ce type de contrat, seul le transfert de « *la fonction achat* », sans autre précision, étant prévu. Par conséquent, étant donné que ceux-ci relèvent de la catégorie des marchés publics, ils devraient, comme nous

---

<sup>82</sup> Loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, JORF 13 juillet 1985, p. 7914

<sup>83</sup> CE, sect., 8 février 1991, *Région Midi-Pyrénées*, n°57679, BJCP 1999, n°6, p.503, note PELLISSIER ; CE, 25 février 1994, *SOFAP Marignan*, n°144641-145406 ; CE, avis, 31 janvier 1995, n°356960 ; CE, 17 juin 2009, *Société anonyme d'économie mixte nationale Bibracte*, n°297509, JCP A 2009, n°44, p.32, note COURREGES ; BJCP, 2009, n°66, p.379, note BOULOUIS

venons de le voir, être passés par l'établissement support du groupement, l'établissement partie ne disposant plus de la compétence.

L'opposition entre ces deux lois s'avère ainsi être particulièrement présente, la compétence étant transférée de manière générale à l'établissement support dans le cadre du GHT par la loi de modernisation de notre système de santé, alors que les actes de passation doivent être réalisés par l'établissement partie si les travaux sont réalisés pour son compte, en application de la loi MOP.

Cette difficulté a notamment été pointée du doigt par le syndicat des managers publics de santé (SMPS)<sup>84</sup> à l'occasion d'un courrier adressé à la DGOS le 4 décembre 2017, dans lequel est demandé une clarification du dispositif dans un but de sécurisation juridique pour les établissements de santé, qui en l'état actuel du droit, doivent choisir entre l'application de deux lois, véritablement en opposition.

La demande ne restera pas sans réponse, mais force est de constater que la solution apportée, de manière extrêmement rapide, peut être juridiquement contestable.

#### *B- Une réponse juridiquement contestable*

Dans sa réponse du 7 décembre 2017, la DGOS considère que cette problématique a déjà été étudiée en lien avec la DAJ du Ministère de l'Economie et des Finances et qu'aucune difficulté particulière n'est présente. En effet, tel que cela est également présenté dans le Guide Méthodologique de la Fonction Achat édité dès mai 2017, ni la loi ni les travaux parlementaires ont réservé le transfert de compétence aux seuls achats de fournitures et de services, incluant donc également les marchés publics de travaux. Il est dès lors recommandé d'appliquer l'adage *specialia generalibus derogant*, selon lequel une loi spéciale déroge à une loi générale.

Il convient toutefois de s'interroger quant à la possibilité d'appliquer ce principe, c'est-à-dire s'interroger quant au caractère général de la loi MOP et au caractère spécial de la loi MSS. Les dispositions de la loi MOP sont applicables à l'ensemble des situations, dès lors qu'un marché public de travaux est conclu, permettant ainsi de conclure aisément au caractère général de cette loi. Le caractère de loi spéciale pour la loi MSS semble toutefois poser plus de difficultés. En effet, pour être spéciale, une loi doit ne concerner qu'une situation particulière, étant entendu en ce

---

<sup>84</sup> SMPS, Communiqué de presse, *Fonction achat des GHT : Les incertitudes persistent alors que l'échéance est proche*, 6 décembre 2017

qui nous concerne comme étant le transfert de la maîtrise d'ouvrage à l'établissement support du groupement. Or, l'article 107 de la loi MSS intégré à l'article L.6132-3 du CSP n'évoque pas directement la maîtrise d'ouvrage, mais simplement la « *fonction achat* », sans qu'une définition législative ne soit apportée. On peut donc considérer que cette loi est spéciale sur certains aspects tels que les pouvoirs du directeur de l'établissement de santé puisqu'un régime dérogatoire est directement prévu par le 6<sup>e</sup> alinéa de l'article L.6143-7 du code, mais ne possède pas de caractère spécial en ce qui concerne les actes de passation des marchés publics de travaux. L'application de l'adage *specialia generalibus derogant* se trouve donc être juridiquement impossible.

Il convient alors de se demander si une autre justification est possible. L'article R.6132-16 du CSP, apporte les premiers éléments de définition concernant la fonction achat transférée, en y faisant notamment apparaître les actes de passation des marchés publics. On comprend donc à la lecture de ces dispositions que le pouvoir réglementaire souhaite que les actes de passation de l'ensemble des marchés, y compris les marchés publics de travaux, soient transférés à l'établissement support du groupement, par dérogation à la loi MOP. Toutefois, ce texte ne dispose que d'une valeur réglementaire, et est donc dans l'obligation, en application de la hiérarchie des normes, d'être conforme à la loi. En raison de cette obligation de conformité, il est impossible qu'une disposition réglementaire déroge à la loi. Par conséquent, la maîtrise d'ouvrage étant prévue par la loi, seule une autre loi peut y déroger, et donc la maîtrise d'ouvrage demeure une compétence exercée par l'établissement partie au groupement hospitalier de territoire.

La réponse apportée par la DGOS semble donc juridiquement contestable, voire même erronée. Afin d'obtenir une sécurisation parfaite du dispositif, une modification législative s'avère donc nécessaire. Deux possibilités sont alors ouvertes. La première consisterait à laisser la maîtrise d'ouvrage à l'établissement partie et donc la passation des actes concernant les marchés publics de travaux, ce qui serait totalement incohérent avec l'objectif de transfert de la fonction achat et la réponse apportée par la DGOS. La seconde modification législative possible serait d'accorder le caractère spécial à la loi MSS, en visant expressément la loi MOP et en apportant une véritable dérogation pour les marchés publics de travaux conclus pour le compte des établissements parties au GHT.

## **Partie 2 : Conséquences organisationnelles du transfert**

Devant nécessairement être opérationnel au plus tard le 1<sup>er</sup> janvier 2018, le transfert de la fonction achat dans le cadre du GHT emporte, comme nous avons précédemment pu l'observer, de nombreuses interrogations et conséquences en ce qui concerne notamment son existence, les effets juridiques qui s'y rattachent, ou bien encore la définition de son contenu.

Toutefois, au-delà de ces conséquences juridiques, le transfert emporte également des incidences dans l'organisation même de la fonction achat, c'est-à-dire son fonctionnement, sa direction. En effet, l'exercice d'une compétence nécessite un ensemble d'éléments pour pouvoir être réalisée, tels que des biens, des personnels, ou même un cadre d'action précis. Une modification de l'organisation préalablement existante s'avère ainsi indispensable.

Non prévues dans les textes ayant une valeur législative et de manière partielle par les textes à valeur réglementaire, ces conséquences organisationnelles se manifestent notamment dans deux directions, à savoir pour les établissements publics de santé d'une part, et pour les personnels y exerçant leur activité d'autre part.

## **Chapitre 1 : Les conséquences de ce transfert pour les établissements de santé**

Jusqu'ici soumis aux seules règles de la commande publique, les établissements publics de santé bénéficiait d'une indépendance totale. La création des GHT et le transfert légal de la fonction achat vers l'établissement support est ainsi à l'origine d'un véritable bouleversement. En effet, en raison du cumul de compétences entre établissement support et établissements parties, l'existence et le recours aux marchés publics se trouve nécessairement modifié. De plus, au sein même de la fonction achat transférée, une organisation doit également être définie, pensée, afin de pouvoir être la plus efficace et efficiente possible.

### **Section 1 : Des conséquences primordiales pour les marchés publics**

En raison de la monopolisation de la compétence relative à la passation des marchés publics par l'établissement support, il est particulièrement intéressant pour celui-ci que soit mise en œuvre une convergence de l'ensemble de ces contrats au sein du groupement. Cependant, cette exclusivité n'annihile pas totalement la possibilité de recours à d'autres outils permettant la réalisation de l'achat.

#### **I- La nécessaire convergence des marchés publics des établissements**

Bien que non prévue de manière contraignante et pouvant donc revêtir de nombreuses formes, la convergence des marchés apparaît comme véritablement utile dans la logique des GHT et du transfert de la fonction achat.

##### *A- La mise en œuvre pratique de cette convergence*

Jusqu'au 31 décembre 2017, chaque établissement public de santé était compétent afin d'effectuer la passation de ses propres marchés, raison pour laquelle chaque établissement disposait de nombreux contrats afin de répondre à ses propres besoins de services, fournitures ou travaux, c'est-à-dire en termes d'achats.

Bien que cette compétence soit transférée depuis 1<sup>er</sup> janvier 2018 à l'établissement support, les établissements doivent nécessairement pouvoir continuer de bénéficier des marchés qui leurs sont nécessaires. De plus, l'établissement support ne peut refuser de passer un marché dès lors que le besoin est identifié par l'établissement partie, ce qui peut donc potentiellement l'amener à passer plusieurs marchés pour répondre à des besoins similaires. Il est donc particulièrement utile, dans un souci de

simplification et de réduction du nombre de procédures, de répondre aux besoins analogues des établissements par la passation d'un marché unique.

Toutefois, à la date du transfert de compétence à l'établissement support, de nombreux marchés sont encore en cours, ne possédant pas tous, de manière extrêmement logique, la même date de fin. Il paraît parfaitement inutile que les établissements parties bénéficient de leur propre marché conclu avant le transfert, et pour le même besoin, du marché passé par l'établissement support pour le compte de l'ensemble des établissements. Cela contreviendrait en effet à l'esprit même du transfert de la fonction achat à un seul établissement, résidant notamment dans une réduction de la dépense publique. Il convient donc de synchroniser les dates de renouvellement des contrats conclus avant le transfert afin d'aboutir *in fine* à la conclusion d'un marché unique pour l'ensemble des établissements du groupement, c'est-à-dire une convergence des marchés.

Non imposée par les textes de valeur législative ou réglementaire, cette synchronisation est néanmoins intégrée au sein du Vadémécum relatif au GHT<sup>85</sup> et du guide méthodologique de la fonction achat<sup>86</sup>, lui donnant la caractéristique de recommandation appuyée. La date du 31 décembre 2020, soit 3 ans après le transfert effectif de la fonction achat à l'établissement support, est proposé comme date de réalisation du processus.

Afin d'obtenir à un tel résultat, force est de constater que les établissements devront réaliser ensemble un important travail d'analyse global, notamment en termes d'identification de l'ensemble des marchés passés par l'intégralité des membres du groupement et leur date d'échéance. Il convient de plus par la suite d'identifier ceux pour lesquels la convergence ne s'avère pas nécessaire, notamment en raison des caractéristiques propres au marché ou à l'établissement, tel que par exemple pour les hôpitaux des armées ou les établissements médico-sociaux. Ce travail permettra ainsi d'aboutir à la passation d'un marché unique pour l'ensemble des établissements et donc la définition commune du besoin, en lien avec le but même du GHT, à savoir l'amélioration de la qualité et de la prise en charge du patient.

En absence de texte l'organisant de manière contraignante, la convergence va pouvoir être réalisée de manière différente entre chaque groupement, de nombreux dispositifs peuvent ainsi être utilisés. La solution retenue va ainsi varier notamment

---

<sup>85</sup> DGOS, *GHT, Mode d'emploi, Vadémécum*, mai 2016, p. 62

<sup>86</sup> DGOS, *Guide méthodologique, la fonction achat des GHT*, mai 2017, p. 99

en raison de la taille du groupement et donc du nombre de contrats actuellement en cours. Certaines solutions s'avèrent avantageuses alors que d'autres paraissent pour le moins défavorables. La réalisation d'un diagnostic est donc un préalable nécessaire, devant être réalisé avec le plus de précision possible.

### *B- Un choix élargi de dispositifs*

Peut premièrement être utilisé le transfert de propriété du marché, c'est-à-dire sa cession à l'établissement support, ce qui est possible uniquement avec l'accord du titulaire du marché<sup>87</sup>, le cocontractant de l'établissement partie. Ce transfert s'accompagne alors de la cession de l'ensemble des droits et obligations<sup>88</sup>. Il en résulte que l'établissement partie ne peut plus bénéficier des effets du marché, raison pour laquelle il est primordial qu'il n'ait plus intérêt à la poursuite des relations contractuelles, à la différence de l'établissement support. Ce mécanisme ne permet donc pas véritablement la synchronisation des marchés, mais est utile dans le cas du contrat d'assistance à la maîtrise d'ouvrage, la passation des marchés publics de travaux et donc la maîtrise d'ouvrage étant, bien que des interrogations demeurent, transférées à l'établissement support.

La seconde possibilité est la signature par l'établissement support d'avenants au contrat initial permettant la prolongation de l'ensemble des marchés jusqu'à une date commune. Il convient de distinguer deux situations, en fonction de la date de la consultation ou de l'avis d'appel public à la concurrence réalisé à l'occasion du marché initial. Pour ceux réalisés avant le 1<sup>er</sup> avril 2016, s'appliquent les dispositions du code des marchés publics<sup>89</sup>, et donc un avenant ne peut intervenir que s'il ne bouleverse pas l'économie du marché ni en change l'objet<sup>90</sup>. Bien que l'appréciation du pourcentage permettant de qualifier ce bouleversement pour l'économie du marché relève du cas par cas, il faut en pratique que cette augmentation ne dépasse pas 10 à 20%<sup>91</sup>. En revanche, pour ceux réalisés après le 1<sup>er</sup> avril 2016, se sont les dispositions de l'ordonnance<sup>92</sup> qui trouvent à s'appliquer et il est alors expressément prévu que le marché ne peut être modifié par voie d'avenant que si le montant de la

<sup>87</sup> CE, 6/2 ssr., 25 octobre 1978, OCIB, n°99491 et n°99492

<sup>88</sup> CE, Section des finances, Avis, 8 juin 2000, n°364803 ; BJCP 2001, n°15, p.94, note GLASER ; revue des concessions et des délégations de service public, 2000, n°10, p.121, note BETTINGER

<sup>89</sup> Décret n°2006-975 du 1<sup>er</sup> août 2006 portant code des marchés publics, JORF 4 août 2006, p.11627

<sup>90</sup> Art. 20 du décret n°2006-975 du 1<sup>er</sup> août 2006 portant code des marchés publics

<sup>91</sup> Conclusions du commissaire du Gouvernement PIVETEAU à propos de l'arrêt CE, 30 juillet 2003, *Commune de Lens*, n°223445

<sup>92</sup> Ordonnance n°2015-360 du 25 mars 2016 relative aux marchés publics

modification est inférieure aux seuils européens et n'excède pas un certain taux<sup>93</sup>. Il convient donc pour les établissements parties d'être particulièrement vigilants quant à la modification apportée au marché par la signature de l'avenant. Les contrats sont de plus soumis à des durées maximales qui ne peuvent pas être dépassées, de 4 ans pour les marchés à bon de commande<sup>94</sup> et les accords-cadres<sup>95</sup>. Cette solution permet d'aboutir à une véritable convergence des marchés, mais peut s'avérer risquée, notamment si l'échéance des contrats est particulièrement lointaine, la modification du contrat ne pouvant qu'être restreinte.

Il est également possible d'attendre l'échéance des marchés en cours. Un nouveau contrat est alors passé pour chaque établissement partie par l'établissement support, pour une période allant de la fin du contrat jusqu'à une date identique pour l'ensemble des établissements. Cette solution ne présente aucuns risques juridiques, mais est peu utile. En effet, de nombreux contrats devront être passés, pour une durée parfois extrêmement courte entre la date de fin du contrat initial et la date de convergence définie par le groupement.

Une dernière solution envisageable est la résiliation des marchés en cours, puis la passation d'un nouveau marché commun à l'ensemble des établissements. Un pouvoir adjudicateur peut, en raison de l'application des règles applicables aux contrats administratifs, toujours mettre fin de façon unilatérale à un contrat avant son terme<sup>96</sup>, et donc en particulier pour un marché public, dès lors qu'elle se fonde sur un motif d'intérêt général contrôlé par le juge, et que le cocontractant bénéficie d'une indemnisation. La DGOS semble ici douter de la présence d'un motif d'intérêt général permettant d'obtenir une résiliation<sup>97</sup>. En effet, la convergence, bien que fortement conseillée, n'est pas obligatoire, et la résiliation ne peut donc pas se fonder sur une modification de réglementation, motif admis par la jurisprudence<sup>98</sup>. Il paraît donc juridiquement risqué de résilier les contrats pour ce motif. Quand bien même cette résiliation serait admise par le juge, l'établissement partie devrait automatiquement, sauf si une clause contraire dans le contrat initial l'en dispense<sup>99</sup>, verser à son cocontractant une indemnisation correspondant à la réparation intégrale

---

<sup>93</sup> Art. 139, 6° du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

<sup>94</sup> Art. 77 du décret n°2006-975 du 1<sup>er</sup> août 2006 portant code des marchés publics

<sup>95</sup> Art. 76 du décret n°2006-975 du 1<sup>er</sup> août 2006 portant code des marchés publics ; Art. 78 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

<sup>96</sup> CE, Ass., 2 mai 1958, *Distillerie Magnac-Laval*, Rec., p.246

<sup>97</sup> DGOS, *Guide méthodologique, la fonction achat des GHT*, mai 2017, p. 102

<sup>98</sup> CAA. Bordeaux, 20 décembre 1990, *Département des Pyrénées Atlantiques*, n°89BX01164

<sup>99</sup> CE, 31 janvier 1968, *OPHLM d'Alès*, n°69783, Rec.

du préjudice subi<sup>100</sup>, et éventuellement une indemnisation en raison du gain manqué, s'il arrive à apporter la preuve qu'il aurait réalisé un bénéfice<sup>101</sup>. Cette solution, difficilement envisageable juridiquement en raison de la difficile reconnaissance du motif d'intérêt général, peut donc s'avérer particulièrement onéreuse, raison pour laquelle elle doit nécessairement être écartée.

L'utilisation d'avenants semble donc être le dispositif le plus adéquat à mettre en œuvre afin de procéder à la convergence des marchés, mais une application au cas par cas ne doit pas être rejetée, les autres méthodes pouvant, dans certaines hypothèses, être valablement utilisées. Afin de réaliser les achats et passer les marchés, les GHT semblent également disposer d'autres outils.

## **II- Le recours à des groupements de commandes ou centrales d'achat**

Les groupements de commandes et les centrales d'achats sont deux dispositifs permettant à des personnes morales d'effectuer des achats en réduisant notamment les coûts des prestations achetées en raison de la massification même de l'achat. Ces deux dispositifs semblent donc pouvoir être utilisés dans le cadre des GHT.

### *A- Le groupement de commande*

Selon l'ordonnance relative aux marchés publics, un groupement de commande peut être constitué entre des acheteurs afin de passer des marchés publics<sup>102</sup>, mais ne dispose pas de la personnalité morale. Pour cette raison, une convention constitutive doit nécessairement être conclue entre les membres du groupement, permettant la définition des règles de fonctionnement. De plus, chaque membre doit être intéressé à la conclusion des marchés publics qui seront conclus.

Le recours à ce dispositif apparaît ainsi comme particulièrement intéressant pour la fonction achat, le rapport de fin de mission de MARTINEAU et HUBERT proposant d'ailleurs d'ériger chaque GHT en groupement de commande<sup>103</sup>. Le Vadémécum de la DGOS de 2016 considère d'ailleurs que le groupement de commande est un « levier essentiel pour la mise en œuvre de la fonction achat »<sup>104</sup>.

---

<sup>100</sup> CE, 7 août 1874, *Hotchkiss et Coolidge*, Rec. p.825 ; CE, 15 juillet 1959, *Société des alcools du Vexin*, Rec. p. 451

<sup>101</sup> CE, 5/3 s.s., 24 janvier 1975, *Clerc Renaud*, n°87259, rec.

<sup>102</sup> Art. 28 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics

<sup>103</sup> J. HUBERT et F. MARTINEAU, *Mission groupement hospitalier de territoire, rapport de fin de mission*, février 2016, p.25

<sup>104</sup> DGOS, *GHT, Mode d'emploi, Vadémécum*, mai 2016, p. 62

Une difficulté apparaît toutefois en raison du fait qu'un groupement de commande repose nécessairement sur une convention constitutive définissant les règles de fonctionnement du groupement, et notamment les modalités de passation des futurs marchés publics pour le compte de l'ensemble des membres. Or, les établissements parties ne disposent plus de la compétence afin de passer leurs marchés, celle-ci étant transférée à l'établissement support. Ne pouvant pas transférer une compétence dont ils ne disposent plus, force est de constater que l'établissement support devra donc, pour l'intégralité des établissements membres du GHT, adhérer à un groupement de commande, dont il sera automatiquement le coordonnateur. Certains auteurs s'interrogent alors sur la possibilité de reconnaître la convention constitutive du GHT comme étant directement une convention cadre de groupement de commande<sup>105</sup>. En absence de disposition particulière en ce sens, et de l'obligation de définir pour chaque achat les membres faisant partie du groupement de commande, chaque établissement n'ayant nécessairement pas les mêmes besoins que tous les autres, force est de constater que l'utilisation de ce dispositif, bien que permettant des gains financiers grâce à la massification de l'achat, s'avère particulièrement inutile dans le cadre du GHT.

Notamment à cause de ces difficultés, la proposition de constituer chaque GHT en groupement de commande n'a pas été retenue par le pouvoir réglementaire à l'occasion du décret du 2 mai 2017, et même considérée comme inutile par l'instruction du 4 mai 2017, en raison du transfert de compétence déjà effectué au profit de l'établissement support.

La constitution du GHT comme groupement de commande paraît donc peu opportune, l'établissement support disposant de l'ensemble des compétences relatives à la passation des marchés. Toutefois, il peut être utile à l'établissement support d'adhérer lui-même à un groupement de commande, effectuant dès lors pour son compte la passation des marchés. L'exécution du marché continuera de relever de la compétence de l'établissement partie concerné, dès lors que l'adhésion au groupement de commande n'a pas pour objet l'exécution et la passation du marché. Si l'adhésion au groupement de commande a pour objet la passation et l'exécution du marché, l'établissement support devra adhérer pour la phase de passation et l'établissement partie pour la phase d'exécution.

---

<sup>105</sup> C. LEGENTIL, *Maîtriser les outils juridiques de la fonction achat*, RHF n°572, septembre-octobre 2016, p.47-50

Enfin, la création des GHT ne remet pas directement en cause les situations contractuelles existantes en ce qui concerne l'appartenance des établissements à un groupement de commande. Toutefois, l'établissement support devient juridiquement le seul responsable du recours ou non à un tel groupement pour l'ensemble des établissements du GHT, cet acte correspondant à un acte de stratégie d'achat, relevant donc de la fonction achat transférée. Par conséquent, chaque établissement peut bénéficier de marchés indépendamment des autres membres du groupement, dès lors que l'établissement support y consent. Cette possibilité rend cependant plus difficile voire impossible, de fait, la définition du GHT comme échelon pertinent de mise en œuvre de la politique et de l'organisation des achats.

### *B- La centrale d'achat*

La centrale d'achat est un dispositif également prévu par l'ordonnance relative aux marchés publics. A la différence du groupement de commande, ce n'est pas un regroupement d'acheteur mais un acheteur à proprement parler, qui exerce des activités d'achats centralisées soit pour l'acquisition de fournitures et services destinés à des acheteurs (appelé alors centrale d'achat grossiste), soit la passation des marchés publics de travaux, de fournitures ou de services destinés à des acheteurs (appelé alors centrale d'achat intermédiaire)<sup>106</sup>. De plus, la centrale d'achat dispose de la personnalité juridique et n'a pas à satisfaire un besoin propre pour pouvoir passer un marché public. Les deux dispositifs partagent en revanche le même objectif, à savoir la réduction des coûts liés à l'achat, notamment grâce à la massification, tout en bénéficiant d'une expertise dans le processus d'achat.

La question de l'utilisation de ce dispositif dans le cadre du GHT se dédouble, à savoir d'une part la possibilité pour l'établissement support de se constituer en centrale d'achat, et d'autre part la possibilité d'avoir recours à une centrale d'achat extérieure au groupement.

Tout acheteur public peut se constituer centrale d'achat, dans les limites de ses statuts et de sa compétence<sup>107</sup>. Il est ainsi possible, l'établissement support étant un pouvoir adjudicateur, que celui-ci se constitue en centrale d'achat fermée réservée aux membres du GHT. Agissant alors en tant que centrale d'achat intermédiaire, il

---

<sup>106</sup> Art. 26 ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics

<sup>107</sup> CAA Marseille, 5 juillet 2004, *Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest Provence* n°04MA01109 ; JCPA, 2004, n°42, p.1300, note DELIANCOURT

passerait l'intégralité des marchés, sans se charger de leur exécution, compétence conservée par l'établissement partie. En cas de litige concernant la passation du marché, seule la responsabilité de l'établissement support agissant comme centrale d'achat pourrait alors être recherchée. Une telle création paraît donc totalement inutile, n'apportant pas de nouveauté par rapport à l'exercice de la fonction achat transférée.

Se pose également la question, non plus de la constitution de l'établissement support en centrale d'achat fermée, mais du recours à une centrale d'achat tierce. Il peut alors s'agir tout à la fois d'une centrale d'achat grossiste ou intermédiaire. Un lien contractuel devra nécessairement être identifié entre la centrale d'achat et l'établissement de santé, prenant la forme d'un marché public de service d'achat centralisé qui, en application du droit européen<sup>108</sup> transposé en droit français<sup>109</sup>, ne doit pas être soumis aux formalités de publicité et de mise en concurrence. Toutefois, l'existence même de ce lien contractuel suppose tant des formalités de passation que d'exécution. Or, ce contrat étant un marché public, la compétence en matière de passation appartient seulement à l'établissement support. Dès lors, l'établissement partie ne pourra pas, de son propre chef, avoir recours à une centrale d'achat. Il ne pourra le faire qu'à la condition qu'une convention cadre ait été préalablement conclue pour son compte entre l'établissement support et la centrale d'achat. Ce dispositif ne semble donc une nouvelle fois que peu intéressant.

Tel que pour le groupement de commande, la constitution d'une centrale d'achat fermée par l'établissement support ou l'utilisation d'une centrale d'achat tierce ne paraît que peu intéressante, ne permettant pas de résoudre les difficultés liées au transfert de la fonction achat opéré par la loi, voire même en rajoutant, raison pour laquelle l'instruction interministérielle du 4 mai 2017 considère comme non nécessaire de « *doubler le GHT d'une formule d'achat groupé ou centralisé* ».

En plus d'emporter des conséquences pour les marchés publics, le transfert de la fonction achat va également entraîner, pour les établissements de santé, des conséquences organisationnelles.

---

<sup>108</sup> Directive n°2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive n°2004/18/CE

<sup>109</sup> Art. 28, II de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics

## **Section 2 : Une organisation de groupement à mettre en œuvre**

En raison du transfert de certaines compétences des établissements parties à l'établissement support, la fonction achat doit nécessairement être organisée au niveau du groupement. Une grande liberté est alors laissée, allant même jusqu'à la possibilité utilisation de dispositifs juridiques initialement prévus pour répondre à d'autres besoins.

### **I- La libre organisation de la fonction achat de groupement**

Chaque groupement doit définir l'organisation qui sera la plus efficace et efficiente à son niveau, en raison de l'absence volontaire de modèle type ayant valeur contraignante, ce qui s'avère donc être à l'origine d'une multitude de combinaisons possibles.

#### *A- L'absence volontaire d'organisation type*

Aucun texte relatif à la fonction achat n'aborde la question au demeurant essentielle de l'organisation de celle-ci. En effet, la loi n'évoque la fonction achat que pour prévoir un exercice de l'établissement support pour le compte des établissements parties, et les décrets<sup>110</sup> ne prévoient que le contenu de la fonction achat transférée. Or, avant même l'exercice d'une compétence ou d'une fonction, une organisation doit nécessairement être adoptée. Cette absence de prescription est d'ailleurs expressément prévue par l'instruction interministérielle du 4 mai 2017, considérant que « *le directeur de l'établissement support dispose, avec les établissements parties, d'une grande latitude pour définir les modèles organisationnels (...)* », notamment dans le cadre de la fonction achat.

Des interrogations peuvent légitimement être entendues à la suite de cette décision. En effet, en raison du caractère inédit du transfert opéré et du morcellement de la fonction, une organisation complètement nouvelle doit nécessairement être mise en place, ce qui est par nature chronophage. De plus, une organisation différente peut être retrouvée dans chacun des 135 GHT, entraînant de fait des difficultés en ce qui concerne notamment l'évaluation de l'un des modes de fonctionnement par rapport à l'autre, ou encore dans l'appréhension du dispositif retenu par les tiers, tels que les opérateurs économiques ayant nécessairement à interagir avec les établissements

---

<sup>110</sup> Décrets n°2016-524 du 27 avril 2016 et n°2017-701 du 2 mai 2017

parties et support du groupement. Une organisation type, définie et contraignante de la fonction achat aurait par conséquent permis au pire une clarification des compétences au bénéfice des tiers et parfois même des acteurs hospitaliers eux-mêmes, au mieux une sécurisation juridique.

Une telle solution n'a pas été retenue, mais cette carence s'avère être particulièrement intéressante et véritablement utile pour les établissements. En effet, il paraît logique et opportun de laisser aux groupements une certaine marge d'appréciation, permettant ainsi une prise en considération de leur situation propre. Le mode organisationnel retenu par le plus petit et le plus important groupement ne sera assurément pas le même. De plus, même pour des GHT de taille identique en termes de membres, d'autres éléments vont faire varier le mode organisationnel le plus adapté, tel que le cadre géographique d'implantation de celui-ci, son budget, le nombre d'agents affectés à la fonction achat et leur niveau d'expertise. La présence d'une contrainte n'aurait donc pas permis une prise en compte de ces éléments, ce qui aurait été dommageable pour le groupement. Secondement, cette absence permet assurément d'emporter plus facilement l'adhésion de l'ensemble des établissements dans le transfert de leurs fonctions et donc de lutter contre le sentiment de dépossession ressenti par certains. Ainsi, bien que l'établissement support dispose seul de la compétence de définition de l'organisation pour la fonction achat transférée, force est de constater que, comme l'instruction le recommande, cette définition a le plus souvent été élaborée en concertation avec l'ensemble des établissements. Cette liberté d'organisation permet enfin une prise en compte des situations préalablement existantes. En effet, le GHT n'étant pas le premier outil de coopération, les établissements ont pu préalablement développer des relations particulières avec d'autres acteurs, notamment des relations de confiance, d'entraide ou d'assistance. Dès lors, une organisation contraignante n'aurait pas permis de s'appuyer sur ces relations qui peuvent s'avérer précieuses dans la définition d'une méthode de travail collaboratif.

L'absence volontaire d'organisation type d'organisation pour la fonction achat transférée paraît ainsi être une solution véritablement intéressante. En raison même de cette liberté, il convient d'analyser les modes d'organisations possibles.

### *B- Une multitude d'organisations possibles*

Alors même que comme nous venons de le voir, aucune disposition particulière ne prescrit un mode d'organisation en particulier, la DGOS s'est attachée, par le biais de son guide méthodologique, à formuler des recommandations, permettant une adaptation à chaque groupement.

Il est ainsi premièrement recommandé que ne soit mis en place une seule équipe achat par GHT, regroupant les personnels des établissements support et parties, ce qui relève de l'évidence. La création de plusieurs équipes, bien que possible théoriquement, serait donc en parfaite opposition avec l'objectif de faire du GHT l'échelon pertinent pour la mise en œuvre d'une politique et de l'organisation des achats. Cela permet de plus la création d'un véritable lien fonctionnel à l'intérieur du groupement.

Deux modes d'organisations sont de plus présentés, à savoir une organisation pyramidale, une autre matricielle. Aucune contrainte ne pesant sur les établissements, ceux-ci demeurent parfaitement libre d'adopter l'une ou l'autre des organisations, voir même un modèle mixte, répondant de manière optimale à leurs besoins. Dans le mode d'organisation pyramidal, les personnels travaillant au sein de la fonction achat y exercent l'intégralité de leur activité. Ils sont soumis au pouvoir hiérarchique du référent achat de l'établissement partie qui est lui-même sous l'autorité du directeur des achats de l'établissement support. En raison de cette caractéristique d'emploi à temps plein pour la fonction, l'ensemble des groupements, notamment les plus petits, ne pourront pas opter pour cette organisation. Le mode d'organisation matriciel répondra alors davantage à leurs besoins, c'est-à-dire que les agents de la fonction achats exerceront leur activité à temps partiel, en complément d'une autre activité au sein de l'établissement partie. Ils seront donc sous l'autorité hiérarchique d'un responsable de l'établissement partie pour leur activité annexe, et sous l'autorité fonctionnelle du référent achat de l'établissement dans l'exercice de leur mission liée à cette fonction. On s'aperçoit alors clairement que le rôle de référent achat est un rôle clé, en ce sens qu'il doit assurer la transmission, faire le lien entre l'établissement support et l'établissement partie au groupement. Ces deux modes d'organisations présentent l'avantage d'englober l'ensemble des situations, mais ne règle pas la question de l'organisation à l'intérieur même de la fonction achat, c'est-à-dire de l'organisation fonctionnelle.

Celle-ci fait également l'objet de recommandations de la DGOS. Une répartition peut ainsi être effectuée en fonction des différents secteurs d'achats, plus ou moins divisés, dépendant nécessairement, de manière parfaitement logique, du contexte même du groupement. Plus il sera important en termes de personnels, de budget et de membres, plus la division sera nécessaire et donc la spécialisation présente.

Le modèle organisationnel retenu peut enfin être totalement centralisé par l'établissement support tel que c'est le cas pour le GHT Rouen Cœur de Seine, partiellement centralisé voire même décentralisée tel que pour le GHT Haute-Garonne Tarn Ouest. En complément de ces modes d'organisations, il est également possible que l'établissement support se constitue en centrale d'achat fermée ou en groupement de commande, même si cela n'est pas véritablement un avantage, comme nous avons pu préalablement l'observer.

Ces possibilités pouvant donc être choisies et même aménagées, le mode d'organisation de la fonction achat relève véritablement d'un choix, d'une politique élaborée au niveau du groupement, devant nécessairement être le plus adapté à sa situation particulière et suffisamment clair afin de prévenir tout risque de litiges.

## **II- Le recours possible à d'autres outils juridiques non spécialement prévus pour la fonction achat ?**

GCS et direction commune sont deux outils juridiques parfaitement connus et maîtrisés par l'ensemble des acteurs hospitaliers. Bien que leur origine soit extérieure au GHT, il convient de s'interroger quant à leur possible utilisation dans ce cadre.

### *A- Utilisation du GCS*

Le GCS est un dispositif juridique créé par l'ordonnance du 24 avril 1996 et permettant la coopération entre établissements de santé publics et privés. Leur nombre ne cesse de croître, passant ainsi de 178 avant 2009 à 662 en 2017<sup>111</sup>. Possédant un statut de droit public ou de droit privé en fonction des membres le composant, cet outil est particulièrement intéressant pour le développement de la coopération interhospitalière, et se pose la question de son utilisation dans le cadre de la fonction achat du GHT.

---

<sup>111</sup> DGOS, *Rapport au Parlement sur les reconfigurations hospitalières 2017*, Mai 2018, p. 15

Un GCS de moyen a pour objet « *de faciliter, de développer ou d'améliorer l'activité de ses membres* »<sup>112</sup>, ce qui consiste notamment à « *organiser ou gérer des activités administratives, logistiques, techniques, médico-techniques, d'enseignement ou de recherche pour le compte de ses membres* ». Un tel GCS sera qualifié d'établissement de santé dès lors qu'il est titulaire d'une ou plusieurs autorisations d'activité de soin<sup>113</sup>, ce qui n'est pas utile dans le cadre de la fonction achat.

Le GCS de moyen, pouvant être mis en œuvre afin d'organiser ou gérer des activités pour le compte de ses membres, et en raison de l'absence de disposition prévoyant expressément le contraire, semble être mobilisable dans le cadre de l'exercice de la fonction achat. A la différence du GHT, il bénéficie de la personnalité morale, permettant ainsi une passation des contrats soumis à l'ordonnance marché public pour le compte des membres, non pas par l'établissement support, mais directement par le groupement lui-même. Il peut de plus être directement employeur<sup>114</sup>, entraînant par conséquent une simplification en termes de rattachement des professionnels exerçant au sein de cette fonction.

Toutefois, la superposition d'une coopération organique à l'organisation du GHT n'apparaît pas comme une solution optimale car « *largement dénoncé par les acteurs du fait de la dilution des responsabilités et de la lourdeur administrative induite* »<sup>115</sup>. Sa création est en effet à l'origine d'importantes conséquences. Une organisation de groupement doit nécessairement être mise en œuvre, une nouvelle convention constitutive devant déterminer l'ensemble des règles d'organisation et de fonctionnement. De plus, dans le cadre de la fonction achat, le GCS nouvellement créé devrait nécessairement avoir le même périmètre que le GHT. Dès lors, il serait qualifié de GCS de moyen de droit public, devant ainsi appliquer les règles contraignantes de la comptabilité publique et un agent comptable obligatoirement désigné<sup>116</sup>. Sa constitution entraînerait de plus la création d'instances nouvelles, à savoir une assemblée générale de groupement, la désignation d'un administrateur et éventuellement la création de comités facultatifs. Les budgets devront également être dupliqués. L'ensemble de ces éléments traduit une certaine forme de lourdeur administrative, particulièrement néfaste pour les établissements et leurs directions.

---

<sup>112</sup> Art. L.6133-1 CSP

<sup>113</sup> Art. L.6133-7 CSP

<sup>114</sup> Art. L.6133-3 CSP

<sup>115</sup> J. HUBERT et F. MARTINEAU, *Mission groupement hospitalier de territoire, rapport intermédiaire*, Mai 2015, p.24

<sup>116</sup> Art. L.6133-5 CSP

Enfin, quand bien même la création d'une telle coopération organique serait envisagée, force est de constater que seul l'établissement support disposerait de la compétence afin de signer la convention constitutive du GCS, pour le compte de l'intégralité des membres. Il cumulerait par conséquent le rôle d'établissement support du GHT et d'administrateur du GCS. La question de la répartition des compétences avec l'établissement partie ne serait donc que déplacée, portant désormais sur une répartition des compétences entre l'administrateur du GCS et l'établissement partie.

La création d'un tel groupement en superposition du GHT dans le cadre de la fonction achat transférée à l'établissement support paraît de ce fait peu efficace, voire même nuisible aux établissements.

#### *B- Mise en place d'une direction commune : une pré-fusion ?*

Le 2<sup>nd</sup> outil non prévu dans le cadre de la fonction achat transférée mais qui pourrait être utile dans son organisation est la direction commune. Il s'agit ici, à la différence du GCS précédemment évoqué, d'une coopération fonctionnelle et non organique, basé uniquement sur une convention et n'étant pas à l'origine d'une nouvelle personnalité juridique nouvelle.

Il est prévu que les établissements de santé « *peuvent être gérés, dans le cadre d'une convention établie à cet effet, par une direction commune* »<sup>117</sup>. Ce dispositif permet ainsi de confier la direction de plusieurs établissements au même directeur et éventuellement à une équipe de direction commune<sup>118</sup>. En absence de dispositions légales ou réglementaires relatives à son contenu et le contrat étant par principe la loi des parties<sup>119</sup>, on peut aisément envisager que cette convention puisse porter uniquement sur une partie de la compétence des établissements de santé, créant de fait une direction commune partielle et limitée, et donc être par exemple concerner uniquement la fonction achat. Les établissements peuvent ainsi définir ensemble la répartition des compétences et des responsabilités pour l'exercice de cette fonction. Cette grande souplesse laissée aux établissements ainsi que la volonté de recomposition de l'organisation hospitalière permettent d'expliquer l'intérêt porté à ce

---

<sup>117</sup> Art. 4 décret n°2005-920 du 2 août 2005 portant dispositions relatives à la direction des établissements mentionnés à l'article 2 de la loi n°86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, JORF 5 août 2005, p.12816

<sup>118</sup> Art. 6 décret n°2005-920

<sup>119</sup> Art. 1103 code civil, ancien Art. 1134

mécanisme, leur nombre ayant augmenté de manière significative de 42% entre 2014 et 2017<sup>120</sup>.

En raison de la dérogation prévue par l'article L.6143-7 du CSP et confiant l'intégralité des pouvoirs de direction au directeur de l'établissement support en ce qui concerne notamment l'exercice de la fonction achat, certains auteurs considèrent qu'une « *direction commune partielle* » a automatiquement été mise en place<sup>121</sup>. Force est toutefois de constater que ce dispositif ne repose pas sur une convention et qu'aucune délibération identique des conseils de surveillance des établissements n'a été adoptée en ce sens, raison pour laquelle on ne peut juridiquement pas parler de direction commune, même partielle, dans cette circonstance.

La mise en place d'une direction commune pour la seule fonction achat transférée à l'établissement support s'avère toutefois peu utile en raison même du fait que l'intégralité de la compétence est déjà exercée par cet établissement. Tout comme pour le GCS, la question de la répartition des compétences et des responsabilités ne serait pas résolue dès lors que seule la fonction achat concernée par le transfert de compétence serait gérée par la direction commune partielle, les établissements parties conservant leur part de compétence. De plus, en raison de l'obligation du vote d'une délibération identique des conseils de surveillance de l'ensemble des établissements concernés par la mise en place de la direction commune, une telle organisation n'a que peu de chance d'aboutir, notamment en ce qui concerne les groupements composés de nombreux membres ou n'ayant pas l'habitude de coopérer.

L'outil d'organisation de la fonction achat apparaissant alors le plus efficace se situe dans la continuité de la direction commune et correspond à la fusion. Pouvant apparaître pour certains comme une forme « *d'extrémisme en matière de réforme hospitalière* »<sup>122</sup>, de nombreux avantages seraient néanmoins présents. En effet, les interrogations relatives à la répartition des compétences et des responsabilités n'auraient plus d'intérêt en raison de la présence d'une seule entité juridique. Bien que réalisée au niveau d'un groupement<sup>123</sup>, cette possibilité apparaît toutefois

---

<sup>120</sup> DGOS, *Rapport au Parlement sur les recompositions hospitalières 2017*, mai 2018, p. 23

<sup>121</sup> H. TANGUY, M. GEY et B. DE LARD-HUCHET, *Groupement hospitalier de territoire, Et maintenant, comment sortir de la (con)fusion ?*, Gestions hospitalières n°562, janvier 2017, p. 14-17

<sup>122</sup> K. AMRI, *De la notion de transfert de compétence à la notion de transfert de responsabilité*, Finances hospitalières n°113, mai 2017, p. 13-21

<sup>123</sup> C. TRIBALLEAU, *Le GHT au prisme de la fusion, L'exemple de la constitution du GH Bretagne Sud*, Gestions hospitalières n°566, mai 2017, p. 283-286

totallement hypothétique en raison une nouvelle fois des réticences des conseils de surveillance, composés notamment d'élus, à voir disparaître l'autonomie tant juridique que financière de leur établissement.

L'organisation de la fonction achat apparait donc comme véritablement complexe, peu d'outils connus et maîtrisés pouvant être utilisés avec un intérêt certain. Seule la fusion apparait comme véritablement utile, mais particulièrement difficile à mettre en œuvre.

## **Chapitre 2 : Conséquences pour les personnels des établissements**

Au sein de chaque organisation, et particulièrement au sein des établissements publics de santé, de nombreuses personnes sont présentes, aux profils parfois très divers.

Toutefois, force est de constater que la réorganisation induite par le transfert de la fonction achat dans le cadre du GHT entraîne, de fait, des modifications particulièrement importantes pour l'ensemble de ces agents, en ce qui concerne tant leurs compétences, leurs situations, que les missions qui peuvent leur être confiées, tel que notamment la faculté de signer des documents, grâce au mécanisme de la délégation de signature.

### **Section 1 : L'utile évolution des personnels**

Les agents exerçant au sein de la fonction achat transférée sont sujets à de nombreuses modifications, et en particulier à une évolution de leur métier. Il convient toutefois de ne pas ignorer les changements de situation administrative pouvant intervenir et étant nécessairement à l'origine de conséquences pour l'organisation de la fonction achat.

#### **I- Des métiers nécessairement en mutation**

Sont particulièrement visés par une évolution de leur métier en raison du transfert de la fonction achat les acheteurs hospitaliers qui sont amenés à se professionnaliser, ainsi que les directeurs.

##### *A- La professionnalisation du métier d'acheteur hospitalier*

L'acheteur peut être défini comme étant la personne chargée d'obtenir des fournisseurs les meilleures solutions en termes de coûts, qualité, délais pour

satisfaire les besoins exprimés, au meilleur rapport qualité-prix possible. Ce métier est donc central au sein du processus achat.

En raison du transfert de compétence de la fonction achat dans le cadre du GHT, les équipes chargées de cette fonction sont désormais en nombre réduit, passant effectivement de plus de 1000 à uniquement 135, c'est-à-dire une équipe par groupement. Dès lors, chacune est amenée à exercer dans un périmètre élargi, notamment en ce qui concerne le volume financier, raison pour laquelle d'avantage d'agents devront y exercer. Cette augmentation de la taille de la fonction entraîne, corrélativement, une spécialisation des agents dans un domaine particulier, une connaissance accrue des procédures, et donc leur professionnalisation.

Dès 2011, la DGOS avait mis en place le programme PHARE dans le but de réaliser des gains, mais également d'améliorer la performance de l'achat hospitalier. Cette professionnalisation n'est donc pas nouvelle, mais le GHT va assurément jouer un rôle d'accélérateur, en raison de la nouvelle répartition des compétences, avec un objectif de recentrer le métier d'acheteur hospitalier sur les missions stratégiques.

La définition du juste besoin est alors le premier levier concerné. Une association entre l'acheteur et le prescripteur doit nécessairement se mettre en œuvre de manière efficace, permettant d'éviter des surcouts, notamment en raison de l'inadéquation ou de la sur-qualité du produit. Pour se faire, une connaissance approfondie des besoins des prescripteurs et des utilisateurs, mais également des produits pouvant être proposés par les fournisseurs s'avère indispensable. Dans le cadre de la fonction achat du GHT, il est particulièrement nécessaire de réduire le nombre de références, afin de pouvoir passer un nombre réduit de marché. Par conséquent, une juste définition des besoins de manière fonctionnelle, en lien avec les prescripteurs, s'avère nécessaire pour obtenir par la suite un consensus de l'ensemble des utilisateurs du produit. Une professionnalisation, c'est-à-dire une spécialisation de l'acheteur sur une famille d'achat particulier est donc inévitable. Cette réduction de la quantité de référence commandée entraîne une massification de l'achat et donc une réduction du prix, grâce à l'augmentation du volume.

Ce phénomène doit toutefois être maîtrisé. En effet, une massification trop importante risque d'entraîner un déséquilibre du marché, et notamment une impossibilité d'accès pour les TPE / PME, alors que l'objectif de ce transfert n'est pas

de « *tuer le tissu économique de proximité* »<sup>124</sup>. Des solutions peuvent donc être adoptées par les acheteurs, résidant notamment dans l'allotissement ou les procédures de dialogue compétitifs. La professionnalisation est donc également nécessaire afin de maîtriser ces outils particuliers de la commande publique. La massification des achats doit enfin en compte les spécificités de certains acteurs tels que les petits centres hospitaliers, les EHPAD ou les hôpitaux des armées.

La professionnalisation du métier d'acheteur se manifeste donc par un lien renforcé entre l'ensemble des professionnels concernés, du prescripteur à l'utilisateur et non plus uniquement dans une approche administrative et juridique, manifestant donc un rapprochement avec les techniques utilisées dans le secteur privé.

Permettant une structuration plus professionnalisée et mieux outillée de la fonction achat, le transfert de compétence entraîne également des évolutions pour le métier de directeur.

#### *B- L'évolution du métier de directeur*

L'article L.6143-7 du CSP définit les rôles, fonctions et pouvoirs du directeur de l'établissement public de santé. Cet article intègre alors une particularité relative au GHT, l'alinéa 6 prévoyant l'exercice des compétences liées à la fonction de directeur par le chef de l'établissement support pour le compte des établissements parties. Une différenciation est alors nécessairement observée entre d'une part le directeur de l'établissement support exerçant l'ensemble de ces attributions pour l'ensemble des fonctions, et d'autre part les directeurs d'établissements parties exerçant l'ensemble des pouvoirs, sauf pour les fonctions transférées. Bien que cette formulation soit parfaitement logique, le chef d'établissement partie ne pouvant exercer ses fonctions sur des compétences dont il ne dispose plus, elle est porteuse d'évolution pour le métier de directeur et pouvant susciter des interrogations.

Les syndicats s'inquiètent alors quant à l'évolution de ce métier. En effet, selon les résultats d'une étude menée par l'ADH<sup>125</sup>, quand bien même les directeurs se déclarent fiers de leur profession et de leur appartenance à ce corps, 60% des répondants voient à travers la réforme opérée par le GHT un « *risque de réduction de leur sphère d'autonomie* ». Cela peut logiquement se comprendre étant donné que, alors même que les établissements parties demeurent autonome, des

---

<sup>124</sup> A. MOKEDE, représentant de la FHF lors d'une audition devant la MECSS, 7 mars 2018

<sup>125</sup> ADH, Communiqué, *Evolution et transformation du métier de DH, Rapport d'enquête*, février 2016

compétences ne peuvent plus être exercées en propre par le chef d'établissement. Il peut donc exister un vrai sentiment de perte d'indépendance. Toutefois, force est de constater que ce ressenti doit être relativisé. En effet, chaque établissement demeure parfaitement autonome, que ce soit juridiquement ou financièrement. Ainsi, quand bien même certaines fonctions ne peuvent plus être exercées en propre, le directeur de l'établissement partie dispose encore de nombreuses compétences, n'étant dès lors pas dans un lien de tutelle avec le directeur de l'établissement support. De plus, la gouvernance mise en place dans les groupements peut servir à gommer ce sentiment, en raison de la participation de chacun des directeurs à la prise de décision. L'évolution du métier est donc certes présente en ce qui concerne le chef d'établissement, mais demeure relativement limitée.

En revanche, cette évolution de métier semble plus importante pour les directeurs adjoints. On peut en effet se demander si le transfert de compétence opéré par la loi n'entraîne pas une territorialisation des fonctions, en raison de la possibilité de prévoir une direction commune partielle, avec donc une équipe de direction commune à l'ensemble des établissements, pour l'exercice des fonctions transférées. Il s'agit alors pour cette équipe, notamment composée de directeurs adjoints, d'agir non plus au niveau d'un seul établissement, mais d'exercer une activité multi-site. Cette évolution du métier se manifeste également par la possible mise en place, comme nous le verrons par la suite de délégations de signature du directeur de l'établissement support à l'attention de directeurs adjoints des établissements parties (cf. section 2). Ces derniers devront alors potentiellement exercer leurs fonctions sous la responsabilité du directeur de l'établissement support pour ce qui concerne les domaines couverts par la fonction transférée et pour laquelle ils bénéficient d'une délégation de signature, et sous la responsabilité du directeur de l'établissement partie pour le reste de leurs fonctions. Des évolutions s'avèrent donc nécessaires au développement et à la mise en œuvre des GHT.

## **II- Les évolutions possibles pour la situation des agents**

Alors que les métiers d'acheteurs et de directeur sont amenés à évoluer, force est de constater que la situation des agents, en raison même de l'organisation définie au niveau de chaque groupement, peut être appelée à changer. Ainsi, un dédoublement d'autorité investie du pouvoir de nomination est envisageable, et une mise à disposition engagée.

#### A- Le dédoublement d'autorité investie du pouvoir de nomination

Le directeur d'établissement dispose, en application du 3<sup>e</sup> alinéa de l'article L.6143-7, d'un pouvoir de nomination au sein de son établissement et exerce son autorité sur l'ensemble du personnel. Selon le 6<sup>e</sup> alinéa de cet article, et comme précédemment observé, cette attribution doit être exercée par le directeur de l'établissement support pour le compte de l'établissement partie dans le cadre de la fonction achat transférée. On peut dès lors s'interroger quant à l'identité de l'autorité investie du pouvoir de nomination. Le I de l'article R.6132-21-1, créé par le décret du 2 mai 2017, prévoit que ce pouvoir de nomination du directeur de l'établissement support est un pouvoir de nomination « *dans les fonctions* ». Dès lors, force est de constater qu'un dédoublement est opéré.

Le directeur de l'établissement support a donc pour mission, tel que le prévoit l'instruction interministérielle du 4 mai 2017, de déterminer les besoins en ressources humaines nécessaires à l'exercice de la fonction achat, de définir les tâches et missions assignées à l'agent et d'arrêter les organigrammes retenus, raison pour laquelle ce pouvoir peut être qualifié de fonctionnel<sup>126</sup>. Le directeur de l'établissement partie conserve quant à lui, en tant qu'autorité investie d'un pouvoir de nomination qui peut être qualifié de statutaire, le reste des prérogatives, parmi lesquelles figurent notamment le recrutement, la gestion de carrière et l'exercice du pouvoir disciplinaire. Le rattachement à l'établissement support est alors considéré comme fonctionnel alors qu'existe un rattachement hiérarchique avec le directeur de l'établissement partie.

Bien qu'il n'existe aucune obligation en ce sens, il peut être particulièrement utile, dans un but de simplification et de clarification, de prévoir un changement d'autorité investie du pouvoir de nomination concernant l'agent, pouvant être effectué soit par un changement d'établissement pour les fonctionnaires relevant de la fonction publique hospitalière<sup>127</sup>, soit par un transfert de contrat pour les agents contractuels<sup>128</sup>, dès lors que celui-ci est en accord avec ce changement. L'agent n'aurait dès lors, en ce qui concerne l'ensemble des éléments concernant sa situation personnelle, plus comme interlocuteur que l'établissement support du

---

<sup>126</sup> L. BOVIS et M. QUILLEVERE, *GHT et personnel non médical, En marche?*, Gestions hospitalières n°567, juillet 2017

<sup>127</sup> Art. 32 loi n°86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, JORF 11 janvier 1986, p. 535

<sup>128</sup> Art. 14 Ter loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors, JORF 14 juillet 1983, p. 2174

groupement, et non plus une division entre l'établissement support et l'établissement partie. Ce possible changement est également envisageable en raison de la possibilité, pour l'agent, de continuer l'exercice de son activité sur son lieu actuel, dès lors que celui-ci bénéficie d'une mise à disposition.

En raison du transfert de compétence opéré dans et des nombreuses conséquences pouvant être induites pour les personnels, notamment en raison de l'organisation choisie par le groupement, il peut être particulièrement utile de définir, tel qu'évoqué dans l'instruction interministérielle du 4 mai 2017, un schéma des mobilités, permettant l'identification des agents concernés par le transfert de la fonction achat et de prévoir les modifications devant être effectuées.

En plus de ces changements de situation en ce qui concerne l'autorité investie du pouvoir de nomination, et afin de permettre l'exercice de la fonction achat, des conventions de mise à disposition peuvent également être conclues entre l'établissement support du groupement et les établissements parties.

#### *B- La mise en place d'une mise à disposition*

La mise à disposition d'un agent est un dispositif prévu par les articles 48 à 50 de la loi n°86-33 du 9 janvier 1986 pour les agents titulaires de la fonction publique et par l'article 31-1 du décret n°91-155 du 6 février 1991<sup>129</sup> pour les agents contractuels bénéficiant d'un contrat de travail à durée indéterminée, les agents employés pour une durée déterminée ne pouvant être mis à disposition.

Elle peut se définir comme la situation du fonctionnaire qui demeure dans son corps d'origine, mais qui exerce ses fonctions hors du service où il a vocation à servir, prenant la forme d'une convention conclue entre les deux établissements. La gestion administrative d'un agent est réalisée par son établissement d'origine, alors qu'il exerce ses fonctions, de manière totale ou partielle, pour un autre établissement.

La question qui se pose alors est celle de savoir si un agent peut refuser une telle mise à disposition. En effet, il est normalement prévu, en application de l'article 48 de la loi susvisée, que « *elle ne peut avoir lieu qu'avec l'accord du fonctionnaire* », le même mécanisme étant prévu pour les agents contractuels. Cependant, le 4<sup>e</sup> alinéa de cet article prévoit qu'en cas de transfert ou regroupement d'activité, les agents

---

<sup>129</sup> Décret n°91-155 du 6 février 1991 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels des établissements mentionnés à l'article 2 de la loi n°86-33 du 9 janvier 1986 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, JORF 9 février 1991, p. 2058

concernés sont mis de plein droit à disposition de l'établissement, sur décision de l'autorité investie du pouvoir de nomination. Cette situation s'applique donc tant pour les fonctionnaires que les agents contractuels.

Le II de l'article L.6132-1 du CSP évoque bien les transferts d'activités dans le cadre du GHT, mais sans prévoir quelles opérations relèvent de cette qualification. On peut alors s'interroger sur le fait de savoir si le transfert de la fonction achat est effectivement un transfert d'activité. Cette notion devant nécessairement être définie, il est possible de se référer à l'article 1<sup>er</sup> de la directive européenne n°2001/23/CE du 12 mars 2001<sup>130</sup> selon lequel « *est considéré comme transfert (...) celui d'une entité économique maintenant son identité, entendu comme un ensemble organisé de moyens en vue de la poursuite d'une activité* ». Un transfert d'activité correspond alors à la cession d'une activité d'un établissement à l'autre. Dans le cas de la fonction achat transférée au GHT, l'activité peut effectivement être considérée comme transférée et la mise à disposition de plein droit semble ainsi possible. En ce qui concerne le regroupement d'activité, il se définit, selon l'article L.6122-6 du CSP, comme « *réunir en un même lieu toute ou partie des activités de soins* ». Bien que cette disposition ne concerne que les activités de soins, on peut par analogie à l'ensemble des activités administratives, techniques, logistiques. La logique à l'œuvre dans le transfert de la fonction achat du GHT n'a sans doute pas vocation à regrouper l'intégralité de l'activité sur un même lieu et la mise à disposition de droit ne semble dès lors pas réalisable pour ce motif.

La mise à disposition de droit semble donc possible grâce à la reconnaissance d'un transfert d'activité. Toutefois, l'instruction interministérielle du 4 mai 2017 et la DGOS<sup>131</sup> considèrent, avec grande sagesse, que la mise à disposition avec accord de l'agent doit être privilégiée.

---

<sup>130</sup> Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements

<sup>131</sup> DGOS, GHT, FAQ Mise à disposition des personnels dans le cadre des fonctions, activités et missions mutualisées du GHT, novembre 2017

## **Section 2 : La signature des actes juridiques**

Afin de pouvoir être exercée, la fonction achat nécessite naturellement des décisions, formalisées à travers des actes juridiques. La question qui se pose est alors celle de leur signature. Devant être effectuée en théorie par le directeur de l'établissement support, un aménagement est toutefois possible.

### **I- La possible délégation de signature**

Comme le remarque P. HONORE, directeur des achats non médicaux et de la logistique au CHU de Brest, « *Il fallait une organisation souple pour ne pas perdre le fonctionnement des établissements parties, (qui auraient été bloqués) par une organisation trop centralisée par l'établissement support* »<sup>132</sup>, rendant ainsi la délégation de signature particulièrement efficace.

#### *A- Des conditions clairement définies*

La délégation de signature est un dispositif juridique particulièrement intéressant dans le cadre du GHT en raison même du démembrement de la fonction achat et du rôle joué par l'établissement support. Elle ne correspond toutefois pas à une délégation ou à un transfert de compétence, emportant donc des effets distincts.

La délégation de signature se définit comme un acte juridique par lequel le représentant d'une autorité administrative autorise un agent, qui lui est subordonné, à signer certaines décisions à sa place, sous son contrôle hiérarchique. Permettant ainsi une gestion facilitée, la question se pose de son utilisation au sein GHT, et notamment pour l'exercice de la fonction achat transférée à l'établissement support.

Dès lors que celle-ci trouve à s'exercer en droit administratif, des conditions cumulatives trouvent à s'appliquer.

Premièrement, la délégation de signature n'est possible que si un texte particulier le prévoit. Dans le cas contraire, l'auteur est incompetent et les actes pourront être annulés<sup>133</sup>. Dans le cadre de la fonction achat, cette délégation de signature du directeur de l'établissement support est expressément prévue par l'article R.6132-21-1 du CSP.

---

<sup>132</sup> Dépêche APM News, *Mutualisation des achats : retour d'expérience du GHT Bretagne occidentale*, 25 avril 2018

<sup>133</sup> CE, 20 février 1981, *Ministère de l'éducation nationale c/ Association « Défense et promotion des langues de France »*, n°21182, Rec., p.782

En application de l'article D.6143-34, la délégation doit de plus être précise, c'est-à-dire indiquer le nom et la fonction de l'agent concerné par la délégation, ainsi que la nature des actes délégués, éventuellement assorti de réserves. Ces précisions sont parfaitement logiques étant donné qu'une délégation de signature est nécessairement *intuitu personae*<sup>134</sup>, ayant donc pour conséquence de prendre fin dès lors que l'une des deux autorités cesse d'exercer ses fonctions<sup>135</sup>. Il est de plus indispensable, afin que la délégation puisse produire des effets, que celle-ci soit publiée<sup>136</sup>, raison pour laquelle l'article D.6143-35 prévoit une transmission au conseil de surveillance de l'établissement dès lors que le directeur délègue sa signature ainsi qu'au comptable de l'établissement quand est déléguée la signature dans l'exercice de la fonction d'ordonnateur des recettes et des dépenses. Cette délégation de signature est donc parfaitement encadrée en ce qui concerne les conditions tenant à sa création, mais également en ce qui concerne ses effets.

Il ne s'agit pas d'une délégation de compétence. Dès lors, l'autorité délégante continue de disposer du pouvoir de prendre l'acte, en complément de la compétence accordée au délégataire<sup>137</sup>. Cet exercice de compétence du délégataire est donc exercé au nom du délégant, lequel doit ainsi être considéré comme étant l'autorité à l'origine de l'acte. Ainsi, en absence de transfert de compétence, un transfert de responsabilité n'est pas opéré, sauf naturellement en cas de faute détachable du service ou de dépassement de la compétence de signature accordée.

Dans le cadre de la fonction achat, cette délégation de signature permet donc à des autorités qui ne sont normalement pas compétentes de signer des actes, tels que des bons de commande, des marchés publics en dessous d'un certain seuil ou tout autre document nécessitant normalement l'intervention du directeur de l'établissement support.

Ce n'est toutefois qu'une possibilité offerte dans la gestion de l'organisation de la fonction achat, raison pour laquelle il est possible de voir des délégations de signature plus ou moins étendues, voire même une absence de délégations, bien que cela soit hautement improbable en raison de l'intérêt de ce dispositif pour une gestion facilitée de la fonction achat transférée au quotidien.

---

<sup>134</sup> CE, 8/9 s.s., 30 septembre 1996, *Préfet de Seine-Maritime c/ Dje Bony*, n°157424

<sup>135</sup> CE, 28 juin 1961, *Demoiselle Laurivain*, Rec. p.438

<sup>136</sup> CE, 10/3 s.s., 27 avril 1987, *Société Mercure-Paris Etoile*, n°66036

<sup>137</sup> TA Besançon, 20 juin 1996, *Association de protection de la nature « Sauvegarde des cinq vallées »*, n°950116

En complément de ces conditions, une délégation de signature nécessite inévitablement la présence d'un lien hiérarchique entre le délégant et le délégataire.

### *B- La présence d'un lien hiérarchique*

En raison de l'absence de transfert de responsabilité et de l'engagement possible de la responsabilité du délégant pour un acte signé par le délégataire, il apparaît véritablement nécessaire qu'existe entre les deux un lien hiérarchique, c'est-à-dire une subordination de l'un vis-à-vis de l'autre.

En application de l'arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 25 octobre 2005<sup>138</sup>, on peut considérer qu'un lien de subordination est présent dès lors qu'une personne travaille sous l'autorité d'une autre, qui lui donne des ordres et des directives, en contrôle l'exécution et sanctionne le manquement.

La présence de ce lien ne pose aucune difficulté particulière dès lors que l'agent relève de l'établissement support du groupement, étant donné que le directeur exerce, en application de l'article L.6143-7 du code de la santé publique, son autorité sur l'ensemble du personnel. Il dispose donc de la qualité d'autorité investie du pouvoir de nomination et donc de supérieur hiérarchique sur les agents de son administration.

Une difficulté apparaît toutefois dès lors que l'agent exerce ses fonctions dans le cadre de la fonction achat, mais continue de relever de l'établissement partie au groupement. Faut-il considérer qu'il existe un lien de subordination entre le directeur de l'établissement support et l'agent permettant ainsi la mise en place d'une délégation de signature ?

En application de la dérogation accordée par le 6<sup>e</sup> alinéa de l'article L.6143-7 précité, le directeur de l'établissement support exerce l'ensemble de ses fonctions pour les activités mentionnées à l'article L.6132-3 du code, et donc en particulier pour la fonction achat. Toutefois, ce pas statutaire mais demeurant uniquement fonctionnel. En l'absence de rattachement à l'établissement support, et donc de l'appartenance à la même administration, l'agent, bien qu'exerçant son activité pour le compte de la fonction achat, ne peut donc en théorie pas bénéficier d'une délégation de signature.

---

<sup>138</sup> Cour de cassation, Chambre sociale, 25 octobre 2005, n°01-45147 ; BMIS 2006, n°3, p.395, note SAINTOURENS ; Revue droit social 2006, n°1, p.94, observations SAVATIER ; Lexbase hebdo édition sociale, 2005, n°189, note MARTIN-CUENOT ; La gazette du palais, 2005, n°324, p.20, note ALLIX ; JCP S, 2005, n°24, p.25, note FROUIN

Afin de résoudre cette difficulté, un mécanisme précédemment évoqué peut être mis en œuvre, permettant *in fine* d'aboutir à une délégation de signature légale, à savoir l'utilisation d'une mise à disposition. Cette possibilité est expressément prévue par l'article R.6132-21-1 du code et s'avère être particulièrement logique. En effet, quand bien même dans le cadre d'une telle procédure l'agent continue d'exercer son activité au sein de son établissement d'origine, à savoir l'établissement partie, la mise à disposition entraîne la création d'un lien avec l'établissement support, permettant donc la mise en place de la délégation de signature et donc une gestion facilitée de la fonction achat.

## **II- Une délégation soumise à interrogation**

En raison de la présence de ce lien de subordination obligatoire, la délégation de signature s'avère être pour le moment particulièrement difficile à mettre en œuvre entre deux directeurs d'établissements, raison pour laquelle la législation en vigueur est nécessairement amenée à évoluer.

### *A- Une possible délégation pour les directions ?*

En raison du transfert incomplet de compétence de la fonction achat, les directions fonctionnelles des établissements parties sont nécessairement appelées à collaborer avec la direction de l'établissement support pour la mise en œuvre efficace et efficiente de cette fonction. Toutefois, la question qui se pose est celle de savoir si un directeur de l'établissement partie peut bénéficier, en l'état actuel du droit, d'une délégation de signature de la part du directeur de l'établissement support.

Plusieurs difficultés sont alors rencontrées. Premièrement, une délégation de signature ne peut être formalisée que lorsque les deux personnes, le délégant et le délégataire, appartiennent à la même administration. Or, force est de constater que les deux directeurs n'appartiennent de fait pas au même établissement, et donc ce critère ne peut être considéré comme satisfait. Une convention de mise à disposition des directeurs devrait donc obligatoirement intervenir, pour pouvoir contourner cet obstacle.

Le CNG, seule autorité compétente pour gérer cette procédure dès lors que des personnels de direction sont concernés, a élaboré une doctrine particulière dans le cadre des GHT. Ainsi, seuls les directeurs adjoints peuvent être mis à disposition, et donc de fait, bénéficier d'une délégation de signature, en raison du fait que, comme

le souligne également la DGOS<sup>139</sup>, admettre une mise à disposition du chef d'établissement « *constituerait un détournement de procédure* », permettant à ce dernier de conserver des compétences transférées par la loi<sup>140</sup>. Dès lors, une demande formulée par un établissement qui serait contraire avec cette doctrine ne pourrait recevoir une réponse favorable. Une autre raison peut être mobilisée afin d'expliquer ce refus. En effet, admettre l'existence d'une possible mise à disposition entraînerait, comme nous venons de le voir, la création d'un lien de subordination entre le directeur de l'établissement support et le directeur de l'établissement partie concerné, ce qui ne peut être reconnu en l'état actuel, les établissements conservant leur entière autonomie juridique et financière et le GHT ne disposant pas de personnalité juridique propre, indépendante de celle de ses membres. Bien que la délégation de signature aurait permis une gestion facilitée au quotidien, force est néanmoins de constater que son refus aux directeurs d'établissements s'avère être parfaitement logique.

Les directeurs adjoints ne disposent pas des mêmes rôles et attributions que les chefs d'établissement, l'admission d'une possible mise à disposition et donc d'une délégation de signature reçue de la part du directeur de l'établissement support, afin de pouvoir exercer la fonction achat transférée est donc largement envisageable. Toutefois, cette mise en place d'une mise à disposition pourrait faire penser à une direction commune, même partielle au niveau de la fonction achat transférée, raison pour laquelle il semble davantage opportun de refuser l'utilisation de ce mécanisme et favoriser une délégation de signature à l'attention de personnels ne relevant pas de la direction, tels que des ingénieurs ou techniciens hospitaliers.

#### *B- Une réglementation devant nécessairement évoluer*

En raison des difficultés générées par la délégation de signature au profit des équipes de directions des établissements publics de santé parties à un groupement hospitalier de territoire, une modification du cadre réglementaire applicable apparaît nécessaire. Plusieurs modifications peuvent ainsi être proposées dans un but de simplification et de clarification.

---

<sup>139</sup> DGOS, GHT, FAQ, *Mise à disposition des personnels dans le cadre des fonctions, activités et missions mutualisées du GHT*, novembre 2017, réponse 20, p.8

<sup>140</sup> CNG, *Fiche de procédure : la mise à disposition des directeurs d'hôpital, des directeurs d'établissements sanitaires, sociaux et médicaux sociaux et des directeurs des soins, dans le cadre des groupements hospitaliers de territoire*, 2018, p.2

Il peut premièrement être envisagé une modification du régime applicable à la délégation de signature. En effet, des dérogations peuvent toujours être apportées à un principe. L'obligation d'appartenance à une même administration, tout comme la création d'un lien de subordination dans la délégation de signature, n'est pas prévu par une loi, raison pour laquelle un texte de valeur réglementaire peut y déroger. Ainsi, une modification de l'article R.6132-21-1 du code paraît envisageable. La rédaction actuelle du II de cet article met en avant le fait que le directeur de l'établissement support peut déléguer sa signature aux agents recrutés par son établissement ou mis à sa disposition. Il peut ainsi être envisagé que celui-ci soit complété par une formule de type « *La délégation de signature du directeur de l'établissement support à l'attention du directeur de l'établissement partie est également possible, même en absence de convention de mise à disposition. Une telle délégation n'est pas à l'origine d'un lien de subordination* ». Dès lors, cette délégation devient possible. Il ne s'agit ici pas de déroger au transfert de compétence opéré par la loi, mais d'organiser son exercice. Une convention conclue entre l'établissement support et l'établissement partie devra alors déterminer les responsabilités de chacun de manière parfaitement précise.

La deuxième modification pouvant être effectuée réside dans la création, en complément de la convention constitutive du groupement, de conventions de direction commune axées sur des compétences particulières. En effet, comme nous l'avons précédemment observé, certains auteurs considèrent que le transfert opéré par la loi amène de fait à la création de directions communes partielles. Il peut ainsi être prévu un régime permettant la création de telles conventions, encadrées sur un plan réglementaire tant dans leur contenu que dans leurs effets, et limitées au champ des fonctions transférées automatiquement par effet de la loi, tel que la fonction achat. Cela permettrait la création d'une coopération souple, sans dédoublement des instances ou des budgets. La mise en place de la délégation de signature du directeur de l'établissement support à l'ensemble des directeurs et des directeurs adjoints des établissements parties serait également simplifiée. Il s'agirait donc davantage d'une mise en conformité du droit avec l'existant, dans un but une nouvelle fois de clarification et de simplification, le transfert de ces fonctions dans le cadre du GHT pouvant apparaître, notamment en ce qui concerne la fonction achat et la subtile répartition des compétences opérée, particulièrement complexe.

## CONCLUSION

A la lumière de l'ensemble de ces éléments, il apparaît que le transfert de la fonction achat dans le cadre du groupement hospitalier de territoire est véritablement novateur, et s'avérerait pour le moins nécessaire, dans un contexte général de maîtrise des dépenses publiques et de restructuration de l'offre hospitalière.

A l'origine de nombreuses conséquences pour l'ensemble des établissements publics de santé et pour l'organisation hospitalière en générale, ce transfert n'est toutefois pas encore parfaitement encadré, des carences étant toujours présentes et des clarifications législatives ou réglementaires devant nécessairement être effectuées. Tel est par exemple le cas pour le flou juridique lié à la maîtrise d'ouvrage résultant de l'articulation complexe entre la loi MOP et la loi MSS, ou bien encore les difficultés liées aux délégations de signatures. De plus, le transfert partiel de compétence opéré, à l'origine d'un démembrement de la fonction achat, est porteur de nombreuses conséquences, voire même de difficultés pour les acteurs hospitaliers, notamment en termes de partage de compétence et de responsabilité entre l'établissement partie et l'établissement support.

Force est néanmoins de constater que le dispositif semble plutôt bien accueilli et son appropriation par les acteurs hospitaliers permet en partie de combler ces obstacles. Une véritable mécanique de coopération semble ainsi à l'œuvre.

La question porte désormais sur l'avenir des GHT, au-delà même de la fonction achat. Les établissements publics de santé ayant pour obligation d'appartenir à un groupement, un retour en arrière semble dès lors impossible. Ne faut-il pas, au contraire, aller plus loin en termes de coopération, et donc inciter les établissements à se réunir sous la forme d'une direction commune qui ne serait plus simplement partielle et centrée sur les fonctions transférées mais totale ? Ou bien encore pourquoi ne pas les inciter à la fusion ? Cette solution, bien que pouvant paraître extrême, réduisant ainsi à seulement 135 le nombre d'entités juridiques, aurait nécessairement l'avantage de résoudre l'ensemble des difficultés liées à la répartition des compétences ou à la lutte possible entre plusieurs établissements de santé, permettant dès lors un maillage territorial renforcé, au bénéfice du patient, devant indispensablement être considéré comme le cœur même de notre système de santé.

## **BIBLIOGRAPHIE**

### **Codes**

Code de la santé publique, 32<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2018

Code civil, 117<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2018

Code général des collectivités territoriales, 21<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2018

Code pénal, 115<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2018

### **Manuels et ouvrages**

RICHER L. et LICHERE F., *Droit des contrats administratifs*, 10<sup>e</sup> édition, LGDJ, 2016

COLIN F., *Droit Public*, 4<sup>e</sup> édition, Gualino, 2018

HOUTCIEFF D., *Droit des contrats*, 3<sup>e</sup> édition, Bruylant, 2017

BRUEL O. et MENAGE P., *Politique d'achat et gestion des approvisionnements, Enjeux, problématique, organisation, changement*, 4<sup>e</sup> édition, Dunod, 2014

BRUEL O., *Management des achats, Décisions stratégiques, structurelles et opérationnelles*, 2<sup>e</sup> édition, Economica, 2014

FOUGEROUSE J., *Le contentieux administratif en schémas*, 2<sup>e</sup> édition, Ellipses, 2017

MOQUET-ANGER M.L., *Droit hospitalier*, 5<sup>e</sup> édition, LGDJ, 2018

GALLET B., *Les coopérations en santé*, Presses de l'EHESP, 2017

### **Thèses**

MAZABRARD D., *Transfert de compétence, transfert de responsabilité voire plus ? Compétence incendie et secours et intercommunalité*, Juin 2012, Aix en Provence, France, pp.55, 2013. <HAL- 00947941>

MAISL. H., *Recherches juridiques sur la notion de délégation de compétence*, thèse droit dactyl., Paris, 1972

### **Doctrine administrative**

DGOS, *Guide méthodologique de la fonction achat*, Mai 2017

DGOS, *GHT, FAQ sur la fonction achat*, 2017

DGOS, *GHT, FAQ mise à disposition des personnels dans le cadre des fonctions, activités et missions mutualisées du GHT*, Novembre 2017

DGOS, *GHT, Mode d'emploi, Vadémécum*, Mai 2016

CNG, *Fiche de procédure : La mise à disposition des directeurs d'hôpital, des directeurs d'établissements sanitaires, sociaux et médicaux sociaux et des directeurs des soins, dans le cadre des groupements hospitaliers de territoire*, 2018

## **Rapports**

Cour des comptes, *Les achats hospitaliers*, Juin 2017

DGOS, *Rapport au Parlement sur les recompositions hospitalières 2017*, Mai 2018

HUBERT J. et MARTINEAU F., *Mission Groupements Hospitaliers de Territoire, Rapport intermédiaire*, Mai 2015

HUBERT J. et MARTINEAU F., *Mission Groupements Hospitaliers de Territoire, Rapport de fin de mission*, Février 2016

## **Revue spécialisée**

BAZ E., *Groupements hospitaliers de territoire, analyse du décret du 2 mai 2017*, RHF n°576, Mai-juin 2017, p.52-53

HOURECABIE A., *Répartition des compétences entre établissements support et parties au GHT*, RHF n°578, Septembre-octobre 2017, p.36-40

ESCURAT J.C., *Organiser la fonction achat*, RHF n°572, Septembre-octobre 2016, p.44-46

LEGENTIL C., *Maîtriser les outils juridiques de la fonction achat*, RHF n°572, Septembre-octobre 2016, p.47-50

AMRI K., *De la notion de transfert de compétence à la notion de transfert de responsabilité*, Finances hospitalières n°113, Mai 2017, p.13-21

DE LARD-HUCHET B., GEY M. et TANGUY H., *Groupement hospitalier de territoire, Et maintenant, comment sortir de la (con)fusion ?*, Gestions hospitalières n°562, Janvier 2017, p.14-17

DE LARD-HUCHET B., *Conventions de direction commune. Formelles ? Simplement formelles ?*, Gestions hospitalières n°569, Octobre 2017, p.518-520

BOVIS L. et QUILLÈVERE M., *GHT et personnel non médical. En marche ?*, Gestions hospitalières n°567, juillet 2017

DE FREMINVILLE S., *Les acheteurs hospitaliers mutualisent pour acheter mieux*, La Gazette Santé Sociale, Avril 2018, p.38-39

## **Dictionnaires**

Dictionnaire Maxipoche Larousse, Edition 2018

GAFFIOT F., *Le Gaffiot de poche, Dictionnaire français-Latin*, Edition Hachette, 2001

## **Divers**

AFNOR, Fascicule FD X50-128, Mai 2003

Blog du Cabinet Houdart et Associés, <http://www.houdart.org/le-blog/>

# TABLE DES MATIÈRES

<b>SOMMAIRE</b>	<b>IV</b>
<b>LISTE DES ABRÉVIATIONS</b>	<b>V</b>
<b>INTRODUCTION</b>	<b>1</b>
<b>Partie 1 : L'organisation du transfert de la fonction achat</b>	<b>6</b>
Chapitre 1 : Le transfert de la fonction achat	7
Section n°1 : La naissance des GHT	7
I- Développement d'un nouveau mode de coopération	7
A- Le GHT, outil de coopération contraint	7
B- Une gouvernance particulière à mettre en œuvre	9
II- La nécessaire signature d'une convention constitutive de groupement	11
A- L'érection d'un dispositif conventionnel	11
B- La surprenante ouverture d'une possibilité de refus d'adhésion au GHT	12
Section n°2 : Le transfert juridique de la fonction achat	14
I- Le transfert de compétence à l'établissement support	14
A- Qualification du véhicule juridique utilisé	14
B- Les importants effets du transfert de compétence	16
II- Le transfert de responsabilité à l'établissement support	18
A- La reconnaissance d'un transfert de la responsabilité	19
B- La responsabilité de l'établissement support	20
Chapitre 2 : Le contenu de la fonction achat transférée	22
Section 1 : Un démembrement dans le temps de la fonction achat	22
I- La mise en place d'un transfert partiel de compétence	23
A- La compétence achat transférée à l'établissement support	23
B- Les phases du processus conservées par les établissements parties	24
II- Un démembrement sujet à discussions	26
A- Le caractère inattendu de ce morcellement	26
B- Les difficultés liées à ce morcellement	28
Section 2 : Un démembrement en fonction de la nature du contrat en cause	30
I- Les contrats délégués à l'établissement support	30
A- Tous les marchés publics, rien que les marchés publics	30
B- L'utile aménagement des compétences	32
II- L'épineuse question des marchés publics de travaux	33
A- Un constat : Deux lois potentiellement en opposition	34
B- Une réponse juridiquement contestable	35

<b>Partie 2 : Conséquences organisationnelles du transfert</b>	<b>37</b>
Chapitre 1 : Les conséquences de ce transfert pour les établissements de santé	38
Section 1 : Des conséquences primordiales pour les marchés publics	38
I- La nécessaire convergence des marchés publics des établissements	38
A- La mise en œuvre pratique de cette convergence	38
B- Un choix élargi de dispositifs	40
II- Le recours à des groupements de commandes ou centrales d'achat	42
A- Le groupement de commande	42
B- La centrale d'achat	44
Section 2 : Une organisation de groupement à mettre en œuvre	46
I- La libre organisation de la fonction achat de groupement	46
A- L'absence volontaire d'organisation type	46
B- Une multitude d'organisations possibles	48
II- Le recours possible à d'autres outils juridiques non spécialement prévus pour la fonction achat ?	49
A- Utilisation du GCS	49
B- Mise en place d'une direction commune : une pré-fusion ?	51
Chapitre 2 : Conséquences pour les personnels des établissements	53
Section 1 : L'utile évolution des personnels	53
I- Des métiers nécessairement en mutation	53
A- La professionnalisation du métier d'acheteur hospitalier	53
B- L'évolution du métier de directeur	55
II- Les évolutions possibles pour la situation des agents	56
A- Le dédoublement d'autorité investie du pouvoir de nomination	57
B- La mise en place d'une mise à disposition	58
Section 2 : La signature des actes juridiques	60
I- La possible délégation de signature	60
A- Des conditions clairement définies	60
B- La présence d'un lien hiérarchique	62
II- Une délégation soumise à interrogation	63
A- Une possible délégation pour les directions ?	63
B- Une réglementation devant nécessairement évoluer	64
 <b>CONCLUSION</b>	 <b>66</b>
 <b>BIBLIOGRAPHIE</b>	 <b>VI</b>
 <b>TABLE DES MATIÈRES</b>	 <b>IX</b>



Ayant vocation à développer la coordination de professionnels pour améliorer l'accès aux soins, le groupement hospitalier de territoire, premier mode de coopération contraint en matière hospitalière, est à l'origine d'une rationalisation de la fonction achat, en raison du transfert de compétence opéré par effet de la loi.

La nouvelle organisation qui en résulte est ainsi porteuse de conséquences à géométrie variable pour les membres du groupement, qu'il s'agisse de l'établissement support ou d'un établissement partie, tant dans l'exercice de la compétence achat transférée que de la responsabilité afférente, dans l'organisation de celle-ci, mais également porteuse de modifications particulièrement importantes pour les personnels exerçant leur activité au sein de cette fonction.

Mots clés :

Acheteur – Compétence – Convention constitutive – Coopération – Directeur – Etablissement partie – Etablissement public de santé – Etablissement support – Exécution et passation des marchés – Fonction achat – Groupement hospitalier de territoire – Marchés publics – Mutualisation – Organisation hospitalière – Outils de coopération – Professionnalisation – Réforme hospitalière – Transfert de compétence – Transfert de responsabilité