

THÈSE PRÉSENTÉE POUR OBTENIR LE GRADE DE

**DOCTEUR DE**

**L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX**

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (E.D. 41)

SPÉCIALITÉ DROIT PUBLIC

Par Deyana STEFANOVA

**Le rôle de la notion de service public dans l'organisation  
du système de santé en droit français**

Sous la direction de **Monsieur le Professeur Jean-François BRISSON**

Soutenue le 10 décembre 2020

Membres du jury :

**Monsieur Jean-François BRISSON**

Professeur à l'Université de Bordeaux, *Directeur de thèse*

**Madame Virginie DONIER**

Professeur à l'Université de Toulon, *Rapporteur*

**Madame Isabelle POIROT-MAZERES**

Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole, *Examineur*

**Monsieur Olivier RENAUDIE**

Professeur à l'Université Paris 1 – Panthéon – Sorbonne, *Rapporteur*

**Monsieur Didier TRUCHET**

Professeur émérite à l'Université Paris 2 – Panthéon – Assas, *Président*



## **Le rôle de la notion de service public dans l'organisation du système de santé en droit français**

**Résumé :** Depuis les années 1970, la notion de service public a été conçue comme le fondement du système de santé en droit français. Cependant, cette notion ne s'est pas imposée comme un élément d'intégration des services de soins de ville dans le champ du système de santé. Parallèlement, le concept de système hospitalier, qui renvoie à la coordination de l'ensemble de l'offre de soins hospitaliers par l'Etat, a été construit en dehors du spectre de la notion de service public. Cela amène au constat de l'échec de la notion de service public comme fondement du système de santé en droit français. Depuis les années 2000, l'émergence du concept du système de santé en droit interne de la santé, ainsi que l'influence du droit de l'Union Européen sur la conception de service public dans le champ des services sociaux et sanitaires, ont conduit à un renouveau du rôle du service public dans le domaine de la santé. Le service public s'est alors progressivement transformé en instrument d'organisation du système de santé au travers de son régime juridique. En ce sens, la réintroduction de la notion de service public hospitalier, opérée par la loi Touraine de 26 janvier 2016, apparaît comme paradoxale. Le passage à une approche exclusivement fonctionnelle de service public en matière de santé implique désormais de procéder à la définition et à l'aménagement des missions de « service au public » au sein du système de santé.

**Mots-clés :** Service public – Système de santé – Service public hospitalier - Missions de service public de santé – Services d'intérêt général – Obligations de service public – Service au public – Lois de service public- Système hospitalier – Offre de soins – Usager du système de santé – Planification sanitaire – Agence régionale de santé – Régulation – Coordination

---

## **The role of the notion of public service in the organization of the health system in French law**

**Abstract:** Since the 1970s, the notion of public service has been conceived as the basis of the health system in French law. However, this notion has not become an integral part of city care services within the scope of the health system. At the same time, the concept of the hospital system, which refers to the coordination of the entire supply of hospital care by the state, was constructed outside the spectrum of the concept of public service. This leads us to observe the failure of the notion of public service as the basis of the health system in French law. Since the 2000s, the emergence of the concept of the health system in domestic health law, as well as the influence of European Union law on the design of public service in the field of social and health services, have led to the renewal of the role of the public service in the domain of health. Public service then gradually became an instrument for organizing the health system through its legal regime. In this sense, the reintroduction of the concept of public health service, operated by the Touraine law of January 26, 2016, appears paradoxical. The shift to an exclusively functional public service approach in health involves defining and building "service to the public" missions within the health system.

**Keywords:** Public service – Health system – Public hospital service – Public health service missions – Services of General Interest – Public service obligations – Service to the Public – Service public laws - Hospital system – Health care offer – User of the health system – Health planning – Regulation – Coordination

**INSTITUT LÉON DUGUIT (ILD)**

EA 7439 – Université de Bordeaux



*L'Université de Bordeaux n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.*



*A mon Père...*





# REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier, tout d'abord, mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur Jean-François Brisson, pour sa compréhension, pour sa disponibilité, pour sa contribution à mon travail, ainsi que pour sa confiance.

Je remercie également les membres de mon jury Madame le Professeur Virginie Donier, Madame le Professeur Isabelle Poirot-Mazères, Monsieur le Professeur Olivier Renaudie et Monsieur le Professeur Didier Truchet pour l'honneur qu'ils m'ont fait en acceptant de lire et de juger mon travail.

Mes remerciements vont à tous les membres de l'Institut Léon Duguit, dans lequel j'ai effectué mon travail de recherche.

Je remercie ma famille et mes amis pour leur soutien tout au long des années consacrées au travail sur cette thèse.



# SOMMAIRE

SOMMAIRE .....	1
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS.....	3
INTRODUCTION.....	5
PARTIE 1 L'ECHEC DE LA NOTION DE SERVICE PUBLIC COMME FONDEMENT DU SYSTEME DE SANTE .....	89
<i>TITRE 1 - LE SERVICE PUBLIC : FONDEMENT DEFAILLANT DU SYSTEME DE SANTE .....</i>	<i>93</i>
<i>Chapitre 1 - L'exclusion initiale des services de santé de ville du champ de la notion de service public .....</i>	<i>97</i>
<i>Chapitre 2 - L'échec des tentatives fondées sur la notion de service public d'intégration des services de santé de ville dans le système de santé .....</i>	<i>153</i>
CONCLUSION TITRE 1.....	217
<i>TITRE 2- LE SERVICE PUBLIC : FONDEMENT DEPASSE DU SYSTEME HOSPITALIER.....</i>	<i>219</i>
<i>Chapitre 1 - Les raisons explicatives de l'abandon de la notion de service public hospitalier .....</i>	<i>223</i>
<i>Chapitre 2 - L'ambiguïté du rétablissement de la notion de service public hospitalier dans la loi .....</i>	<i>311</i>
CONCLUSION TITRE 2.....	371
PARTIE 2 L'EXTENSION DU REGIME DE SERVICE PUBLIC COMME INSTRUMENT D'ORGANISATION DU SYSTEME DE SANTE .....	373
<i>TITRE 1- LA TRANSFORMATION DE LA NOTION DE SERVICE PUBLIC DANS LE DOMAINE DE LA SANTE SOUS L'INFLUENCE DU DROIT DE L'UNION EUROPEEN .....</i>	<i>377</i>
<i>Chapitre 1 - L'inclusion du système de santé dans le champ du marché intérieur ____</i>	<i>381</i>
<i>Chapitre 2 - La réception de l'approche européenne fonctionnaliste en droit interne de la santé .....</i>	<i>437</i>
CONCLUSION TITRE 1.....	477
<i>TITRE 2 - LA DILUTION DE LA NOTION DE SERVICE PUBLIC PAR DIFFUSION D'ELEMENTS DE SON REGIME AU SEIN DU SYSTEME DE SANTE.....</i>	<i>479</i>
<i>Chapitre 1 - Le dépassement de la notion de service public par l'introduction de la notion de système de santé .....</i>	<i>483</i>
<i>Chapitre 2 - La notion de service au public : vecteur des exigences de service public au sein du système de santé .....</i>	<i>561</i>
CONCLUSION TITRE 2.....	623
CONCLUSION GENERALE.....	625
BIBLIOGRAPHIE .....	631
INDEX ALPHABETIQUE.....	657
TABLE DES MATIERES .....	659



## Liste des principales abréviations utilisées

aff. – affaire(s)

AFDS – Association française de droit de la santé

AJCT - Actualité juridique - Collectivités territoriales

AJDA – Actualité juridique - Droit administratif

al. – alinéa

art. – article

CAA – Cour administrative d’appel

Cass. – Cour de cassation

CCNE – Comité consultatif national d’éthique

CDOM- Conseil départemental de l’Ordre des médecins

CE – Conseil d’Etat

CEDH – Cour Européenne des droits de l’homme

CGCT – Code général des collectivités territoriales

CJCE – Cour de justice des communautés européennes

CJUE – Cour de justice de l’Union Européenne

coll. – collection

CNG – Centre national de gestion

CNOM – Conseil national de l’Ordre des médecins

cons. – considérant

Cons.const. – Conseil Constitutionnel

CPCE – Code des postes et des communications électroniques

CSP - Code de la santé publique

CSS – Code de la sécurité sociale

D. – Recueil Dalloz

DC – contrôle de constitutionnalité a priori

DDHC – Déclaration des droits de l’homme et du citoyen

DGOS – Direction générale de l’offre de soins

Dir. - Directive

dir. – sous la direction de

Dr.soc. – Revue du droit social

DREES - Direction de la recherche, des études, de l’évaluation et des statistiques

ed.- édition

EDCE – Etudes et documents du Conseil d’Etat

ex. – exemple

HAS – Haute autorité de santé  
HS – Hors-série  
Ibid.- Ibidem, au même endroit  
IGAS – Inspection générale des affaires sociales  
in – tiré de  
infra – ci-après  
JCP A – La semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales  
JDSAM – Journal du droit de la santé et de l'assurance maladie  
JO – Journal officiel  
LFSS - Loi de financement de la sécurité sociale  
MCO – Médecine – Chirurgie – Obstétrique  
Mél. – Mélanges en l'honneur de  
OMS – Organisation mondiale de la santé  
Op.cit. – Œuvre citée  
p. – page(s)  
préc. - précité  
RDP – Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger  
RDS – Revue droit et santé  
RDSS – Revue de droit sanitaire et social  
RTD Eur. – Revue trimestrielle de droit européen  
QPC – Question prioritaire de constitutionnalité  
Rec. – Recueil Lebon  
Règl. - Règlement  
RFAP – Revue française d'administration publique  
RFDA – Revue française de droit administratif  
RGDM- Revue générale de droit médical  
s. – suivant  
supra – ci-avant.  
t. – tome  
TA- Tribunal administratif  
T. confl. – Tribunal des conflits  
TFUE – Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne  
TPICE – Tribunal de première instance des Communautés européennes  
Trib. UE – Tribunal de première instance de l'Union Européenne  
v. – voir  
vol. – volume

# INTRODUCTION

Le professeur Didier Truchet a pu remarquer que « le service public a résisté à bien des crises doctrinales et pratiques, mais il n'est plus le même comme il y a vingt, soixante ou cent ans<sup>1</sup>. » Or, c'est le droit de la santé « qui a souvent joué un rôle de pionnier dans l'évolution de la conception de service public<sup>2</sup>. » En droit français, la notion de service public a été utilisée dans le domaine de la santé comme instrument en vue de la construction et de l'organisation du système de santé. Les réformes sanitaires ont progressivement fait de la notion de service public un fondement du système de santé et un instrument d'organisation du système de santé. Par ailleurs, dans le domaine de la santé, la notion de service public est fortement marquée par un aspect organique, en raison du lien symbolique entre le service public et les établissements publics de santé. Cependant, les pouvoirs publics ont progressivement privilégié une approche fonctionnelle de la notion de service public en matière de santé, qui a été ainsi envisagée par référence aux missions ou aux obligations spécifiques, conformément à la conception du droit de l'Union Européenne en matière de services d'intérêt général. Or, l'évolution de la conception de la notion de service public en droit de la santé a été influencée par l'émergence du concept juridique du système de santé au sein de la législation sanitaire. Le système de santé apparaît désormais comme un concept qui déclenche l'application d'un régime de droit commun à tous les acteurs de santé. Le régime juridique du système de santé s'inspire du régime juridique attaché à la notion de service public, mais fait part également aux instruments juridiques plus souples dans le respect de la liberté et de la diversité des protagonistes de santé.

Par conséquent, cette recherche va se concentrer sur l'étude du rapport juridique entre la notion de service public et le concept de système de santé, et plus précisément, sur la question du rôle attribué à la notion de service public dans l'organisation du système de santé en droit français.

L'exposé de la problématique de la recherche (**Section 3**) implique de s'intéresser préalablement à la définition des termes du sujet afin de fixer le cadre de la recherche

---

<sup>1</sup> TRUCHET, Didier, *Droit administratif*, Paris, PUF, 8<sup>e</sup> éd., 2019, p. 362.

<sup>2</sup> *Ibid*, p.402.

(Section 1), ainsi qu'à l'articulation des termes du sujet afin de délimiter l'objet de la recherche (Section 2).

## **Section 1. Le cadre de la recherche : la confrontation des notions de service public et de système de santé**

Dans cette partie de l'introduction, il s'agira de procéder à une définition des termes du sujet, qui constituent le cadre de la recherche. Tout d'abord, il convient de s'arrêter sur la notion de service public, notamment sous l'angle de sa spécificité dans le contexte français (§1). Par la suite, sera développée la notion de système de santé : sa définition abstraite, ainsi que sa construction dans le champ juridique (§2).

### ***§ 1. La notion de service public : une notion spécifique dans le cadre français***

En droit français, la notion de service public est une notion de droit public général. En ce sens, elle a un lien fondamental avec la question des rapports entre l'Etat et la société. Cette notion a également joué un rôle prépondérant dans la formation du droit administratif français.

Cependant, dans un sens matériel, la notion de service public n'est pas propre au droit français. Comme le souligne le professeur Jacques Chevallier, quel que soit le vocabulaire utilisé, quelle qu'en soient les modalités de définition et d'organisation choisies, c'est une notion qui est, au fond, inhérente à l'organisation de la communauté humaine, dans la mesure où elle évoque « l'existence dans toute société d'un ensemble d'activités considérées comme étant d'intérêt commun et devant être à ce titre prises en charge par la collectivité(...)»<sup>3</sup>. »

Il existe, pour autant, une « expérience française de service public<sup>4</sup> » qui est bien spécifique. La particularité du service public dans la configuration française réside dans la différenciation, mais aussi dans l'enchevêtrement, des deux dimensions de la notion de

---

<sup>3</sup> CHEVALLIER Jacques, « Les nouvelles frontières du service public », *Regards croisés sur l'économie*, 2007/2 (n° 2), p. 14.

<sup>4</sup> CAILLOSSE, Jacques, « Le service public est mort, vive le service public ! », in DECRETON, Séverine (dir.), *Service public et lien social*, Paris, L'Harmattan, 1999, p. 399.



service public : une dimension idéologique et symbolique (**A**) et une dimension technique et pragmatique (**B**).

### ***A. La dimension idéologique de la notion de service public***

L'existence d'un poids idéologique attaché à la notion de service public en France constitue la manifestation de l'idée que cette notion « opère en dehors du droit, dans la sphère politique et sociale<sup>5</sup>. » En ce sens, non seulement la notion de service public est une notion juridique, mais elle est également présentée comme relevant de l'ordre des « mythes<sup>6</sup> », en tant que « support symbolique de représentations et de l'Etat et de la Société<sup>7</sup> ». Il existe ainsi une dimension « mythique, émotionnelle et fatalement politique<sup>8</sup> » du service public en France. La notion de service public apparaît comme traversée par l'idéologie<sup>9</sup>, comme fortement idéologisée, chargée d'un contenu politique<sup>10</sup>, érigée en véritable opérateur et instrument idéologique<sup>11</sup>.

Or, la dimension idéologique de la notion de service public dans le cadre français découle de la théorisation de cette notion au sein de la doctrine juridique française (1). Plus récemment, a été mise en l'exergue l'existence d'une « conception française du service public, » qui est illustrative du poids idéologique acquis par cette notion (2). Cependant, la dimension idéologique qui traverse la notion de service public se trouve à l'origine des multiples « crises » qui ont frappé cette notion dans ses aspects juridiques et politiques (3).

---

<sup>5</sup> ESPAGNO, Delphine, « L'idéologie du service public », in CHERRIER, Emmanuel, FRANCOIS, Stéphane (dir.), *Le service public et les idéologies politiques*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires de Septentrion, 2016, p.16.

<sup>6</sup> CHEVALLIER, Jacques, « Le service public », coll. *Que sais-je ?*, Paris, P.U.F., 11<sup>ème</sup> éd, 2018, p. 3 ; p.40.

<sup>7</sup> NIZARD, Lucien, « A propos de la notion de service public : mythes étatiques et représentations sociales », in *Mél. Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p.91.

<sup>8</sup> BIGOT, Grégoire, « Les faillites conceptuelles de la notion de service public en droit administratif », *RFDA*, 2008, p.1.

<sup>9</sup> V. ESPAGNO, Delphine, « L'idéologie du service public », *op.cit.*, p. 15, KOUBI, Geneviève, « L'idéologie du service public », in *Le Service public*, AFDA (dir.), Paris, Dalloz, 2014, p. 41.

<sup>10</sup> BAUBY, Pierre, *L'eupéanisation des services publics*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 2011, p. 16.

<sup>11</sup> CHEVALLIER, Jacques, « Le service public », *op.cit.*, p. 4.

## ***1. La théorisation de la notion de service public : source de la dimension idéologique du service public dans le cadre français***

Dans le cadre français, « la doctrine de service public » a été forgée au début du XX<sup>e</sup> siècle. Dans le cadre de cette doctrine juridique, la notion de service public a été utilisée comme concept fondant une nouvelle théorie de l'Etat, ainsi que comme critère de l'application du droit administratif et de la compétence de la juridiction administrative.

Le service public se trouve au centre de la théorie objective de l'Etat du juriste français Léon Duguit (1859-1928). Cette théorie était conçue en opposition de la conception classique et subjective de l'Etat-souverain, détenteur de la puissance et de l'autorité<sup>12</sup>. Dans son œuvre, Duguit s'est efforcé à donner une définition purement objective de l'Etat, qu'il envisageait comme un simple fait social, voire comme « une coopération de services publics organisés et contrôlés par des gouvernants<sup>13</sup>. » Il s'est attaché ensuite à utiliser la notion de service public afin d'expliquer, de légitimer, mais aussi de limiter objectivement et juridiquement le pouvoir exorbitant détenu par les gouvernants. Etait définie ainsi comme service public « toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale, et qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante<sup>14</sup>. » Dès lors, les prérogatives de puissance publique des gouvernants trouvaient une justification et étaient légitimes dans leur exercice, lorsqu'elles avaient comme finalité la satisfaction d'une activité de service public. En revanche, toute utilisation de la force et du pouvoir, non justifiée par les nécessités de service public, était considérée comme sans valeur dans la théorie objective de Duguit<sup>15</sup>. Le service public était donc conçu comme « le fondement et la limite du pouvoir gouvernemental<sup>16</sup>. »

En ce sens, originairement, Léon Duguit s'est servi de la notion de service public dans l'objectif de limiter la puissance des gouvernants sur les gouvernés. Pour cette raison, sa théorie était, dans son essence, une théorie de l'Etat libérale. En revanche, la notion de service

---

<sup>12</sup> V. DUGUIT, Léon, *Les transformations du droit public*, Paris, Librairie Armand Colin, 1913, p. 33-72.

<sup>13</sup> DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing et C<sup>ie</sup>, 3<sup>e</sup> éd., 1928, p. 59.

<sup>14</sup> *Ibid*, p. 61.

<sup>15</sup> *Ibid*, p. 62.

<sup>16</sup> *Ibid*.

public n'était pas conçue comme un concept juridique. En ce sens, Léon Duguit « n'aurait pas cherché à faire du service public le critère d'un régime spécial à l'administration<sup>17</sup>. »

Cependant, la notion de service public présentait un certain nombre de traits caractéristiques au sein de l'œuvre de Léon Duguit.

Le service public « duguiste » apparaissait, tout d'abord, comme une notion essentiellement matérielle, dans la mesure où cette notion était censée regrouper un ensemble d'activités d'intérêt collectif. Or, c'est la position de ces activités par rapport à l'interdépendance sociale qui conditionnait leur qualification ou non en services publics. Cependant, à partir du moment où une activité apparaissait comme étant matériellement de service public, la conséquence immédiate était que cette activité devait être réalisée par l'intermédiaire de l'intervention gouvernementale.

Le service public apparaissait également comme une notion objective. En effet, dans le cadre de la théorie de Duguit, le service public avait pour fonction principale de limiter le pouvoir des gouvernants. Pour cette raison, celui-ci ne pouvait pas être conçu comme une création purement subjective, issue de la volonté des gouvernants. En ce sens, le service public était présenté comme un fait social qui ressortait de la conscience sociale, du droit objectif. Les autorités publiques n'avaient que l'obligation de matérialiser son existence en droit positif et d'aménager l'organisation et le fonctionnement de celui-ci au profit de la collectivité.

Finalement, le service public apparaissait comme une notion évolutive, dans la mesure où son champ d'application n'était pas figé, mais pouvait évoluer « au gré des exigences de la solidarité sociale<sup>18</sup>. » Duguit avait affirmé ainsi « qu'à mesure que la civilisation se développe, le nombre des activités susceptibles de servir de support à des services publics augmente et le nombre des services publics s'accroît par là même<sup>19</sup>. »

Or, dans le cadre français, le service public était également érigé en concept juridique explicatif de l'application du droit administratif et de la compétence du juge administratif. Cette démarche a été entreprise par le mouvement doctrinal appelée « l'école de Bordeaux, »<sup>20</sup> ou plus précisément encore, « l'école du service public »,<sup>21</sup> qui était composé

---

<sup>17</sup> PISIER-KOUCHNER, Evelyne, *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, Thèse, Paris, LGDJ, 1972, p.21.

<sup>18</sup> BRACONNIER, Stéphane, *Droit des services publics*, Paris, PUF, 2<sup>e</sup> éd., 2007, p. 125.

<sup>19</sup> DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, *op.cit.*, p.63.

<sup>20</sup> GUGLIELMI, Gilles, *Introduction au droit des services publics*, Paris, LGDJ, 1994, p. 24.

par les juristes Gaston Jèze, Louis Rolland, Roger Bonnard et André de Laubadère. Dans le cadre de leur entreprise doctrinale, ces juristes, et notamment Gaston Jèze, se sont appuyés sur un certain nombre d'arrêts rendus par le Conseil d'Etat et le Tribunal des conflits, ainsi que sur des conclusions des commissaires de gouvernement les accompagnants.

Il s'agissait avant tout de l'arrêt *Blanco*, rendu par le Tribunal des conflits le 8 février 1873,<sup>22</sup> qui avait posé le principe que la responsabilité extracontractuelle qu'incombait à l'Etat du fait des activités des services publics devait relever d'un droit spécifique, distinct et autonome du droit civil, qui était le droit administratif et qui devait être appliqué par une juridiction spéciale, à savoir la juridiction administrative. Il en allait de même de certains arrêts rendus au début du XX<sup>e</sup> siècle : *Terrier*<sup>23</sup>, *Feutry*<sup>24</sup> et *Thérond*,<sup>25</sup> où, dans la continuité de l'arrêt *Blanco*, la notion de service public a été utilisée dans une logique d'unification du contentieux de l'administration aux mains du juge administratif.

Les juristes de « l'école de Bordeaux » ont procédé ainsi à une interprétation sans doute « radicale » des arrêts en question, en tirant comme conséquence « un lien inextricable entre les trois éléments que sont le service public, le droit administratif et la compétence du juge administratif [...] »<sup>26</sup> En ce sens, dans leur œuvre, le service public est devenu le « fondement du droit public<sup>27</sup> » ou encore « la pierre angulaire du droit administratif » selon la célèbre formule de Gaston Jèze.

Il y avait, pour autant, une différence majeure entre la notion de service public, dégagée par Léon Duguit, et celle qui a été conceptualisée par « l'Ecole de service public. » En effet, le chef de file de cette dernière, Gaston Jèze, avait donné une définition purement subjective de la notion de service public. En ce sens, il s'est écarté de l'idée « duguiste », selon laquelle les activités de service public étaient issues de la conscience sociale, et avait estimé, au contraire, que les activités qualifiées de service public résultaient exclusivement de l'intention du gouvernant :

---

<sup>21</sup> MELLERAY, Fabrice, « Ecole de Bordeaux, école du service public et école duguiste, proposition de distinction », *RDJ*, 2001, p. 1887.

<sup>22</sup> T.confl., 8 févr. 1873, Rec., p. 61.

<sup>23</sup> CE, 6 février 1903, Rec., p. 94 : compétence de la juridiction administrative en matière de contrats des départements conclus dans l'intérêt du service public.

<sup>24</sup> T.confl., 29 févr. 1908, Rec., p. 298 : compétence de la juridiction administrative en matière de responsabilité extracontractuelle des départements du fait des dysfonctionnements des services publics.

<sup>25</sup> CE, 4 mars 1910, Rec., p. 193 : compétence de la juridiction administrative en matière des contrats des communes conclus pour les besoins des services publics.

<sup>26</sup> BRACONNIER, Stéphane, *Droit des services publics, op.cit.*, p. 118.

<sup>27</sup> DUGUIT, Léon, *Les transformations du droit public, op.cit.*, p. 52.

*Sont uniquement, exclusivement, services publics les besoins d'intérêt général que les gouvernants, dans un pays donné, à une époque donnée, ont décidé de satisfaire par le procédé de service public.*(JEZE, Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, t.II, Paris, Dalloz, 2004, p.16)

Par la suite, Jèze s'est aligné au constat de Duguit, selon lequel le contenu matériel de la notion de service public était un contenu évolutif. En ce sens, ce contenu pouvait s'élargir ou diminuer selon les époques. Or, ce qui importait, c'est que ces évolutions ne dépendaient, au final, que de la conduite des gouvernants à un moment donné.

Or, à partir du moment où le service public est devenu une notion juridique, explicative de l'application du droit administratif par la juridiction administrative, sont apparus également des éléments de définition de cette notion. Ces éléments ont été synthétisés, notamment dans les ouvrages de Gaston Jèze<sup>28</sup> et de Louis Rolland<sup>29</sup>. Ils en existaient trois.

Le premier critère de définition de la notion de service public était d'ordre fonctionnel, dans la mesure où le service public était conçu comme un mécanisme qui tendait à satisfaire un besoin d'intérêt général

Il y avait ensuite un critère d'ordre organique. En effet, lorsqu'un besoin d'intérêt général était satisfait par le procédé de service public, sa satisfaction était assurée, en règle générale, par l'administration seule (en monopole) ou en concurrence avec des personnes privées. En toute hypothèse, le recours au service public impliquait au moins la présence de la haute direction des gouvernants.

Par ailleurs, le service public relevait de l'application d'un régime juridique spécifique, d'un procédé de droit public, en raison de sa spécificité par rapport aux activités privées.

A la même époque ont été forgés les principes communs à tous les services publics, qui existent également sous la dénomination de « *lois de Rolland*.» Il s'agit du principe de continuité dans l'organisation et le fonctionnement des services publics, de mutabilité ou encore d'adaptation permanente des services publics à l'évolution des besoins d'intérêt général, et d'égalité des usagers devant les charges et les profits des services publics.

---

<sup>28</sup> JEZE, Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, t.II, Paris, Dalloz, 2004.

<sup>29</sup> ROLLAND, Louis, *Précis de droit administratif*, Paris, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 1957.

La dimension idéologique de la notion de service public en France tire ainsi ses racines de la doctrine, qui avait conduit au rayonnement de cette notion au travers de la société et l'avait chargée d'importants effets sociopolitiques :

*Dans la mesure où elle assoit solidement la légitimité étatique, l'appuyant sur la dogmatique juridique, la doctrine de service public sera un puissant moteur d'expansion étatique, en contribuant à favoriser la montée en puissance de l'Etat au cœur de la vie sociale* (CHEVALLIER, Jacques, « La place du service public dans l'univers juridique contemporain », in *Le service public en devenir*, ROUBAN, Louis (dir.), Paris, L'Harmattan, 2000, p. 24-25).

Or, c'est essentiellement sur la base de la théorie de l'Etat de Léon Duguit, que le service public est devenu un opérateur idéologique de légitimation de l'exercice de la puissance publique, une notion symbolisant le rôle de l'Etat dans la société, l'un de ces « mythes » qui représentent et légitiment la machine étatique dans les yeux de ses citoyens<sup>30</sup>.

#### a. La fonction politique de la notion de service public

Suite à sa conceptualisation doctrinale dans le cadre français, la notion de service public s'est substituée à la notion de puissance publique comme fondement de l'existence et de l'intervention de l'Etat et des autres personnes publiques dans la société. En ce sens, « précédemment plutôt défini par le monopole de la violence légitime, l'Etat devient un prestataire de services pour le compte de ses administrés<sup>31</sup> » et par là, il commence à bénéficier « d'un triple postulat de bienveillance, d'omniscience et d'infailibilité<sup>32</sup>. » L'intérêt de la notion de service public est dès lors, qu'elle permet, au lieu de mettre l'accent sur la puissance de l'Etat, de mettre l'accent sur les obligations de l'Etat<sup>33</sup>.

Cependant, ce qui apparaît comme paradoxal, et de toute façon comme étant en écart avec la théorie de service public de Léon Duguit, c'est qu'au lieu d'être une notion de limitation de l'action publique dans des frontières strictement objectives, le service public s'est imposé, au contraire, comme la notion généralement invoquée pour justifier l'exercice de la puissance publique et l'expansion de l'intervention publique :

---

<sup>30</sup> NIZARD, Lucien, « A propos de la notion de service public : mythes étatiques et représentations sociales », *op.cit.*

<sup>31</sup> STOFFAES, Christian (dir.), *Services publics, questions d'avenir*, Rapport, Paris, La Documentation française, 1995, p. 48.

<sup>32</sup> CHEVALLIER, Jacques, « Le service public », *op.cit.*, p. 40.

<sup>33</sup> NIZARD, Lucien, « A propos de la notion de service public : mythes étatiques et représentations sociales », *op.cit.*

*Le service public, loin de compromettre la puissance étatique lui fournit une légitimité nouvelle en instrumentalisant les prérogatives administratives ; il en fait les moyens d'exercice d'une mission d'intérêt général et non plus les signes d'une souveraineté inconditionnelle et irresponsable. (NIZARD, Lucien, « A propos de la notion de service public : mythes étatiques et représentations sociales », in *Mélanges Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p.96).*

Un nouveau rôle de l'Etat dans la société est ainsi émergé, qui consistait dans la prise en charge des activités de service public. Or, la référence à notion de service public était susceptible de justifier une intervention publique renforcée dans la vie sociale, d'une part, puisque l'idée de prestation des services à la population véhiculée par cette notion sert à dissimuler la domination publique<sup>34</sup> et, d'autre part, puisque les personnes publiques sont les maîtres de la qualification des activités de service public. Par conséquent, « tout est service public potentiel de par la volonté des gouvernants<sup>35</sup>. » Au final, la référence à la notion de service public implique « la présence de l'Etat sans donner l'impression d'accroître la puissance de l'Etat<sup>36</sup>. »

En ce sens, pendant la période historique des deux guerres mondiales, la notion de service public a servi d'assise à un mouvement d'extension de l'intervention des personnes publiques au travers de la prise en charge d'activités de prestation de services. Le service public est devenu l'axe principal de l'émergence d'un nouveau modèle d'Etat au sein de la société.

Il s'agissait, d'un point de vue économique, du modèle de l'Etat interventionniste, dans la mesure où le service public avait progressivement acquis une « *position structurelle dans l'économie* »<sup>37</sup> en France, surtout en raison de l'apparition des grandes entreprises publiques chargées de la gestion des secteurs économiques de bases et effectuant, dans la grande majorité de cas, des activités qualifiées de service public<sup>38</sup>. Il s'agissait aussi, d'un point de vue social, du modèle de l'Etat garant de la solidarité sociale, à savoir l'Etat-providence qui va s'investir progressivement dans la prise en charge collective des fonctions de solidarité en se substituant aux initiatives privées, familiales et religieuses qui existaient

---

<sup>34</sup> *Ibid*, p. 97.

<sup>35</sup> LINOTTE, Didier, ROMI, Raphael, CADEAU, Emmanuel, *Droit du service public*, Paris, Lexis Nexis, 2<sup>e</sup> éd., 2014, p.12.

<sup>36</sup> BRACONNIER, Stéphane, *Droit des services publics*, *op.cit.*, p. 127.

<sup>37</sup> CHEVALLIER, Jacques, « Les nouvelles frontières du service public », *op.cit.*

<sup>38</sup> Secteurs de l'énergie, de la poste, des transports, des télécommunications...

antérieurement dans le domaine social<sup>39</sup>. Ce phénomène d'amplification des interventions publiques par le procédé de service public était perceptible également au niveau des collectivités locales avec l'essor du mouvement de « *socialisme municipal* <sup>40</sup> » à partir des années 1920.

#### b. La fonction sociale de la notion de service public

A côté de sa fonction politique, dans le contexte français, la notion de service public assume également une fonction d'intégration sociale. L'existence de cette fonction attachée au service public découle également de sa conceptualisation par la doctrine juridique française comme mécanisme de mise en œuvre de l'interdépendance sociale.

En ce sens, la notion de service public est devenue une figure de l'identité nationale et culturelle, une notion que la société s'est appropriée, en y assignant un certain nombre de significations communément admises. Cette notion renvoie, en ce sens, à une série de représentations collectives.

Dans l'imaginaire collectif, le service public s'est imposé, tout d'abord, comme un facteur d'intégration à la communauté nationale, censé permettre à chaque citoyen « de se sentir pleinement intégré dans la communauté nationale. »<sup>41</sup>

Par ailleurs, le service public apparaît comme un instrument capital pour la réalisation de la cohésion sociale et territoriale, en ce qu'il « *garantit que des groupes socialement ou géographiquement défavorisés ne se voient pas interdire l'accès à des biens jugés essentiels* <sup>42</sup>. »

En ce sens, dans les représentations sociales, le service public est devenu le symbole d'un Etat-garant d'un certain degré de solidarité dans la société.

---

<sup>39</sup> V. MERRIEN, François-Xavier, « L'Etat-providence », *coll. Que sais-je*, Paris, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2007, à titre d'exemple : création de service public de la sécurité sociale en France par l'ordonnance n°45-2250 du 4 octobre 1945.

<sup>40</sup> Mouvement qui désigne la prise en charge par les communes, au moyen de services publics, « *des activités, commerciales notamment, dont elles estiment qu'elles correspondent à un véritable besoin d'intérêt général de la population et qui ne sont pas ou sont mal assumées par l'initiative privée* [...] » (LACHAUME, Jean-François et al., *Droit des services publics*, Paris, LexisNexis, 3<sup>e</sup> éd., 2018 p. 43.)

<sup>41</sup> ZIANI, Salim, *Du service public à l'obligation de service public*, Thèse, Paris, LGDJ, 2015, p. 46.

<sup>42</sup> CHEVALLIER, Jacques, « La place du service public dans l'univers juridique contemporain », *op.cit.*, p. 26.



Or, la dimension idéologique du service public dans le cadre français trouve sa prolongation dans la formation d'une « *conception française du service public.* »

## ***2. La « conception française du service public » : prolongation de la dimension idéologique du service public dans le cadre français***

Le terme de « *conception française du service public* » est d'apparition plus récente. En effet, le débat autour de la conception française du service public est apparu dans les années 1990 en réponse d'une menace ressentie face à la conception communautaire du service public, ou plus précisément, du service d'intérêt général<sup>43</sup>, et dans le contexte de l'essor du néo-libéralisme dans la pensée économique de l'époque<sup>44</sup>.

La spécificité de la conception française du service public réside, tout d'abord, dans le lien fort, presque sacré, qui existe entre la notion de service public et la notion d'intérêt général. En effet, à côté de l'idéologie du service public, il existe, dans le cadre français, une idéologie de l'intérêt général<sup>45</sup>. Cette idéologie consiste dans la représentation de l'intérêt général comme « *qualitativement distinct des intérêts particuliers*<sup>46</sup>. » L'intérêt général est ainsi traditionnellement considéré comme distinct, mais aussi comme supérieur aux intérêts privés. En particulier dans le cas français, l'intérêt général n'est pas censé être la somme des intérêts privés, qu'il tend ainsi à transcender. De plus, « *intérêt collectif et intérêts particuliers ont été perçus comme étant, non seulement d'essence différente, mais encore contradictoires : l'intérêt collectif de la société entrerait inévitablement en conflit avec les intérêts particuliers des membres, contre lesquels il devrait être protégé et imposé*<sup>47</sup>. »

En ce sens, le professeur Jacques Chevallier avait souligné le rôle de la notion de service public dans la formation d'une distinction, voire d'une séparation drastique entre la

---

<sup>43</sup> L'idée d'une conception communautaire du service public, radicalement opposée à la conception française, est apparue à la lecture de l'article 86§ 2 du Traité instituant la Communauté européenne (TCE) relatif aux services d'intérêt économique général (SIEG), qui pose le principe que ces services sont soumis aux règles des traités européennes, notamment aux règles du droit de la concurrence, sauf dérogations, dans les cas où cette application fait échec à l'accomplissement de leur mission.

<sup>44</sup> Le néolibéralisme peut se définir comme « *la mise en forme doctrinale d'une attitude de suspicion de rejet, à l'égard de l'Etat et de l'action publique et proposant une réduction de l'action publique afin de rendre au marché sa fonction d'allocation optimale de ressources.* » V. CHAMBAT, Pierre, « Service public et néolibéralisme » in *Annales. Economies, Sociétés, Civilisations*, 45<sup>e</sup> année, n°3, 1990, p. 615.

<sup>45</sup> V. CHEVALLIER, Jacques, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in *Variations autour de l'intérêt général*, Paris, PUF, 1978.

<sup>46</sup> CHAMBAT, Pierre, « Service public et néolibéralisme », *op.cit.*

<sup>47</sup> CHEVALLIER, Jacques, « Intérêt général », in CASILLO I. et al. (dir.), *Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation*, Paris, GIS Démocratie et Participation, 2013, {En ligne}, disponible sur : <http://www.dicopart.fr/es/dico/interet-general>.

sphère publique et la sphère privée. La sphère publique est, en effet, conçue comme la sphère qui s'identifie par la notion de service public et cette dernière notion lui confère un socle de valeurs communes. De la même manière, le service public constitue le principe de différenciation de la sphère publique par rapport aux activités relevant de la sphère privée<sup>48</sup>.

Par conséquent, le service public apparaît en France comme l'instrument par excellence pour satisfaire les besoins considérés comme étant d'intérêt général, surtout puisqu'il est soumis à des obligations spécifiques et bénéficie des prérogatives exorbitantes de droit commun. En ce sens, dès qu'il existe un besoin d'intérêt général, qualifié comme tel par les pouvoirs publics, la conséquence immédiate est que sa prise en charge devait s'effectuer dans le cadre d'une logique de service public. Cela entraîne ainsi un risque de confusion entre les notions d'intérêt général et de service public. Cependant, il existe une différence entre ces deux notions qui doit être soulignée.

En réalité, l'intérêt général dispose d'un périmètre plus large que le service public, en tant qu' « *il englobe mais déborde le service public*<sup>49</sup>. » En ce sens, l'initiative privée, le marché, les entreprises contribuent et ont toujours contribué à la satisfaction de l'intérêt général. Cela implique en principe qu'uniquement « *la haute teneur en intérêt général* », l'existence « *d'un intérêt général caractérisé* » devait normalement déclencher l'intervention du procédé du service public<sup>50</sup>.

Il apparaît, en outre, que dans le cadre de la conception française, la notion de service public se présente comme une notion « *confuse, polysémique, à plusieurs sens*<sup>51</sup> » C'est surtout l'adjectif « public » qui est susceptible de recevoir plusieurs sens. Il peut désigner aussi bien les destinataires du service, les formes de propriétés des entreprises et des prestataires du service, ou encore, l'autorité ayant la charge d'organiser et de définir le service<sup>52</sup>.

Chargée de multiples connotations, la notion française de service public a parfois été confondue avec des notions, qui renvoient davantage aux différentes modalités de gestion des activités de service public.

---

<sup>48</sup> CHEVALLIER, Jacques, « Le service public », *op.cit.*, p. 38.

<sup>49</sup> GAUDEMET, Yves « Le partenariat public privé en France dans la perspective de la métamorphose de l'intérêt général », *D.*, 2007, p. 3084.

<sup>50</sup> LACHAUME, Jean-François et al., *Droit des services publics, op.cit.*, p. 36

<sup>51</sup> CARTELIER, Lysiane, « Existe-il un fondement économique à la notion de service public », *Sociétés contemporaines*, 1998, vol. 32, n° 1, p. 25.

<sup>52</sup> BAUBY, Pierre, *L'europeanisation des services publics, op.cit.*

A titre d'exemple, il n'est pas rare de confondre le service public avec le statut monopolistique<sup>53</sup>. Il s'agit d'une formule qui a effectivement été utilisée en France pour la gestion des grands services publics économiques structurés en réseaux. Or, dans l'imaginaire collectif, s'est répandue l'idée du modèle du service public monopolistique, soustrait au marché et à la concurrence, et dépassant le champ strict des services publics en réseaux. Comme l'explique le professeur Jacques Chevallier, « le statut de monopole est, en réalité, inhérent à la conception même du service public, qui implique que celui-ci est seul capable de satisfaire les besoins collectifs<sup>54</sup>. » En ce sens, le monopole public serait justifié par la nécessité de protéger le service public de la pression de la concurrence.

De la même manière, systématiquement, la notion de service public est confondue avec la notion de secteur public. Cette confusion peut s'expliquer par le fait, que dans le cadre français, le service public est censé être le principe axiologique guidant la gestion publique. L'idée s'est répandue ainsi que ce sont les personnes publiques, les agents publics, les fonctionnaires, qui sont exclusivement censés assurer la gestion des activités de service public qui touchent à l'intérêt général. En ce sens, « *alors que l'entreprise privée cherche à promouvoir ses intérêts propres, le service public est institué pour satisfaire des besoins qui le dépassent* »<sup>55</sup>.

En outre, la notion française de service public se caractérise par la confusion des deux approches, qui sont l'approche ou le sens matériel du service public et l'approche ou le sens organique du service public. La conception fonctionnelle ou matérielle du service public met l'accent sur les objectifs, les finalités ou encore la mission d'intérêt général faisant l'objet du service public. En revanche, le sens organique du service public renvoie à une assimilation entre la notion de service public et l'entité qui rend le service. Dans le cadre de cette approche, le service public est ainsi conçu comme une partie de l'appareil administratif, de l'Etat ou des collectivités territoriales.

---

<sup>53</sup> Le monopole peut se définir comme une structure de marché dans laquelle un producteur unique propose ses produits à une multitude d'acheteurs (BRUNO, Alain, ELLEBOODE, Christian (dir.), *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, Paris, Ellipses, 3<sup>e</sup> éd, 2014, p.347) Transposé, à la logique de service public, le monopole vise un opérateur chargé du monopole de la gestion d'une activité ou des activités qualifiées de service public sur le marché.

<sup>54</sup> CHEVALLIER, Jacques, « Regards sur une évolution » , *Le service public : unité et diversité*, AJDA, 1997, n° spécial, p.13.

<sup>55</sup> CHEVALLIER, Jacques, « Les nouvelles frontières du service public », *op.cit.*

Par ailleurs, la forte dimension idéologique de la notion de service public en France peut expliquer que cette notion a fait l'objet de débats et de polémiques systématiques au sein de la doctrine juridique.

### ***3. Les critiques doctrinales de la notion de service public : conséquence de la dimension idéologique du service public***

Une première « crise » avait touché la notion de service public dans son aspect juridique et avait fragilisé la conception du service public comme notion explicative de l'action administrative, du droit administratif et de la compétence du juge administratif. Cette crise est ancienne et résulte de l'éclatement des critères classiques de définition de la notion de service public, dégagés par la « doctrine de service public ».

En premier lieu, c'est le lien entre le service public et le droit administratif qui a été remis en cause. En effet, dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, la jurisprudence administrative a fait progressivement référence à une nouvelle catégorie de services publics en droit français, la catégorie des services publics industriels et commerciaux, (SPIC) dont la gestion s'effectue, en règle générale, selon un régime de droit privé<sup>56</sup>.

Il en va de même du lien entre le service public et les personnes publiques. En effet, le critère organique de la notion de service public était le critère dominant, résultant de l'arrêt *Blanco*, où la notion de service public a été utilisée dans une conception purement organique, visant « l'entreprise placée sous la direction des gouvernants et dont le fonctionnement est assuré par des personnes purement administratives<sup>57</sup>. » Or, la jurisprudence administrative avait constaté et confirmé le phénomène de prise en charge des missions de service public par des organismes de droit privé, habilités en ce sens par un texte juridique, indépendamment de tout acte de concession de service public<sup>58</sup>.

Le phénomène d'éclatement des critères de définition du service public est susceptible ainsi d'expliquer l'échec de la notion de service public de devenir le support unique et exclusif de l'application du droit administratif et de la compétence du juge administratif.

---

<sup>56</sup> T.conf., 22 janv.1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, Rec., p. 91, CE, 23 déc. 1921, *Société générale d'armement*, Rec., p.1109 (première référence explicite à la catégorie de SPIC en jurisprudence).

<sup>57</sup> MORANGE, Jean, « Le déclin de la notion juridique de service public », *D.*, 1947, ch. XII, p. 45.

<sup>58</sup> CE ass., 13 mai 1938, *Caisse primaire « Aide et protection »* Rec., p. 417.

Par conséquent, la notion juridique de service public est restée cantonnée à un critère unique, qui est le critère fonctionnel et qui se rapporte au but du service public, qui est de satisfaire à l'intérêt général. Le service public pourrait ainsi se définir de manière purement fonctionnelle, comme une activité d'intérêt général.

Cependant, la difficulté qui est apparue dans ces circonstances, était de déterminer ce que couvrait exactement la notion d'intérêt général, en tant que critère unique de définition de la notion de service public. Or, l'intérêt général apparaît comme un terme standard. Par conséquent, son contenu est particulièrement difficile, voire impossible à être cerné de manière objective. L'intérêt général constitue, en effet, « une notion en perpétuelle évolution, largement tributaire des circonstances de temps, de lieu, de mœurs, de l'orientation de la majorité à un moment donné<sup>59</sup>. » De la même manière, l'intérêt général est traversé par une forte connotation politique, dans la mesure où sa définition dépend, en grande partie, de la conception que les gouvernants se font de celui-ci à un moment donné. Par conséquent, l'intérêt général risque à se transformer en « véritable alibi »<sup>60</sup> pour justifier les décisions prises par les autorités publiques.

Cependant, malgré le phénomène d'éclatement des critères de définition de la notion française de service public, la plus grande partie de la doctrine juridique avait conservé les trois critères classiques dans la définition de cette notion. Cependant, les auteurs contemporains avaient fourni une définition plus actuelle de la notion de service public permettant ainsi d'échapper à la difficulté conceptuelle de cantonner la notion de service public au seul critère fonctionnel. Le service public est ainsi actuellement défini comme une activité d'intérêt général, se trouvant au moins sous le contrôle d'une personne publique responsable de sa conception (si ce n'est pas le cas pour sa gestion), et soumis au moins à un socle de règles exorbitantes dans son organisation et dans son fonctionnement (il s'agit des principes communs à tous les services publics : l'égalité, la continuité et l'adaptation permanente, voire la neutralité)<sup>61</sup>.

Néanmoins, dans les années 1980, la notion de service public a été de nouveau « mise en procès », cette fois-ci, en raison de ses défaillances sur le plan épistémologique<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> LACHAUME, Jean-François et al., *Droit des services publics, op.cit.*, p. 33.

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 25 e s., GUGLIELMI, Gilles J., KOUBI, Geneviève, LONG, Martine, *Droit du service public*, Paris, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2016, p. 106 et s. (définition sur la base du critère fonctionnel et du critère organique uniquement)

<sup>62</sup> V. REGOURD, Serge, « Le service public et la doctrine : pour un plaidoyer dans le procès en cours », *RDP*, 1987, p. 14.

Le professeur Didier Truchet<sup>63</sup> avait souligné à ce propos, l'absence de toute définition rigoureuse du service public en droit français, en expliquant ce phénomène par la fonction accordée à cette notion : celle d'être un « label » attribué à une activité d'intérêt général par les autorités gouvernantes ou par le juge, déclenchant ce que l'auteur appelle le « statut de service public », c'est-à-dire, « un ensemble des règles qui s'appliquent nécessairement à toute activité reconnue comme un service public<sup>64</sup>. » Finalement, le service public ne serait en France qu'une simple expression qui renvoie à une multitude de significations, mais qui se trouve vidée de toute substance conceptuelle.

En complément de la théorie du service public comme « label », celui-ci a également été présenté comme un mécanisme potentiellement dangereux pour l'exercice des libertés publiques<sup>65</sup>.

Les principales critiques doctrinales se focalisent, au final, sur la subjectivité et l'imprécision de la notion de service public dans le cadre français. En effet, s'il existe des critères de définition du service public, ces critères portent toujours sur le service public, tel qu'il a été créé par les pouvoirs publics. En revanche, il n'existe pas d'éléments permettant de déceler l'essence même du service public, c'est-à-dire, de définir le service public, tel qu'il doit être créé<sup>66</sup>.

En ce sens, il a été souligné à plusieurs reprises que de point de vue conceptuel, la notion de service public est une notion qui cache des contradictions essentielles<sup>67</sup>, comportant un « incroyable écart qui s'est creusé entre le signifiant service public, et le signifié<sup>68</sup> » C'est l'expression même de « service public » qui apparaît comme porteuse d'illusions et chargée d'utopie<sup>69</sup>.

Malgré le poids idéologique que la notion de service public a acquis dans le cadre français, le service public reste conçu comme un instrument opérationnel, indispensable à l'intervention des personnes publiques dans l'intérêt de la société. Il s'agit du procédé juridique de base permettant la réalisation de l'intérêt général, ainsi que des droits

---

<sup>63</sup> TRUCHET, Didier, « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard : label de service public et statut de service public », *AJDA*, 1982, p. 427.

<sup>64</sup> *Ibid*, p. 427.

<sup>65</sup> DEVOLVE, Pierre, « Service public et libertés publiques », *RFDA*, 1985, p. 1.

<sup>66</sup> *Ibid*.

<sup>67</sup> NIZARD, Lucien, « A propos de la notion de service public : mythes étatiques et représentations sociales », *op.cit.*, p. 96.

<sup>68</sup> CAILLOSSE, Jacques, « Le service public à la française : déconstruction d'un mythe » in PARDINI, Jean-Jacques, DEVES, Claude (dir.), *La réforme de l'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 180.

<sup>69</sup> KOUBI, Geneviève, « L'idéologie du service public », *op.cit.*, p. 42

fondamentaux, notamment dans les hypothèses où le marché s'avère défaillant pour répondre à ces objectifs. Il s'agit également de l'outil juridique principal dans la construction des solidarités, dans le développement du lien social et de la cohésion économique, sociale et territoriale.

En ce sens, au-delà de l'aspect idéologique de la notion de service public, il existe également une dimension technique, plus pragmatique de la notion de service public, qui est actuellement en train de prendre son essor. Cette dimension permet de mettre en évidence l'adaptabilité de la notion de service public, dans le cadre français, aux nouveaux éléments contextuels qui entourent l'action publique.

### ***B. La dimension pragmatique de la notion de service public***

Il convient de souligner, que dans le cadre français, la notion de service public ne se présente pas uniquement comme une notion globale, générale et abstraite, comme un principe unificateur, mais également, et de plus en plus, comme un instrument technique à l'appui de l'action publique. Cela permet de saisir la dimension pragmatique qui traverse la notion française de service public. Cette dimension implique le passage progressif d'une approche globale et abstraite du service public à une approche sectorielle et technique, illustrée par le constat de l'existence d'une multitude et d'une diversité des services publics.

L'idée de la diversité des services publics se traduit, tout d'abord, par une démarche de catégorisation des services publics. En ce sens, les services publics peuvent être nationaux ou dépendre des collectivités territoriales. Selon leur sphère d'intervention, les services publics peuvent être qualifiés de régaliens, de sociaux, d'économiques ou de culturels<sup>70</sup>.

Reflet de l'essor de l'interventionnisme public, de nouvelles catégories de services publics sont apparues au sein de la jurisprudence. Ainsi, à côté de la catégorie classique de services publics administratifs, avaient émergé la catégorie de services publics industriels et

---

<sup>70</sup>V. BAUBY, Pierre, *Service public, services publics*, Paris, La Documentation française, 2011.

commerciaux,<sup>71</sup> qui persiste jusqu'à nos jours, ainsi que la catégorie de services publics sociaux, mais dont l'existence n'a pas été consolidé en droit français<sup>72</sup>.

L'idée de la diversité des services publics implique également que chaque service public puisse prendre des formes et des modalités d'organisation différentes. Il y a, en ce sens, autant de services publics différents, qu'il y a de secteurs de la vie sociale.

Il convient d'évoquer également que la notion française de service public a été engagée dans le cadre d'un processus d'« *européanisation*, »<sup>73</sup> ce qui a remis en cause, dans la pratique, certains des postulats ressortant de la conception française du service public

Malgré la tendance de confusion de l'approche fonctionnelle et de l'approche organique du service public sur le plan théorique, dans la pratique, le constat actuel est celui de la primauté de l'approche fonctionnelle sur l'approche organique. Il existe, en ce sens, une tendance de dissociation entre, d'un côté, les missions faisant l'objet du service public et les obligations entourant leur exercice et, de l'autre côté, les organismes chargés de la gestion des services publics. La notion de service public devient de plus en plus axée sur le service rendu au public. On assiste, par conséquent, à une « crise » de la conception organique du service public en France. Ce phénomène s'accompagne de deux grandes conséquences : une partie plus importante du secteur privé participe désormais dans la gestion des activités de services publics, ce qui fait aussi que le droit de la concurrence pénètre progressivement dans l'organisation de cette catégorie d'activités.

En ce sens, le service public ne peut plus être confondu avec le secteur public, à partir du moment où la tendance qui se dessine pour sa gestion implique « l'association des moyens du secteur public et du secteur privé pour mener à bien les tâches d'intérêt général afin de faire accéder le plus grand nombre de citoyens aux activités qualifiées de service public<sup>74</sup>. » Par conséquent, « la logique d'action de service public n'apparaît plus comme radicalement opposée à celle du privé (...) et l'entreprise privée ne peut plus être réduite à la seule recherche du profit<sup>75</sup>. » Cette donnée a entraîné un déplacement du critère organique de la

---

<sup>71</sup> T.confl., 22 janv.1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, ; CE, 23 déc.1921, *Société générale d'armement*, *préc.*

<sup>72</sup> T.confl., 22 janv. 1955, *Naliato*, Rec., p. 614 ; catégorie définitivement abandonnée : T. confl., 4 juil. 1983, *Gambini*, Rec., p. 540.

<sup>73</sup> Selon Henri Oberdorff le terme d'européanisation désigne une « manière de qualifier l'influence de plus en plus déterminante de l'Union Européenne sur les politiques publiques des Etats membres » (OBERDORFF, Henri, *L'Européanisation des politiques publiques*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2008.) ; V. BAUBY, Pierre, *L'européanisation des services publics*, *op.cit.*, p. 22).

<sup>74</sup> VALETTE, Jean-Paul, *Droit des services publics*, Paris, PUF., 2<sup>e</sup> éd., 2013, p. 55.

<sup>75</sup> CHEVALLIER, Jacques, « Les nouvelles frontières de service public », *op.cit.*



notion de service public au stade de la consécration, de la définition et du contrôle de l'activité de service public qui relèvent toujours de la compétence des personnes publiques.

De la même manière, cette mutation de la notion de service public, dans le sens d'une approche exclusivement fonctionnelle, est liée à l'évolution du rôle de l'Etat dans la société, avec le passage de la figure de l'Etat-opérateur à la figure de l'Etat-régulateur, responsable de la régulation des secteurs économiques et sociaux progressivement ouverts à une logique marchande. Par conséquent, la gestion des activités de service public est progressivement confiée à des opérateurs distincts de l'Etat, ayant un statut public ou un statut privé. Par ailleurs, souvent cette gestion s'inscrit dans le cadre d'une configuration concurrentielle, ce qui implique la fin de la confusion entre service public et monopole public.

Le primat de la conception fonctionnelle du service public s'illustre par l'utilisation, de plus en plus courante, des notions telles que la notion de « mission de service public » ou d' « obligations de services publics »<sup>76</sup>.

Il convient de souligner également le passage progressif à une conception fragmentée du service public en droit français, qui tend à se substituer à l'approche traditionnellement globale attachée à la notion de service public. Cette nouvelle approche est d'inspiration du droit de l'Union Européenne, qui véhicule une logique de dissociation des activités marchandes et non marchandes de service d'intérêt général. Cela a impliqué, en droit français, le développement d'une démarche de délimitation des activités de service public au sein des ensembles plus large. Il s'agit, plus précisément, d'une démarche de précision des missions de service public et des obligations attachées à leur exercice au sein d'un certain nombre de secteurs de services. Dans les secteurs économiques, cette opération permet de justifier les compensations financières publiques accordées aux organismes chargés des missions de service public, puisqu'une telle compensation « n'est possible que si elle représente la contrepartie des prestations effectuées par les entreprises bénéficiaires pour exécuter des obligations de service public et couvrir les charges de service public<sup>77</sup>. »

Il faut souligner également, que le régime juridique classique du service public, associé aux « lois de Rolland », se trouve actuellement dynamisé par l'émergence d'un certain nombre de nouveaux principes, ou au moins, de nouveaux objectifs à atteindre dans le fonctionnement des services publics. La circulaire du 26 juillet 1995 relative à la préparation

---

<sup>76</sup> V. GUGLIELMI, Gilles, *Introduction au droit des services publics*, op.cit., p. 29.

<sup>77</sup> BRACONNIER, Stéphane, *Droit des services publics*, op.cit., p. 366.

et à la mise en œuvre de la réforme de l'Etat et des services publics a énoncé pour la première fois ces nouveaux principes. Il s'agit de la qualité, l'accessibilité, la simplicité, la rapidité, la transparence, la médiation, la participation et la responsabilité. Il s'agit de principes qui sont davantage orientés vers la satisfaction des besoins des usagers des services, ce qui conforte la thèse du passage du service public au service au public. Ainsi, comme l'affirme le professeur Jean-Marie Rainaud, « il y a quelque chose de changé dans notre vision de service public : à l'idéologie du service public a succédé la nécessité de répondre à l'attente des usagers<sup>78</sup>. »

En ce sens, deux différentes dimensions de la notion de service public coexistent en droit français.

La première dimension est une dimension idéologique, politique de la notion de service public, qui correspond également à une vision classique de cette notion. Cette dimension est liée à l'émergence d'une notion abstraite de service public, qui est devenue l'élément explicatif de l'intervention publique dans la société, mais aussi de la gestion publique et du monopole économique.

La deuxième dimension est une dimension juridique, plus technique et pragmatique de la notion de service public, qui a été mise en valeur sous l'influence du droit de l'Union Européenne. Il s'agit, au travers de cette dimension, d'envisager le service public comme un procédé juridique permettant la réalisation d'un certain nombre d'objectifs d'intérêt général dans les différentes sphères de l'action publique.

Le deuxième terme du sujet qu'il s'agira à présenter est la notion de système de santé.

## ***§ 2. La notion de système de santé***

L'étude de la notion de système de santé implique l'examen de deux éléments. Ainsi, avant de s'intéresser à la démarche de construction du système de santé (**B**), il convient de s'arrêter sur le concept-même de système de santé (**A**).

---

<sup>78</sup> RAINAUD, Jean-Marie, « La crise du service public français » coll. *Que sais-je ?*, Paris, PUF., 1999.

## ***A. Le concept de système de santé***

La notion de système de santé n'est pas une notion proprement juridique. Par conséquent, il existe une difficulté de définir cette notion de point de vue juridique. En effet, pour procéder à la délimitation de ce concept (3), il convient de s'intéresser préalablement à ses éléments constitutifs (1), ainsi que d'envisager la place du système de santé comme composant de la politique de santé (2).

### ***1. Les éléments constitutifs du système de santé***

Il existe deux éléments constitutifs du système de santé, à savoir le concept de système (a) et la notion de santé (b).

#### **a. Le concept de système**

Premier élément constitutif du système de santé, le concept de système apparaît dans de nombreux domaines scientifiques. Dans son ouvrage *La théorie du système général, théorie de la modélisation*, Monsieur Jean-Louis Le Moigne définit la notion générale de système comme un ensemble d'éléments, exerçant une activité déterminée, qui est doté d'une structure évoluant dans le temps, situé dans un environnement propre et poursuivant une finalité<sup>79</sup>. Il ressort de cette définition, un certain nombre de traits caractéristiques, inhérents au concept général du système.

Ainsi, tout système se compose d'une pluralité d'éléments constitutifs. Il ne peut y exister un système composé par un seul et unique élément. Par ailleurs, lorsque le système est complexe, ses différents éléments constitutifs peuvent former des sous-systèmes. De la même manière, les éléments constitutifs du système doivent être unis par un certain degré de cohérence, pour qu'ils puissent fonctionner de manière coordonnée. En ce sens, une simple juxtaposition des segments n'est pas suffisante pour caractériser la présence d'un système. Le système doit posséder en outre une détermination externe, c'est-à-dire un environnement qui

---

<sup>79</sup> LE MOIGNE, Jean-Louis, *La théorie du système général, théorie de la modélisation*, Paris, PUF, 4<sup>e</sup> éd., 1994.

lui est propre avec des limites permettant de le distinguer de l'environnement extérieur. Pour autant, le système se caractérise également par son ouverture à l'extérieur, ce qui permet d'en modifier la composition, en intégrant en son sein de nouveaux éléments issus de l'environnement extérieur. Pour cette raison, le système peut être conçu comme un processus évolutif dans le temps, qui, tout en conservant une certaine stabilité de sa structure interne, est susceptible de modifier son périmètre et ses limites. En outre, tout système se caractérise par son orientation vers une finalité.

Composant de la notion de système de santé, la santé constitue également son but ultime, ce qui implique de définir la notion de santé.

#### b. La notion de santé

La notion de santé se caractérise par l'extrême difficulté d'être définie de manière claire et précise. En ce sens, il existe deux grandes catégories de définitions de la santé<sup>80</sup>.

La première définition est une définition traditionnelle, qui est à la fois négative et restrictive. Ainsi, « dans son sens traditionnel, la santé désigne l'état d'une personne non atteinte de maladies ou d'imperfections organiques ou fonctionnelles susceptibles de limiter son activité physique ou mentale. »<sup>81</sup> Dans le cadre de cette définition classique, la santé se résume à l'absence de maladie ou d'infirmité de la personne. Cependant, cette définition est apparue comme insuffisante pour caractériser, à elle seule, la manière dont la santé devait s'entendre. Son principal inconvénient consistait en son incapacité de prendre en considération les situations dans lesquelles « une maladie n'est pas encore déclarée mais en état latent », ainsi que les problématiques liées à l'exposition aux risques environnementaux ou encore à la perte d'autonomie<sup>82</sup>. Elle conduisait par ailleurs à une concentration de tous les moyens d'action en faveur de la santé dans le domaine des soins médicaux curatifs, alors que la maladie n'est que « la forme la plus extrême de dégradation de la santé<sup>83</sup>. »

Pour ces différentes raisons, la définition classique, associant la santé à l'absence de maladie, a été remplacée par des définitions plus extensives. Une définition de ce type est

---

<sup>80</sup> POMEY, Marie-Pascale, « Valeur et sens : le concept de la santé » in POMEY, Marie-Pascal, POULLIER, Jean-Pierre, LEJEUNE, Benoiste (dir.), *Santé publique*, Paris, Ellipses, p. 42.

<sup>81</sup> AUBY, Jean-Marie, *Le droit de la santé*, Paris, PUF, 1981, p. 11.

<sup>82</sup> LOPEZ, Alain, *Réguler la santé*, Rennes, Presses de l'EHESP, 2013, p. 15.

<sup>83</sup> *Ibid.*

donnée dans le Préambule de la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé (OMS) du 22 juillet 1946. La santé y apparaît comme « un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité<sup>84</sup>. » Il s'agit de la définition de la santé communément admise en nos jours. Cependant, cette définition n'est pas facile à appréhender en raison de son périmètre matériellement large. Par conséquent, elle a été présentée comme une définition imprécise, voire inopérante pour constituer une base de la politique de santé, du droit de la santé, en tant que discipline juridique, ou du droit à la santé, en tant que droit fondamental de la personne. En effet, cette définition englobe dans son champ non seulement les aspects physiques de la santé, mais également les aspects mentaux, voire sociaux de celle-ci. De plus, le caractère idéaliste, voire utopique de cette définition a été souligné, en raison de l'association de la santé à un état de complet bien-être. Néanmoins, l'avantage principal de la définition de la santé donnée par l'Organisation mondiale de la santé réside dans la reconnaissance du caractère pluridimensionnel de la santé, ainsi que dans le dépassement de l'association classique de la santé à l'absence de maladie. La protection et l'amélioration de la santé comportent donc, dans le cadre de cette définition, une multitude de volets, qui vont au-delà du domaine traditionnel des soins curatifs.

Autre spécificité, qui apparaît à l'examen de la notion de santé, consiste en la possibilité d'entendre cette notion à deux niveaux différents : un niveau qui se rapporte à l'individu et un niveau qui se rapporte à la collectivité. En ce sens, la santé humaine présente à la fois un aspect individuel et un aspect collectif.

Un aspect individuel, tout d'abord, dans la mesure où il s'agit d'un bien propre à chaque personne et dont la protection relève de la responsabilité personnelle de chaque individu.

Un aspect collectif, par la suite, puisque qu'à côté de l'état de santé de la personne, il existe aussi un état de santé de la collectivité. Cette santé populationnelle est liée à l'un des trois éléments constitutifs de l'Etat dans la théorie constitutionnelle générale qui est le peuple. Or, il incombe naturellement à l'Etat de protéger la dimension collective de la santé, ce qui implique néanmoins l'adoption des mesures permettant de s'assurer que chaque individu sur le territoire de l'Etat pourrait bénéficier des services et des biens nécessaires à la protection de sa santé.

---

<sup>84</sup> Préambule de la Constitution de l'OMS du 22 juillet 1946, al. 1.

Cela amène à constater que l'une des politiques essentielles, qui existent dans le cadre étatique, est la politique de santé. Or, la construction d'un système de santé apparaît comme un élément constitutif de la politique de santé.

## *2. Le système de santé dans le cadre de la politique de santé*

La santé apparaît comme l'un des soucis forts de chaque gouvernant<sup>85</sup>. Les pouvoirs publics s'efforcent ainsi de mener des actions pour protéger celle-ci au profit de leurs peuples<sup>86</sup>. Comme le précise Jean-Marie Auby, les interventions des pouvoirs publics, structurées dans le cadre d'une politique de santé, poursuivent un double objet : « soit de régler, interdire, rendre obligatoire, aider ou financer certains actes concernant la santé des individus et du groupe ; soit, par le biais d'une intervention positive, de prendre en charge les besoins de santé par le biais de la fourniture des prestations immatérielles et matérielles<sup>87</sup> ».

Cependant, dans le contexte français, la politique de santé, entendue comme un « ensemble de buts et de moyens arrêtés par une autorité publique pour assurer la santé de la population »<sup>88</sup>, va se structurer assez tardivement dans un cadre cohérent et global.

Les interventions publiques en la matière étaient, tout d'abord, subsidiaires face à une conception essentiellement individuelle de la santé, qui était considérée comme une affaire propre à chaque individu<sup>89</sup>. Progressivement, les actions publiques dans le domaine de la santé se sont multipliées, mais dans le cadre d'une logique cloisonnée, en fonction des autorités compétentes ou des secteurs concernés. Il était ainsi habituel, dans le cas français, de parler des politiques de santé au pluriel, plutôt que d'une seule politique de santé. En effet, la politique de santé globale a été pendant longtemps considérée comme inexistante en France.

Or, le périmètre de l'action publique dans le domaine de la santé a connu un élargissement spectaculaire au cours du XX<sup>e</sup> siècle.

---

<sup>85</sup> BERGERON, Henri, CASTEL, Patrick, *Sociologie politique de la santé*, Paris, PUF, 2014, p.354.

<sup>86</sup> CLEMENT, Jean-Marie, *La santé étatisée : triomphe ou échec ?*, Bordeaux, LEH, 2012, p.11.

<sup>87</sup> AUBY, Jean-Marie, « La légitimité de l'intervention publique dans le domaine de la santé », *AJDA* 1995, p. 588.

<sup>88</sup> LOPEZ, Alain, *Réguler la santé*, *op.cit.*, p.56.

<sup>89</sup> TABUTEAU, Didier, « La santé en quête de politique », *Les tribunes de la santé*, 2007 /1, n°14, p. 31.

En effet, au XIX<sup>e</sup> siècle, l'intervention publique se concentrait essentiellement dans le domaine de l'hygiène publique. Les actions de prévention pour la santé publique étaient mises en premier plan, notamment avec la loi du 15 février 1902 relative à la protection de la santé publique. Cependant, les progrès médicaux survenus au cours du XX<sup>e</sup> siècle ont justifié un tournant de l'action publique dans le domaine sanitaire vers l'activité de prestation de soins médicaux à la population. Dans les dernières années du XX<sup>e</sup> siècle, de nouveaux terrains d'intervention en matière de santé se sont ouverts aux pouvoirs publics. Ces derniers ont ainsi développé de nombreuses actions dans le champ de la sécurité sanitaire, qui peut se définir comme « un pan des politiques de santé publique, organisé en un système de veille, de surveillance et d'alerte face à différents risques pour la santé des populations et en un système de gestion de ces risques<sup>90</sup>. »

Or, la volonté des pouvoirs publics de structurer leurs interventions dans le cadre d'une politique plus globale de santé a commencé à se concrétiser à partir des années 1980. En ce sens, la réforme Juppé de 1996<sup>91</sup> est souvent présentée comme la réforme - précurseur en la matière. Non seulement cette réforme était à l'origine du vote annuel par le Parlement d'une loi de financement de la sécurité sociale<sup>92</sup>, mais elle prévoyait originairement, une obligation à l'égard du Gouvernement de présenter au Parlement un rapport annuel sur les orientations de la politique de santé et de sécurité sociale,<sup>93</sup> qui devait être annexé aux projets de loi de financement de la sécurité sociale. Les réformes sanitaires postérieures ont approfondi cette logique dans le domaine de la santé.

Il a été souligné que toute politique de santé se définit au travers d'un triptyque – « *ses objectifs, ses moyens et son pilotage.* »<sup>94</sup> En ce sens, les différentes réformes sanitaires adoptées dans le cadre français, ont permis d'aménager les composants, les objectifs prioritaires, les autorités responsables du pilotage et les instruments de mise en œuvre de la politique de santé.

---

<sup>90</sup> Haut Conseil de la santé publique, *Santé en France, problèmes et politiques*, Paris, La Documentation française, mars 2015, p. 117.

<sup>91</sup> C'est une réforme qui est formée par un ensemble de trois ordonnances du 24 avril 1996 : l'ordonnance n° 96-344 portant mesures relatives à l'organisation de la sécurité sociale, l'ordonnance n° 96-345 relative à la maîtrise médicalisée des dépenses de soins, l'ordonnance n° 96-346 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée.

<sup>92</sup> *Les lois de financement de la sécurité sociale déterminent les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs de dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique* (art. 34 de la Constitution du 4 octobre 1958).

<sup>93</sup> Cette obligation a été abrogée par la loi organique n°2005-881 relative aux lois de financement de la sécurité sociale.

<sup>94</sup> TABUTEAU, Didier, « Politiques de santé et territoire » *RDSS*, 2009, n° HS, p. 7.

Or, il existe deux éléments caractéristiques de la politique de santé en France qui doivent être soulignés.

Le premier élément se rapporte à l'affirmation de la responsabilité de l'Etat dans la définition et la conduite de la politique de santé française dans tous ses aspects<sup>95</sup>. La responsabilité étatique en matière de politique de santé apparaît comme un élément indispensable à la logique de décloisonnement des politiques de santé et à leur regroupement dans le cadre d'une politique publique unique et globale. Cependant, la politique de santé dans le cadre français n'est pas à l'abri de certaines critiques, en raison de l'omniprésence de l'Etat dans le domaine de la santé. Certains auteurs ont pu invoquer ainsi un phénomène d'« étatisation du domaine de la santé<sup>96</sup>. Or, effectivement, la structuration d'une politique de santé unique a impliqué une recentralisation de la compétence en matière de santé au profit de l'Etat et au détriment d'autres types d'acteurs comme les partenaires sociaux ou les collectivités territoriales.

En ce sens, la loi du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé<sup>97</sup> consacre le caractère national de la politique de santé en France, qui relève ainsi de la responsabilité de l'Etat<sup>98</sup> et qui est conduite dans le cadre d'une stratégie nationale de santé définie par le Gouvernement<sup>99</sup>. Par ailleurs, la responsabilité de l'Etat central en la matière n'a pas été remise en cause par le processus de territorialisation de la politique de santé. En effet, la territorialisation s'applique au niveau de la mise en œuvre de la politique de santé déjà élaborée au niveau national. En ce sens, cette territorialisation s'opère dans le cadre d'une logique « descendante<sup>100</sup>. »

Le deuxième élément, qui doit être souligné, est relatif à l'élargissement du champ de la politique de santé. Ainsi, au vu de ses composants, la politique de santé française semble fondée sur la notion de santé définie par l'Organisation mondiale de santé. La tendance d'élargissement du champ matériel de la politique de santé a connu un aboutissement avec la loi Touraine du 26 janvier 2016. En effet, cette loi a substitué, dans le Code de la santé publique, la notion de « politique de santé » à la notion de « politique de santé publique ». La

---

<sup>95</sup> Cette affirmation apparaît pour la première fois avec la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des personnes malades et à la qualité du système de santé, JO, 5 mars 2002.

<sup>96</sup> CLEMENT, Jean-Marie, *La santé étatisée : triomphe ou échec ? op.cit.*

<sup>97</sup> Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, JO, 27 janv. 2016.

<sup>98</sup> Art. L. 1411-1 du CSP.

<sup>99</sup> Art. L. 1411-1-1 du CSP.

<sup>100</sup> MICHELET, Karine, « La déclinaison régionale des politiques de santé publique : une démarche corrigée par la loi du 9 août 2004 » in Martin-Papineau, Nathalie (dir.), *La loi du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, enjeux, réalisations, perspectives*, Poitiers, LGDJ, p. 99.



volonté de ne plus confondre la politique de santé avec une politique de santé publique vise à donner une meilleure visibilité de la richesse des composants de la politique de santé, qui ne se limite plus strictement au domaine de la santé publique (surveillance et observation de l'état de santé de la population, identification de ses principaux déterminants, promotion de la santé, prévention des maladie), mais intègre désormais d'autres composants comme, par exemple, l'organisation des parcours de santé ou encore l'information de la population et la participation de celle-ci à l'élaboration et à la mise en œuvre de la politique de santé. De la même manière, la politique de santé en France ne se limite pas à une dimension strictement collective, ainsi qu'aux actions visant à prévenir, conserver ou recouvrer la santé de la population. Elle intègre des actions orientées vers l'individu dans sa qualité de personne malade ou d'usager du système de santé. Par ailleurs, en procédant à la consécration d'une politique de santé sans le qualificatif « publique », la volonté du législateur était aussi de procéder, si ce n'est pas à l'intégration, au moins au décloisonnement entre la politique de santé et un certain nombre de politiques connexes à celle-ci, mais qui ont toujours été envisagées de manière séparée. C'est le cas de la politique sociale, de la politique environnementale et surtout de la politique d'assurance maladie<sup>101</sup>.

Pendant longtemps, la distinction entre la notion de politique de santé et la notion de système de santé était clairement perceptible en droit français. En effet, la construction et l'organisation d'un système de santé étaient censées s'inscrire dans le périmètre de la politique de santé. En ce sens, il convient de souligner que le concept juridique de système de santé est d'apparition récente dans les textes législatifs. C'est la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des patients et à la qualité du système de santé, qui est venue consacrer pour la première fois la notion de système de santé dans l'ordonnancement juridique. Par la suite, l'article 2 de la loi 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, avait mentionné « l'organisation du système de santé et sa capacité de répondre aux besoins de prévention et de prise en charge des maladies et des handicaps » parmi les éléments constitutifs et prioritaires de la politique de santé en France. En ce sens, le système de santé était conçu comme un concept plus étroit que la notion de politique de santé, en tant que censé s'inscrire dans le cadre de la politique de santé. Cependant, la loi Touraine du 26 janvier 2016 avait supprimé la référence à l'organisation du système de santé à l'article L. 1411-1 du Code de la santé publique relatif à la politique de santé. Par ailleurs, à la lecture du titre de cette loi, qui

---

<sup>101</sup> La politique de santé comprend désormais un composant relatif à la prise en charge collective et solidaire des conséquences financières et sociales de la maladie, de l'accident et du le handicap par le système de protection sociale (art. L. 1411-1-6° du CSP).

porte sur la modernisation du système de santé, il pouvait apparaître que la notion de système de santé est censée désormais recouvrir tous les aspects relevant de la politique de santé. Or, il ressort de la loi du 24 juillet 2019 relative à l'organisation et la transformation du système de santé,<sup>102</sup> que l'organisation du système de santé est toujours susceptible d'être entendue comme un composant de la politique globale de santé en France. Cependant, ce composant apparaît désormais comme l'aspect principal de cette politique. En effet, le renforcement de la coordination du système de santé autour des besoins de santé des usagers et des territoires apparaît comme l'objectif privilégié par les dernières réformes sanitaires.

Au vu des éléments exposés précédemment, il est possible de procéder à la délimitation de la notion de système de santé.

### ***3. La délimitation de la notion de système de santé***

Si l'on revient à la notion générale de système, on peut constater que ses éléments constitutifs se retrouvent à l'égard de la notion de système de santé.

Ainsi, chaque système de santé est généralement composé par trois groupes d'éléments : le groupe des usagers (bénéficiaires des services et des biens prodigués par le système de santé), le groupe des offreurs de santé (établissements de santé, professionnels de santé) et le groupe des institutions responsables de l'organisation et du financement du système de santé. A l'image des tous les systèmes, le système de santé poursuit un but principal déterminé, qui est, en l'occurrence, de contribuer à la protection et à l'amélioration de la santé de la population au travers de la prestation de services de santé. Or, les systèmes de santé ont considérablement évolué dans leur composition interne, ce qui est signe de leur caractère évolutif. En ce sens, si autrefois les systèmes de santé étaient essentiellement orientés autour des soins de santé curatifs, actuellement ils intègrent également des services de prévention, d'éducation et de promotion de la santé. Par ailleurs, la cohérence interne des systèmes de santé est généralement assurée au travers d'un certain nombre d'instruments qui visent à assurer la coordination des rapports entre les composants de ce système. Ces instruments sont appliqués en principe par une autorité régulatrice supérieure.

---

<sup>102</sup> Loi n° 2019-774 du 24 juillet 2019 relative à l'organisation et à la transformation du système de santé, JO, 26 juill. 2019.

En conclusion, si l'on suit l'approche systémique, le système de santé pourrait se définir comme un ensemble de trois groupes d'éléments : les usagers, les offreurs de services de santé et les autorités responsables de sa régulation administrative et financière, dont la finalité est la production des services de santé, entendus dans un sens large (promotion de la santé, prévention de l'apparition des facteurs de risque ou de maladies, guérir, soulager les souffrances ou réduire les conséquences des maladies sur le plan fonctionnel et social<sup>103</sup>.)

Pour autant, il existe une multitude de définitions de la notion de système de santé qui apparaissent comme extrêmement hétérogènes.

Ainsi, selon l'Organisation mondiale de la santé, le système de santé englobe l'ensemble des organisations, des institutions et des ressources, dont le but est d'améliorer la santé par le biais de quatre fonctions essentielles : la prestation des services, la création des ressources, le financement et la gestion administrative<sup>104</sup>. Or, dans son rapport sur la santé dans le monde de 2000 relatif à la performance des systèmes de santé, l'Organisation mondiale de santé avait fourni également une définition à minima des systèmes de santé, qui devait permettre d'englober la démarche d'organisation des services de santé dans le cadre de tous les Etats membres de cette organisation. Cette définition à minima se réfère à un ensemble de personnes et d'actions dont l'objectif principal est l'amélioration de la santé. Le système de santé est ainsi défini exclusivement par rapport à sa finalité – la promotion, la restauration et le maintien de la santé. En revanche, cette définition n'implique aucun degré particulier d'intégration, ni la présence d'une personne chargée de l'administration générale des activités sanitaires<sup>105</sup>.

Cependant, dans le cadre d'une définition plus économique du terme, la coordination des éléments constitutifs du système de santé par une autorité supérieure est un élément inhérent aux systèmes de santé. Dans ce cas, il s'agit de définir le système de santé comme un mécanisme de coordination entre l'offre et la demande de santé. Or, cette coordination devait être assurée par une personne responsable de la régulation globale du système de santé.

---

<sup>103</sup>V. HERNARD, Jean-Claude, ANKRI, Joël, *Systèmes et politiques de santé*, Rennes, Editions Ecole nationale de la santé publique, 1996.

<sup>104</sup> OMS, *A propos des systèmes de santé, Qu'est-ce qu'un système de santé ?*, {En ligne}, disponible sur : <http://www.who.int/healthsystems/about/fr/>.

<sup>105</sup> OMS, *Rapport sur la santé dans le monde, 2000 – Pour un système de santé plus performant*, p. 5-6.

Par ailleurs, il existe aussi des définitions plus restrictives du système de santé, qui est parfois présenté comme un « *système de réparation des dommages liés aux maladies et aux accidents.* »<sup>106</sup>

La question qui se pose en particulier est celle de la définition de la notion du système de santé retenue dans le champ juridique. En droit français, la notion juridique de système de santé a été consacrée au sein de la législation sanitaire à partir des années 2000. Cependant, les textes juridiques, qui se sont progressivement référés à cette notion, n'en ont pas fourni une définition précise. Il apparaît au sein des travaux doctrinaux en la matière, que le système de santé pourrait s'entendre comme un concept juridique dédié à l'harmonisation de l'offre de soins sur un territoire donné. Il se réfère, en ce sens, à la régulation étatique de l'offre de soins dans un cadre territorialisé<sup>107</sup>. Ce concept juridique implique surtout d'adopter une vision cohérente des droits des personnes malades et des usagers, mais aussi des établissements, professionnels et produits de santé auxquels vont s'appliquer un certain nombre de règles juridiques communes<sup>108</sup>. En ce sens, dans le cadre de cette recherche, et sur la base des différents textes juridiques qui ont construit ce concept en droit français, la notion juridique de système de santé doit s'entendre comme un concept qui implique l'application d'un régime juridique commun et unifié aux usagers du système de santé ainsi qu'aux offreurs de soins. En droit français, ce concept repose sur deux éléments essentiels : l'édifice d'un statut juridique des usagers du système de santé, ainsi qu'un d'un droit applicable à l'organisation de l'offre de soins par les pouvoirs publics<sup>109</sup>.

Les précisions sur le concept du système de santé doivent être complétées par une présentation du processus de construction et de développement des systèmes de santé.

### ***B. Le processus de construction du système de santé***

La construction des systèmes de santé est une démarche qui a été entreprise à partir du moment où les Etats ont décidé de s'impliquer dans le financement des dépenses liées aux besoins de santé de leurs citoyens, ainsi que dans l'organisation des services de santé dans leur cadre. C'est au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, que la plupart des Etats

---

<sup>106</sup> BONNICI, Bernard, « La politique de santé en France », coll. *Que sais-je*, Paris, PUF, 2016, p.65.

<sup>107</sup> V. CLEMENT, Jean-Marie, *Précis de droit hospitalier*, Bordeaux, LEH, 2<sup>ème</sup> éd, 2011.

<sup>108</sup> V. APOLLIS, Benoît, TRUCHET, Didier, *Droit de la santé publique*, Paris, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2020, p. 20.

<sup>109</sup> V. *infra*, p. 485-560.

développés se sont engagés dans un processus de construction des systèmes de santé. La généralisation des systèmes de santé s'inscrit au sein d'un processus plus global d'avènement des Etats-providences. Sur le plan juridique, la mise en place des systèmes de santé est censée répondre à la consécration au niveau international<sup>110</sup> « d'un droit à tout homme d'exiger de son pays des prestations sanitaires conformes à la dignité humaine »<sup>111</sup>.

En ce sens, avant de s'intéresser au processus de la construction juridique du système de santé français(1), il convient de présenter les modèles de systèmes de santé qui ont été forgés à l'échelle européenne(2).

### ***1. Les modèles européens des systèmes de santé***

Les différents types de systèmes de santé ont été classifiés en trois grands modèles, sur la base du mode d'organisation de la protection sociale des personnes face aux maladies et aux infirmités. Or, dans le cadre européen, il existe deux grands modèles de systèmes de santé.

Le première modèle de protection sociale qui est apparu en Europe est le modèle assurantiel ou encore le modèle bismarkien,<sup>112</sup> qui s'est développé en Allemagne à partir de 1883<sup>113</sup>. Le caractère assurantiel de ce modèle implique que la protection financière contre les grands risques de l'existence<sup>114</sup> soit accordée en contrepartie de l'appartenance des individus à une catégorie socio-professionnelle. En ce sens, cette protection est réservée en principe aux employés-salariés, ainsi qu'à leurs ayant droits. Elle est fondée sur le principe de la solidarité professionnelle. Le financement de ce système de protection sociale est ainsi assuré sur la base des cotisations professionnelles versées par l'employeur et par le salarié. Les cotisations en question sont proportionnelles par rapport au salaire, alors que les prestations accordées à

---

<sup>110</sup> Le Préambule de la Constitution de l'OMS du 22 juillet 1946 consacre un *droit à la possession du meilleur état de santé que chaque être humain est susceptible d'atteindre*, la DUDH du 10 décembre 1948 consacre pour toute personne le *droit à un niveau suffisant pour assurer sa santé et le droit à la sécurité en cas de maladie* (art. 25).

<sup>111</sup> Ecole nationale d'administration, *Le système de santé en France*, Paris, Berger-Levrault, 1988, p. 336.

<sup>112</sup> Par référence au chancelier Otto von Bismarck (1815-1898), qui a conceptualisé et mis en place ce modèle de système de protection sociale en Allemagne à la fin de XIX s.

<sup>113</sup> Vote de la première grande loi sociale allemande instituant l'assurance maladie.

<sup>114</sup> Sont entendus comme des *risques de l'existence* ou encore des *risques sociaux* tous les phénomènes susceptibles d'entraîner une baisse des revenus d'activités ou encore « *d'entraîner des dépenses à la charge de l'individu ou du ménage* » (GRANDGUILLOT, Dominique, *L'essentiel du droit de la sécurité sociale*, Lextenso, 16<sup>e</sup> éd, 2017, p.15)

l'employé sont proportionnelles par rapport aux cotisations versées. L'affiliation au dispositif revêt un caractère obligatoire pour tous les salariés, dont le montant du salaire annuel ne dépasse pas un seuil fixe. Par ailleurs, la gestion de ce système se trouve conférée aux employeurs et salariés eux-mêmes et organisée dans le cadre d'organismes autonomes par rapport à l'Etat qui sont les caisses. L'objectif essentiel de ce dispositif de protection sociale est ainsi « de garantir à l'ouvrier le revenu du travail qu'il percevait avant la réalisation du risque. »<sup>115</sup> Le modèle allemand de protection sociale s'est propagé par la suite en Europe continentale, surtout en Autriche, aux Pays-Bas, au Luxembourg, en Belgique, ainsi que dans la plupart des pays d'Europe centrale et orientale. Il a été formé dans le cadre d'un Etat providence qualifié comme « conservateur » ou « corporatiste. »

Le deuxième modèle de protection sociale développé en Europe a été conceptualisé au Royaume-Uni. Il s'agit du modèle assistantiel, universel ou encore du modèle beveridgien<sup>116</sup>. La grande caractéristique de ce modèle est que la protection sociale y est généralisée, universelle et fondée sur le principe de la solidarité nationale. Elle est ainsi garantie contre l'ensemble des risques sociaux liés à l'existence et au profit de l'ensemble de la population. Il existe aussi une uniformité des prestations offertes à l'ensemble des résidents qui sont des prestations forfaitaires. Le système de protection sociale est ici financé essentiellement par l'impôt et sa gestion est conférée, dans son ensemble, à l'Etat. Le but essentiel du modèle beveridgien de protection sociale est la lutte contre la pauvreté. Ce modèle a été emprunté en Europe essentiellement par les pays scandinaves. Il relève d'un modèle d'Etat-providence qualifié comme « social-démocrate. »

Or, l'attachement à l'un ou à l'autre de ces deux modèles de protection sociale a pu avoir des conséquences sur l'organisation des systèmes de santé des Etats,<sup>117</sup> dans la mesure où l'un des objectifs des systèmes publics de protection sociale est d'assurer, au profit de la population (ou de certaines catégories de la population au moins), un financement de l'accès aux services de santé.

En ce sens, dans les pays relevant du modèle beveridgien, le système de santé est généralement organisé dans le cadre d'un grand service national de santé, qui est censé garantir à tous les résidents, de manière universelle, l'accès à un ensemble de services de

---

<sup>115</sup> BADEL, Maryse, *Droit de la sécurité sociale*, Paris, Ellipses, 2007, p. 9.

<sup>116</sup> Par référence au Lord Wiliam Beveridge(1879-1963), dont le rapport sur l'assurance sociale et les services connexes (plan Beveridge, 1942) a inspiré la mise en place d'un Etat providence et d'un système de santé national au Royaume Uni, v. BEVERIDGE, William, *Social insurance and allied services*, Rapport, novembre 1942, {En ligne}, disponible sur : [http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/19\\_07\\_05\\_beveridge.pdf](http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/19_07_05_beveridge.pdf).

<sup>117</sup> V. POLTON, Dominique, *La santé pour tous ?*, Paris, La Documentation française, 2014, p. 42 et s.

santé de base. Par ailleurs, le rôle de l'Etat dans la gestion et le contrôle des systèmes nationaux de santé est essentiel, dans la mesure où celui-ci est responsable à la fois du financement du système, et de l'organisation des services de santé dans le cadre du système. Cela explique que le statut des offreurs de soins au sein des systèmes de santé nationaux est essentiellement un statut public : des établissements hospitaliers publics et des professionnels de santé, ayant le statut de fonctionnaires salariés. De la même manière, la liberté des usagers et des offreurs de soins au sein des systèmes nationaux de santé est particulièrement encadrée.

En revanche, dans le cadre du modèle assurantiel de protection sociale, les systèmes de santé se caractérisent en principe par une présence moins importante de l'Etat dans l'organisation du système du fait de la responsabilité attribuée aux caisses autonomes dans le domaine de la prise en charge des dépenses de santé. En ce sens, l'Etat peut avoir des responsabilités plus ou moins importantes dans le champ de l'organisation des services de santé. De la même manière, à la différence des systèmes nationaux de santé, les systèmes bismarkiens reconnaissent la diversité des statuts juridiques des offreurs de soins (public, privé, libéral). Tous les offreurs de soins sont ainsi censés fournir à population des soins remboursés par l'assurance maladie. Les offreurs de soins restent également indépendants des caisses d'assurance maladie, avec lesquelles ils se trouvent dans un rapport contractuel. Par ailleurs, dans ce type de systèmes de santé, la liberté octroyée aux usagers et aux offreurs de soins est beaucoup plus importante par rapport à celle qui a été aménagée au sein des systèmes nationaux de santé.

Or, même si cette classification des systèmes de santé subsiste sur le plan théorique, il existe actuellement une tendance de rapprochement,<sup>118</sup> mais aussi de diversifications des systèmes de santé européens, voire mondiaux. La tendance de rapprochement des systèmes de santé s'explique, dans la mesure où tous les systèmes de santé se trouvent face aux défis identiques et ont recours à des instruments comparables afin de s'adapter aux évolutions économiques, sociétales, scientifiques et médicales. La tendance de diversification des systèmes de santé est, de sa part, naturelle, tant il est vrai que chaque système de santé est censé s'inscrire dans un environnement politique, économique et social particulier et

---

<sup>118</sup> Par exemple, l'importance du principe d'accès aux services de santé a conduit, dans le cadre des Etats du système assurantiel, à une tendance de généralisation de la protection –maladie à l'ensemble de la population. A l'inverse, les systèmes nationaux de santé ont emprunté du modèle bismarkien des systèmes de santé le recours à des mécanismes du marché, ainsi que l'association du secteur privé à la prestation du service national de santé, dans la recherche d'améliorer la qualité des services de santé rendus dans le cadre du système public de santé.

d'emprunter les spécificités caractérisant l'histoire et la culture de la nation pour le compte de laquelle il a été édifié.

En ce sens, le système de santé français se caractérise par de nombreuses singularités, qui permettent de mettre l'accent sur les spécificités qui se sont formées toute à l'aune de la construction de ce système.

## 2. *L'édifice du système de santé français*

Dans le cadre français, le système de santé est marqué par un certain nombre de valeurs structurantes qu'il convient de présenter (a). Par ailleurs, trois grandes étapes historiques structurent le processus de construction du système de santé français dans le champ juridique (b).

### a. Les valeurs structurantes du système de santé français

Les valeurs structurantes du système de santé français constituent des principes fondamentaux, qui s'appliquent au fonctionnement de l'Etat et qui se trouvent au cœur du droit public français. Ces principes trouvent ainsi une déclinaison particulière dans le domaine de la santé.

Le premier principe structurant du système de santé français est le principe de **solidarité**. Le concept de solidarité implique l'existence d'une interdépendance entre les individus, mais aussi entre les générations au sein de la société et de la communauté politique<sup>119</sup>. C'est à partir du XIX<sup>e</sup> siècle, que la solidarité est devenue « l'un des maîtres mots de l'univers politique et juridique en France<sup>120</sup>. » Une véritable doctrine solidariste avait émergé avec Léon Bourgeois à partir de 1896, qui a fait du concept de solidarité le fondement de sa théorie politico-sociale<sup>121</sup>. Léon Duguit avait repris la notion de solidarité pour la situer au fond de sa théorie objective de l'Etat et du droit. L'idée centrale qu'implique le concept de solidarité dans la pensée de Léon Bourgeois, est celle de l'existence d'une dette sociale, dont chaque personne se trouve liée du fait-même de sa vie dans une société. Ce devoir de

---

<sup>119</sup> BEGUIN, Jean-Claude, CHARLOT, Patrick, LAIDIE, Yan(dir.), *La solidarité en droit public*, Paris, L'Harmattan, 2005.

<sup>120</sup> BORGETTO, Michel, *La notion de fraternité en droit public français*, Thèse, Paris, LGDJ, 1993, p.350.

<sup>121</sup> BOURGEOIS, Léon, *Solidarité*, Presses universitaires de Septentrion, 1998.



solidarité est un devoir juridiquement obligatoire et il incombe aux gouvernants de le mettre en œuvre et de veiller à son respect<sup>122</sup>. En droit français, l'une des manifestations les plus emblématiques du principe de solidarité est le dispositif de la sécurité sociale. En ce sens, le financement du système de santé français repose sur le principe de la solidarité sociale, conformément à l'article L. 111-1 du Code de la sécurité sociale qui dispose que « la sécurité sociale est fondée sur le principe de la solidarité nationale.» Les mouvements de généralisation de la sécurité sociale et de fiscalisation de ses ressources<sup>123</sup> ont intensifié le passage du principe de la solidarité interprofessionnelle à la solidarité nationale dans le financement des dépenses de santé. Le principe de solidarité dans le financement du système de santé se manifeste également au travers de l'obligation d'affiliation à la sécurité sociale, ainsi que du principe selon lequel « chacun contribue au financement du système de soins selon ses moyens, et en bénéficie selon ses besoins. »<sup>124</sup>

Le principe de solidarité dans le financement du système de santé tend à mettre en œuvre un autre principe structurant de l'organisation sanitaire dans le cadre français, qui est le principe **d'égalité** et qui implique la garantie d'une égalité dans l'accès au droit à la protection de la santé et donc dans l'accès aux services de santé. Le principe général d'égalité est l'un des éléments centraux de l'identité constitutionnelle de l'Etat français. Il est considéré comme étant à la base de la démocratie et de l'Etat-providence. Il s'agit d'un principe permanent, voire prééminent par rapport aux autres normes constitutionnelles françaises<sup>125</sup>. De plus, le principe d'égalité est au centre de l'ensemble du droit public. En droit administratif, dès la fin de la Seconde Guerre mondiale, le Conseil d'Etat avait explicitement reconnu l'importance de ce principe, en lui conférant la valeur de principe général de droit<sup>126</sup>. En droit constitutionnel, il est possible de constater l'existence d'une véritable continuité dans la reconnaissance de ce principe par la grande partie des textes fondamentaux adoptés depuis la Révolution<sup>127</sup>. Il trouve aujourd'hui des sources multiples au sein des textes formant le bloc

---

<sup>122</sup> *Ibid* p. 37 et s.

<sup>123</sup> Le Conseil constitutionnel considère que la contribution sociale généralisée avait pour finalité la mise en œuvre du principe de solidarité nationale, V. Cons. Const., 28 déc. 1990, *Loi de finances pour 1991*, n° 90-285 DC, cons.29.

<sup>124</sup> EVIN, Claude, *Les droits des usagers du système de santé*, Paris, Berger Levrault, 2002, p. 91.

<sup>125</sup> MELIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse, Paris, Economica, 1997.

<sup>126</sup> CE, Ass., 26 oct.1948, *Société du journal l'Aurore*, Rec., p. 289 (principe d'égalité des usagers du service public) ; CE Ass. 28 mai 1954, *Barel*, Rec., p. 308 (principe d'égalité des citoyens dans l'accès aux emplois et fonctions publics).

<sup>127</sup> MELIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op.cit.*, p. 30.

de constitutionnalité<sup>128</sup>. Or, en droit français prime une conception essentiellement formelle du principe d'égalité, en vertu de laquelle tous les individus sont égaux en droits<sup>129</sup> et égaux devant la loi<sup>130</sup>. Cela suppose de garantir aux individus un égal accès aux droits, et notamment aux droits fondamentaux, comme c'est le cas du droit à la protection de la santé, garanti par l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946. Ce dernier droit implique, pour l'autorité publique, une obligation positive d'assurer à la population un accès aux soins, ou plus largement, aux services de santé. L'articulation du droit d'accéder aux soins de santé et du principe d'égalité donne lieu ainsi à un droit d'égalité dans l'accès aux soins de santé, qui doit être mis en œuvre par la collectivité. Le renforcement du droit d'égal accès aux soins est devenu le but ultime des réformes sanitaires adoptées en droit français depuis 1970. Cependant, le principe d'égalité est l'un des principes les plus difficiles à atteindre en matière de santé. Ainsi, comme cela a pu être mentionné pour le principe d'égalité, il s'agit « d'un principe contradictoire et énigmatique, qui est devenu souvent une belle mais simple promesse<sup>131</sup>. »

Dans le contexte français, l'accès aux services de santé se présente non seulement comme un égal accès, mais également comme un accès libre. En ce sens, le troisième principe structurant du système de santé français est le principe de **liberté**. A l'image du principe d'égalité, il s'agit d'un principe philosophique et politique essentiel, condition indispensable de la démocratie, qui trouve « une assise dans presque tous les éléments du bloc de constitutionnalité<sup>132</sup>. » Ce principe a fait l'objet d'une proclamation générale dans les articles 1 et 2 de la DDHC de 1789. Il a été même qualifié de « droit naturel et imprescriptible de l'homme<sup>133</sup> ». Les sources constitutionnelles, qui sont le plus souvent utilisées par le Conseil Constitutionnel à l'appui de son contrôle du respect de la liberté par le pouvoir législatif, sont

---

<sup>128</sup> V. Conseil d'Etat, *Sur le principe d'égalité*, Rapport public 1996, Paris, La documentation française, p. 26.

<sup>129</sup> Art.1 de la DDHC de 1789.

<sup>130</sup> Art.6 de la DDHC de 1789.

<sup>131</sup> ROBERT, Jacques, « Egalité et équité : le point de vue du Conseil Constitutionnel » *in*, LAMBERT, Thierry et al., *Egalité et équité, antagonisme ou complémentarité*, Paris, Economica, 1999, p. 25.

<sup>132</sup> FAVOREU, Louis et al., *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2015, p.177.

<sup>133</sup> Art. 2 de la DDHC de 1789.

l'article 4 de la DDHC<sup>134</sup> ou l'article 66 de la Constitution de 1958<sup>135</sup>. La liberté a été même érigée au rang de principe fondamental garanti par les lois de la République<sup>136</sup>.

Dans le domaine de la santé, la liberté a des multiples déclinaisons. On peut la retrouver, tout d'abord, du côté des patients, sous l'angle du droit à la liberté de choix. Il s'agit d'un droit fondé sur des sources textuelles multiples. L'article L. 1110-8 du Code de la santé publique précise ainsi que le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé est un principe fondamental de la législation sanitaire. Le libre choix par le malade de son médecin est également un principe déontologique fondamental<sup>137</sup>, que le médecin a l'obligation de respecter et d'en faciliter l'exercice<sup>138</sup>. La question s'est posée aussi de l'éventuelle valeur constitutionnelle du principe du libre choix du patient, mais une telle valeur n'a jamais été explicitement consacrée par le Conseil Constitutionnel, qui s'est contenté de préciser que les différentes dispositions législatives qui lui étaient déférées n'avaient pas porté atteinte au libre choix du patient-assuré social<sup>139</sup>. Toujours est-il que le principe du libre choix implique pour le patient une aptitude à choisir librement son praticien, mais aussi son établissement de santé. Selon Monsieur Michel Mougeot, le libre choix du patient se décline ainsi en une « quadruple liberté » : une liberté du choix de son producteur de soins, une liberté de s'adresser à des producteurs de diverses catégories (c'est-à-dire spécialistes ou généralistes), une liberté de s'adresser à plusieurs producteurs et une liberté du choix de l'établissement de soins.<sup>140</sup>

Le principe de liberté a également des implications à l'égard des professionnels de santé dans le cadre français. La liberté se manifeste en la matière au travers de l'autonomie et de l'indépendance de la profession médicale, qui est en principe une profession d'exercice libéral. Cela a pour conséquence que, comme pour toutes les autres professions libérales, l'Etat est tenu s'immiscer le moins possible dans l'exercice de la profession médicale<sup>141</sup>. La

---

<sup>134</sup>« La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. »

<sup>135</sup>« Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi. » La liberté individuelle reçoit une consécration constitutionnelle dans cet article au sens du droit à la sûreté personnelle.

<sup>136</sup>Cons. Const., 12 janv. 1977, *Fouilles de véhicules*, n° 76-75 DC.

<sup>137</sup>Art. L. 162-2 du CSS.

<sup>138</sup>Art. R. 4127-6 du CSP.

<sup>139</sup>V. Cons. Const., 18 janv. 1978, *Loi relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle*, n° 77-92 DC (*contre-visite médicale*), Cons. Const., 22 janv. 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, n° 89-269 DC, Cons. Const., 12 août 2004, *Loi relative à l'assurance maladie*, n° 2004-504 DC.

<sup>140</sup>MOUGEOT, Michel, *Systèmes de santé et concurrence*, Paris, Economica, 1994.

<sup>141</sup>DEMICHIEL, André, *Le droit de la santé*, Bordeaux, LEH, 1998, p. 27

nature libérale de la médecine se caractérise par les différents principes qui entourent son exercice et qui constituent des libertés pour les professionnels de santé libéraux, comme c'est le cas du libre choix des modalités d'exercice, du lieu d'exercice, du montant d'honoraires et des prescriptions<sup>142</sup>. Ainsi, une grande partie des professionnels de santé en France choisissent de pratiquer leur métier à titre libéral, soit au sein d'un cabinet médical, soit dans le cadre d'un établissement de santé privé. Cela fait qu'une grande partie des services de santé sont fournis à la population par des médecins ayant un statut libéral.

En outre, le principe de liberté a des répercussions sur l'ensemble de l'offre de soins en France. Cette offre de soins est souvent présentée comme mixte, hybride, complexe, en raison de l'existence de plusieurs statuts et de plusieurs modes de prestation des services de santé. Ainsi, à côté de professionnels de santé à statut libéral, susceptibles de fournir des soins de santé sous un mode ambulatoire, l'offre de soins hospitaliers présente aussi un degré de mixité important. Il existe ainsi, non seulement des établissements publics de santé, mais également deux catégories d'établissements de santé privés. La première catégorie est celle des établissements privés ayant un but non lucratif, qui ont le statut juridique d'établissement de santé privés d'intérêt collectif (ESPIC)<sup>143</sup>. La deuxième catégorie est celle des établissements privés ayant un but lucratif ou « commercial. » Les établissements de santé privés d'intérêt collectifs ont acquis un rôle essentiel dans la prise en charge des missions de santé, en se situant, en quelque sorte, à la frontière entre le secteur public et le secteur privé<sup>144</sup>. Cependant, il faut souligner également l'importance des établissements de santé commerciaux au sein du paysage hospitalier français, d'autant plus qu'aucun autre pays européen n'a une densité aussi importante en établissements de santé privés à but commercial<sup>145</sup>. La pluralité des statuts juridiques des offreurs de soins est censée garantir au patient un exercice effectif de son droit au libre choix, surtout dans la mesure où le financement public de la dépense de santé s'applique quel que soit le statut du prestataire choisi par le patient (libéral, public ou privé). Or, cette mixité de l'offre de soins dans le est parfois considérée comme une source de difficultés dans la régulation du secteur sanitaire par l'Etat<sup>146</sup>. En ce sens, le caractère hybride des services de santé renforce l'impérativité de

---

<sup>142</sup>V. BADEL, Maryse, « Système de santé et liberté », *RDSS* 2005, p. 951.

<sup>143</sup> Art. L. 6111-1 du CSP, V. CORMIER, Maxence, « Les établissements de santé privés d'intérêt collectif » *RGDM*, n°15, 2011, p. 103-114.

<sup>144</sup> Ces établissements appartiennent au secteur privé en raison de leur statut juridique, qui est de droit privé mais se rapprochent aussi du secteur public par son but non lucratif ainsi que par son mode de fonctionnement, V. ROSSINI, Eric, *Les établissements de santé privés à but non lucratif*, Thèse, Paris, LGDJ, 1992.

<sup>145</sup> CLEMENT, Jean-Marie, *Précis de droit hospitalier*, *op.cit.*, p. 185.

<sup>146</sup> PALIER, Bruno, « La réforme des systèmes de santé », coll. *Que sais-je*, PUF, 8<sup>e</sup> éd, 2017.

l'objectif de construction d'un système de santé cohérent et coordonné, mais se présente également comme l'un des obstacles principaux à sa réalisation.

Les principes de solidarité, d'égalité et de liberté sont les trois principes structurant du système de santé français, qui forment ensemble une véritable idéologie du système de santé, une manière de concevoir la nature-même de ce système<sup>147</sup>. Pour cette raison, ces trois principes sont solennellement réaffirmés par toutes les réformes sanitaires. Par conséquent, il n'est pas envisageable de remettre radicalement en cause l'un de ces principes dans le domaine de la santé. Néanmoins, l'ensemble de ces principes font souvent l'objet de limites et d'exceptions dans le fonctionnement actuel du système de santé en France.

Quant à la construction du système de santé dans le cadre français, celle-ci s'est opérée en deux grandes étapes, puisque le système de santé, entendu dans un sens large, est composé en France de deux sous-systèmes.

#### b. Les grandes étapes dans la construction du système de santé français

Il convient de souligner, tout d'abord, que le système de santé français se présente comme un ensemble de deux sous-systèmes distincts, qui sont le système d'assurance maladie, en tant que système de financement des dépenses de santé, et le système de services sanitaires, qui relève pour son organisation de la compétence exclusive de l'Etat. Or, malgré une tendance de rapprochement de ces deux sous-systèmes, on ne peut pas parler actuellement, dans le contexte français, d'une unification de ces deux éléments au sein d'un système de santé global.

Ainsi, le premier sous-système qui a été mis en place dans le cadre français est le système de financement des services de santé, à savoir le système d'assurance maladie. En droit français, le financement public des dépenses de santé est organisé dans le cadre du dispositif de la sécurité sociale qui a été créé en 1945<sup>148</sup>. Par ailleurs, la sécurité sociale est dotée d'une branche maladie depuis 1967<sup>149</sup>. En France, l'assurance maladie est conçue comme un dispositif ayant vocation de verser aux assurés sociaux à la fois des prestations en

---

<sup>147</sup> DE KERVASDOUE, Jean, « Idéologie de réformes du système de santé depuis 1990 : un système stable », *Santé, société et solidarité*, 2008, vol. 7, n°2, p. 17.

<sup>148</sup> Ord.n°45-2250 du 4 octobre 1945 portant organisation de la sécurité sociale, JO, 6 oct., 1945, p. 6277.

<sup>149</sup> Ord.n°67-706 du 21 août 1967 relative à l'organisation administrative et financière de la sécurité sociale, JO, 22 août, 1967, p. 8393.

espèces (des indemnités journalières, destinées à compenser la perte du salaire due à un congé-maladie), et des prestations en nature, qui consistent en un remboursement des frais de santé engagés par les assurés sociaux.

Or, la grande particularité de la sécurité sociale française réside dans son caractère « hybride<sup>150</sup> » et « original<sup>151</sup>. » En effet, la création de la sécurité sociale s'inscrivait dans le cadre d'une approche « bismarkienne » de la protection sociale, mais les finalités qui étaient poursuivies à terme par sa mise en place apparaissaient comme des finalités « béveridgiennes », attachées à la protection sociale universelle<sup>152</sup>. Il s'agissait ainsi d'aboutir à l'universalité de la protection sociale (processus connu en droit français, comme la généralisation ou comme l'universalisation<sup>153</sup> de la sécurité sociale à l'ensemble de la population), à l'unité administrative de la gestion du dispositif et à l'uniformité des droits et des prestations prévus dans son cadre. Le rapprochement de la sécurité sociale française au modèle « beveridgien » est actuellement de plus en plus perceptible. Dans le champ de l'assurance maladie, ce rapprochement se manifeste par l'extension de celle-ci à l'ensemble de la population résidant sur le territoire français<sup>154</sup>, ainsi que par la fiscalisation progressive de ses ressources<sup>155</sup>.

Le deuxième aspect et la deuxième étape historique de la construction du système de santé français se rapportent à l'organisation d'un système de services de santé. En effet, l'aménagement d'un système de services de santé « selon les règles de droit public<sup>156</sup> » apparaît comme la conséquence naturelle de la mise en place d'un dispositif de financement collectif des dépenses de santé. En ce sens, un système de santé « innomé » sur le plan juridique et se référant à l'organisation des services de santé est émergé dès la construction en droit français d'un système de financement des services de santé sur la base des mécanismes des assurances sociales et, par la suite, de la Sécurité sociale.

---

<sup>150</sup> POLTON, Dominique, *La santé pour tous ?*, *op.cit.*, p. 48.

<sup>151</sup> DURAND, Paul, *La politique contemporaine de Sécurité sociale*, Paris, Dalloz, 2005, p. 124.

<sup>152</sup> CHEVREUL, Karine et al., *Health systems in transition :France*, European Observatory of Health systems and policies, vol. 12, no. 6, 2010, p. 17.

<sup>153</sup> BADEL, Maryse, « La Sécurité sociale a 70 ans. Vive l'universalisation ! » *Dr.soc.* 2016, p.263.

<sup>154</sup> V. Loi n°99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, JO, 28 juill. 1999, Loi n°2015-1702 du 22 décembre 2015 du financement de la sécurité sociale pour 2016, JO, 22 déc., 2015, Art. L. 111-2-1-I du CSS ; TABUTEAU, Didier, « La protection universelle maladie (PUMA) : une transfiguration législative de l'assurance maladie (première partie) », *RDSS*, 2015, p. 1058.

<sup>155</sup> V. Loi de finances pour 1991 n° 90-1168 du 29 décembre 1990, JO, 30 déc. 1990, créant une contribution sociale généralisée étendue au financement de l'Assurance maladie par les lois de financement de la sécurité sociale pour 1997 et 1998 ; PELLET, Rémi (dir.), *Finances publiques et santé*, Paris, Dalloz, 2011, p. 23-27.

<sup>156</sup> EVIN, Claude, *Les droits des usagers du système de santé*, *op.cit.*, p.129

Il existe ainsi deux arguments majeurs qui justifient l'organisation d'un système de services de santé dans le cadre français.

Il existe, tout d'abord, un argument économique, qui réside dans la nécessité d'assurer la pérennité du financement public des services de santé, ainsi que le maintien de son caractère solidaire. Il s'agit ici d'un objectif majeur de la politique de santé, qui semble pour autant difficilement conciliable avec la nature mi-publique-mi-privée de l'offre de soins en France. Il incombe ainsi à l'Etat non seulement d'assurer la protection de la santé de la population, mais également de veiller à la bonne gestion des ressources publiques consacrées à la santé. Or, l'un des outils principaux utilisés dans le cadre de cette mission étatique consiste dans la coordination entre l'offre et la demande de soins au sein d'un système de santé.

Il existe également un argument juridique, qui réside dans l'obligation pour l'Etat de garantir de manière effective le droit à l'égal accès aux soins au profit de la population. La mise en place d'un système d'assurance maladie est censée permettre de garantir l'égal accès aux services de santé sans frein financier. Cependant, le droit à l'égal accès aux soins comporte un aspect territorial, voire un aspect qui se rapporte à la qualité des soins. En ce sens, la mise en place d'un système des services de santé s'impose dans le but de garantir un égal accès géographique aux soins, ainsi qu'un accès aux soins ayant le même niveau de qualité.

Il est possible d'identifier trois grandes étapes dans le processus de la construction juridique du système de services de santé en droit français. La logique poursuivie par les pouvoirs publics en la matière est une logique d'élargissement progressif du champ du système de santé, qui est censé progressivement englober l'ensemble des services de santé.

La première période historique se réfère à la construction d'un **système de l'hospitalisation publique** sous la tutelle de l'Etat, dans la période entre 1941 et 1970. Les textes juridiques adoptés pendant cette période vont faire de l'hôpital public le pivot de l'offre de soins en France, alors que traditionnellement, cette offre était concentrée dans le cadre d'une médecine libérale exercée à domicile<sup>157</sup>.

En ce sens, la loi du 21 décembre 1941 relative aux hôpitaux et hospices publics, en prenant acte de l'institution d'un dispositif d'assurances sociales, ainsi que de l'émergence

---

<sup>157</sup> ROCHAIX, Maurice, *Essai sur l'évolution des questions hospitalières, dès la fin de l'Ancien régime à nos jours*, Thèse, Fédération hospitalière de France, 1959, p. 167.

d'un droit aux soins de santé, avait procédé à l'ouverture de l'accès à l'hôpital public à l'ensemble des classes sociales de la population, toute en confirmant sa vocation principalement sanitaire<sup>158</sup>.

Une autre réforme d'ampleur de l'hospitalisation française était adoptée en 1958, dans le contexte historique de la création de la V<sup>ème</sup> République et de la fondation des nouvelles institutions du pays. L'ambition de cette réforme était, en premier lieu, la modernisation du paysage hospitalier français et notamment du secteur hospitalier public.

Ainsi, une réforme hospitalo-universitaire était portée par l'ordonnance n°58-1373 du 30 décembre 1958<sup>159</sup>. L'ambition de son promoteur, le professeur Rober Debré<sup>160</sup>, était de renouveler l'institution de l'hôpital français afin de permettre son adaptation à l'évolution technique et scientifique de la médecine. Il s'agissait de répondre à une situation de « *crise du système sanitaire* » qui dans son versant hospitalier souffrait d'un défaut d'équipement moderne, ce qui privait la population des dernières acquisitions dans le domaine du diagnostic et de la thérapeutique<sup>161</sup>. L'une des idées fortes qui a reçu une réalisation concrète, était relative au rapprochement entre l'activité clinique et l'activité universitaire en médecine par le biais de la création de centres hospitaliers universitaires (CHU) dans les villes sièges des facultés de médecine<sup>162</sup>. L'hôpital public français est devenu ainsi le lieu d'exercice d'une triple mission : les soins, l'enseignement et la recherche. Une deuxième mesure importante, mais beaucoup plus controversée, était relative à la création du temps plein hospitalo-universitaire<sup>163</sup>.

L'ordonnance n°58-1199 du 13 décembre 1958 relative à la coordination des établissements de soins comportant hospitalisation<sup>164</sup> était davantage traversée par une logique de structuration de l'hospitalisation publique et privée au sein d'un système. Pour cette raison, cette ordonnance est souvent considérée comme ayant posé les prémices d'un

---

<sup>158</sup> Art. 1 de la loi du 21 décembre 1941 portant réorganisation des hôpitaux et des hospices civils, JO, 30 déc. 1941.

<sup>159</sup> Ord. n°58-1373 du 30 décembre 1958 relative à la création de centres hospitaliers et universitaires, à la réforme de l'enseignement médical et au développement de la recherche médicale, JO, 31 déc. 1958.

<sup>160</sup> Robert DEBRE (1882-1978) médecin en pédiatrie, dirige le Comité interministériel, qui est à l'origine de l'ordonnance n°58-1373 du 30 décembre 1958.

<sup>161</sup> DEBRE, Robert, « Santé publique et Sécurité sociale », in *Population*, 1947, vol.2, n°4, p. 641.

<sup>162</sup> L'art. 1 de l'ordonnance n°58-1373 du 30 décembre 1958 prévoit l'obligation d'organisation en commun des services des facultés de médecine et des centres hospitaliers régionaux dans un cadre conventionnel. En revanche, les deux institutions gardent leurs personnalités morales respectives.

<sup>163</sup> Art. 5 de l'ordonnance n°58-1373 du 30 décembre 1958 préc.

<sup>164</sup> JO, 12 déc. 1958.



système hospitalier global au travers de la notion de coordination hospitalière<sup>165</sup>. Ce texte avait structuré l'organisation interne et externe des hôpitaux publics, en distinguant la notion d'hôpital de la notion d'hospice,<sup>166</sup> en prévoyant un classement territorial des hôpitaux autour de quatre structures<sup>167</sup> et en modernisant leur administration. Il s'agissait aussi de prévoir, pour la première fois, l'instauration d'une coordination du secteur hospitalier public et privé<sup>168</sup>. Cependant, malgré l'objectif affiché, qui était d'assurer la coordination entre les établissements de santé, cette réforme avait, en réalité, permis de renforcer la cohérence du système de l'hospitalisation publique, sans procéder véritablement à l'intégration, au sein de ce système, des établissements de santé privés, notamment à statut commercial.

Or, les effets qui ont suivi cet ensemble de réformes hospitalières sont bien connus : l'élargissement du parc hospitalier français et le maintien d'une concurrence entre l'hôpital public et la clinique privée.

Dans un deuxième temps, le concept plus large de **système hospitalier** s'est substitué à celui de système d'hospitalisation publique, sous l'effet de la loi n°70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière, dite loi Boulin.<sup>169</sup> Ce changement conceptuel marquait la volonté du législateur de l'époque de s'intéresser davantage à la question de l'intégration de l'activité hospitalière privée à l'organisation de l'offre des services de santé. Le nouveau concept de système hospitalier répondait ainsi à deux exigences essentielles : le renforcement de la régulation économique du secteur hospitalier, ainsi que l'instauration d'un rapport de complémentarité, au lieu d'un rapport de concurrence, entre les établissements hospitaliers

En effet, comme il ressort de l'exposé des motifs de la loi Boulin, une régulation plus poussée de l'hospitalisation française s'imposait à l'époque, surtout afin de maîtriser les dépenses de santé, dont l'augmentation devenait inquiétante dans un contexte de ralentissement économique et de montée du chômage<sup>170</sup>. Or, c'étaient les dépenses

---

<sup>165</sup> CLEMENT, Jean-Marie, *Précis de droit hospitalier*, op.cit., p.13.

<sup>166</sup> Les hôpitaux pouvoient à l'examen, le diagnostic et le traitement des personnes malades, alors que les hospices, à l'hébergement des vieillards, infirmes et incurables (ord. n°58-1198 du 11 décembre 1958).

<sup>167</sup> Les structures en question sont : le centre hospitalier régional au niveau de la région ; le centre hospitalier général (ou spécialisé) au niveau du département ; l'hôpital au niveau du secteur (d'un arrondissement), l'hôpital rural au niveau du canton (ord. n°58-1198 du 11 décembre 1958).

<sup>168</sup> L'ordonnance n° 58-1199 avait assigné une mission de coordination de tous les établissements de soins comportant hospitalisation, quel que soit leur statut, au ministre de la Santé, assisté par une commission nationale et des commissions régionales. De la même manière, cette ordonnance avait institué un dispositif de déclaration préalable de tout projet de création ou d'extension d'un établissement sanitaire privé comportant hospitalisation.

<sup>169</sup> JO, 3 janv. 1971, p. 65.

<sup>170</sup> V. DOMIN, Jean-Paul, *Une histoire économique de l'hôpital (XIXe – XXe siècles), une analyse rétrospective du développement hospitalier*, t. II, Paris, Comité d'histoire de la Sécurité sociale, 2013, p.56.

hospitalières, qui étaient les dépenses les plus importantes au sein de la dépense globale de santé<sup>171</sup>. Il s'agissait aussi, par le biais de la régulation étatique, de garantir davantage l'efficacité du droit à l'égal accès aux soins hospitaliers dans un contexte de disponibilité des ressources de santé, mais selon une répartition territoriale non équilibrée.

Or, il convient de rappeler que la notion de régulation entretient un rapport avec la notion de système. Ce rapport est perceptible au regard la définition du concept de système qui renvoie à l'instauration de régularités afin d'assurer la stabilité et la pérennité du système.<sup>172</sup> Dans ses travaux sur la notion de régulation, le professeur Jacques Chevallier avait défini la régulation systémique comme « le fait d'agir sur un système complexe et d'en coordonner l'action en vue d'obtenir un fonctionnement correct et régulier... »<sup>173</sup> La régulation est ainsi indispensable au fonctionnement de tout système organisé, dans la mesure où elle est censée permettre la préservation de ses « équilibres essentiels. »<sup>174</sup>

Dans cette optique, la régulation du système hospitalier était conçue, dans le cadre de la loi Boulin de 1970, comme le moyen d'harmoniser les rapports entre les établissements d'hospitalisation publics et privés au sein d'un système coordonné. Ce système coordonné devait se substituer à un système hospitalier « minimal », dans le cadre duquel l'ensemble des établissements hospitaliers poursuivaient le même but ultime, qui était l'amélioration de la santé de la population, tout en se trouvant dans un rapport de juxtaposition. Il manquait ainsi « une instance de régulation capable, par sa position d'extériorité et de supériorité par rapport aux intérêts en présence, de ramener la diversité à l'unité... »<sup>175</sup>

En ce sens, en 1970, à défaut d'une uniformisation des régimes juridiques des établissements hospitaliers, c'était un effort d'organisation et de coordination de ces derniers au sein d'un système qui a été amorcé<sup>176</sup>.

En science économique, la coordination vise « la procédure qui permet de rendre cohérentes entre elles les décisions des agents économiques<sup>177</sup>. » En matière hospitalière, la

---

<sup>171</sup> V. PERCHAT, J.Y., « La fonction économique de l'hôpital » *RTDSS*, 1974, p. 41.

<sup>172</sup> JEAMMAUD, Antoine, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique, des concepts en jeu » in CLAM, Jean, MARTIN, Giles (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p.53.

<sup>173</sup> CHEVALLIER, Jacques, « De quelques usages du concept de régulation » in MIAILLE, Michel (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 76.

<sup>174</sup> CHEVALLIER, Jacques, « L'Etat régulateur », in LOMBARD, Martine (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, 2006, p. 31.

<sup>175</sup> *Ibid.*

<sup>176</sup> ROCHAIX, Maurice, *Essai sur l'évolution des questions hospitalières, dès la fin de l'Ancien régime à nos jours*, *op.cit.*, p. 287

coordination s'articulait autour de la recherche de complémentarité entre les établissements de santé. La complémentarité dans le domaine hospitalier « suppose que les établissements des deux secteurs développent sur une même aire géographique des activités différentes et non concurrentielles<sup>178</sup>. »

La construction du système hospitalier a été approfondie au long des réformes sanitaires adoptées après la loi Boulin. En ce sens, la régulation étatique du secteur hospitalier a été renforcée et progressivement uniformisée. En outre, un rapprochement juridique entre les établissements de santé a été initié pour aboutir tantôt sur une plus grande complémentarité, tantôt sur une concurrence plus efficace entre les deux secteurs.

La logique de construction du système hospitalier a été élargie par l'émergence de la notion juridique du système de santé, censée englober l'ensemble de l'offre de soins. La construction du système de santé répond à l'ambition d'élargir le champ du système sanitaire, en intégrant en son sein un ensemble plus vaste de services de santé coordonné par l'Etat. Ce processus vise également à placer les usagers au centre du système de santé. Or, la notion de système de santé est apparue en droit français avec la loi Kouchner du 4 mars 2002. La construction juridique du système de santé a été par la suite prolongée par la loi Bachelot du 21 juillet 2009, la loi Touraine du 26 janvier 2016 et la loi relative à la transformation du système de santé de 2019. Il ressort de ces textes juridiques un certain nombre d'éléments caractéristiques du système de santé qui seront développés dans le cadre de la recherche : la place centrale attribuée aux usagers du système de santé, qui bénéficient d'un socle de droits et d'obligations liés à leur statut d'usagers du système de santé ; le renforcement et l'extension de la régulation étatique sur l'ensemble des services sanitaires ; la recherche d'une coordination territoriale des services sanitaires autour des parcours des patients.

Après la définition respective des notions de service public et de système de santé, une deuxième partie de l'introduction sera consacrée à la présentation de l'articulation entre ces deux notions.

---

<sup>177</sup> BEITONE, Alain, CAZORLA, Antoine, HEMDANE, Estelle, *Dictionnaire des sciences économiques*, Paris, Armand Colin, 2016, p.130.

<sup>178</sup> CLEMENT, Jean-Marie, *Réflexions pour l'hôpital. Proximité, coopération, pouvoirs.*, Bordeaux, LEH, 1998, p. 101 et s.

## **Section 2 L'objet de la recherche : l'articulation entre les notions de service public et de système de santé**

Il convient de procéder à une présentation de l'articulation des notions de service public et de système de santé dans le champ juridique afin de procéder ainsi à la délimitation de l'objet de la recherche. Or, avant d'examiner l'évolution du rapport juridique entre service public et système de santé en droit français (§2), il convient d'illustrer l'idée de la légitimité du recours à la notion du service public dans l'organisation du système de santé (§1).

### ***§ 1. La légitimité du recours à la notion de service public dans l'organisation du système de santé***

Il convient de rappeler, que dans le cadre français, la notion de service public est souvent présentée comme une notion indéfinissable, en raison de l'absence de critères objectifs permettant de déterminer les circonstances juridiques dans lesquelles une activité est susceptible d'être érigée en activité de service public et d'être soumise à un contrôle de la part des pouvoirs publics. En ce sens, toute activité humaine peut, à un moment donné, être qualifiée en activité de service public par décision des gouvernants. Ce constat est d'autant plus évident, dans la mesure où toutes les activités humaines sont censées contribuer à la satisfaction des besoins relevant de l'intérêt général. Cependant, en droit français, le recours au procédé de service public semble légitime, voire obligatoire pour les pouvoirs publics, lorsqu'il s'agit de contribuer à la mise en œuvre des droits fondamentaux.

Ainsi, la qualification des activités de santé en missions de service public « a un caractère juridique indiscutable » et traduit « une préoccupation politique indéniable.<sup>179</sup> » En effet, les activités relevant du champ sanitaire répondent de manière évidente à un « intérêt général caractérisé. » Ces activités sont ainsi indispensables à la réalisation du droit à la protection de la santé, qui est un droit fondamental en France, consacré par l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution française de 1946 (A). A cela s'ajoute l'argument tiré du débat sur l'existence éventuelle d'une obligation constitutionnelle à l'égard des pouvoirs publics de création et de maintien d'un service public dans le domaine de la santé (B).

---

<sup>179</sup> MOQUET-ANGER, Marie-Laure, *Droit hospitalier*, Paris, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd, 2018, p. 83.

### ***A. Le service public comme instrument de mise en œuvre du droit à la protection de la santé***

Dans le contexte français, la protection de la santé s'est affirmée comme une mission essentielle de l'Etat à partir du début du XX<sup>e</sup> siècle. En ce sens, la plupart des textes constitutionnels adoptés depuis la Révolution française n'ont fait qu'une référence indirecte à la santé, au travers d'un devoir d'assistance sociale de l'Etat, qui comprenait notamment le soulagement des pauvres infirmes<sup>180</sup>.

Ainsi, comme l'affirme le professeur Michel Borgetto, « la question de la protection de la santé a été longtemps abordée de manière indirecte et implicite : c'est à travers les dispositions consacrant une solidarité minimale à l'égard des populations défavorisées que cette question fut abordée,(...) les choses n'ont véritablement changé qu'au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, avec le Préambule de la Constitution de 1946 : la protection de la santé ayant alors été promue au rang d'engagement global solennellement garanti par la Nation<sup>181</sup>. »

En ce sens, c'est le Préambule de la Constitution française du 27 octobre 1946 qui, dans son alinéa 11, avait consacré un devoir de la Nation de protection de la santé<sup>182</sup>. Or, c'était également le contexte historique de l'époque qui était propice à la proclamation de ce droit.

Ainsi, à cette époque, dans le cadre international, un certain nombre de textes ont consacré l'existence des droits sociaux des personnes, parmi lesquels figurait le droit à la protection de la santé humaine. De la même manière, la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé, organisation internationale spécialisée dans le domaine de la santé, est entrée en vigueur le 7 avril 1948. Cette époque historique était également marquée par l'avènement au sein de la société de la figure de l'Etat-providence. La proclamation d'un droit à la protection de la santé s'inscrivait également dans un contexte d'avancée spectaculaire de

---

<sup>180</sup> V. Art. 21 de la Constitution du 24 juin 1793 : « *Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler* » ou encore l'art. 13 de la Constitution du 4 novembre 1848 consacrant le devoir de la société de fournir de l'assistance « *aux enfants abandonnés, aux infirmes et aux vieillards sans ressources, et que leurs familles ne peuvent secourir.* »

<sup>181</sup> BORGETTO, Michel, « La santé dans l'histoire constitutionnelle française », *RDSS*, 2013, p.9.

<sup>182</sup> « *Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence.* » V. sur le sujet : SAUVAT, Christophe, *Réflexions sur le droit à la santé*, Thèse, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, Conseil d'Etat, *Réflexions sur le droit de la santé*, Rapport public 1998, Paris, La documentation française.

la médecine, grâce aux découvertes intervenues notamment à la fin du XIX<sup>e</sup> et au début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>183</sup>.

Pour autant, ce n'est que dans les années 1970, que la valeur de droit fondamental a été explicitement reconnue au droit à la protection de la santé dans le cadre de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel. Cette reconnaissance s'est effectuée en deux étapes.

En effet, dans sa décision du 16 juillet 1971 *Liberté d'association*<sup>184</sup>, Le Conseil Constitutionnel avait, tout d'abord, précisé que les dispositions du Préambule de la Constitution de 1946, auquel le Préambule de la Constitution de 1958 fait référence, pouvaient servir comme base du contrôle de constitutionnalité des lois. Ensuite, le Conseil Constitutionnel est venu conférer expressément au droit à la protection de la santé le statut de principe à valeur constitutionnelle, en se référant à l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946<sup>185</sup>.

Or, l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 précise les créanciers et les débiteurs du droit fondamental à la protection de la santé.

Quant aux titulaires de ce droit, le texte constitutionnel fait référence à tous, ce qui vise ainsi l'ensemble de la population, toutes les personnes qui se trouvent sur le territoire français, y compris les étrangers<sup>186</sup>. Cependant, l'alinéa 11 mentionne expressément certains groupes de personnes, au profit desquelles le droit à la protection de la santé doit être « *notamment* » garanti : il s'agit de l'enfant, de la mère et du vieux travailleur. En ce sens, ces catégories de personnes peuvent bénéficier, à condition que les exigences du principe d'égalité soient respectées, de la mise en place de certaines mesures qui leur sont spécifiquement destinées.

En ce qui concerne les débiteurs du droit à la protection de la santé, l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 se réfère à la Nation. Or, « l'Etat étant la personne morale de droit public susceptible d'agir au nom de la Nation, il revient donc à l'Etat en principe d'assurer cette protection...<sup>187</sup> » Plus précisément, l'obligation de protection de la santé pèse sur le législateur et sur le pouvoir réglementaire, sous le contrôle du juge

---

<sup>183</sup> Par ex., la découverte des rayons X et de la radiologie en 1895 par le physicien allemand Wilhelm Conrad Röntgen (1845-1923) ou l'identification des quatre groupes sanguins en 1901 par le médecin autrichien Karl Landsteiner (1868-1943) ayant permis l'essor de la transfusion sanguine sans risque.

<sup>184</sup> Cons. Const., 16 juillet 1971 *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, n°71-44 DC, cons. 1

<sup>185</sup> Cons. Const., 15 janvier 1975, *Interruption volontaire de grossesse*, n° 74-54 DC, cons.10.

<sup>186</sup> V. Défenseur des droits, *Les droits fondamentaux des étrangers en France*, Rapport, mai 2016, p. 187 et s.

<sup>187</sup> MOQUET-ANGER, Marie Laure, « Santé et Constitution : l'exemple français », *RDSS* 2013, p. 127.

constitutionnel. Par ailleurs, l'article L.1110-1 du Code de la santé publique, qui constitue la base législative du droit fondamental à la protection de la santé, ajoute à la liste des débiteurs de ce droit, à côté des autorités sanitaires, les professionnels, les établissements et les réseaux de santé, les organismes d'assurance maladie, ainsi que les usagers du système de santé eux-mêmes. Cette disposition législative est importante, dans la mesure où elle énumère les débiteurs du droit à la protection de la santé au niveau même du système de santé. En ce sens, ce sont tous les acteurs du système de santé (autorités de pilotage et de régulation, offreurs de soins et usagers) qui sont appelés à contribuer à la réalisation de la finalité ultime du système de santé, qui est la protection de la santé et qui est présentée sous l'angle d'un droit fondamental au sein du Code de la santé publique.

Il faut mentionner également que le droit à la protection de la santé présente un certain nombre de caractéristiques qui forment sa spécificité.

Au sein de la classification des droits fondamentaux par générations, le droit à la protection de la santé fait partie des droits dits de deuxième génération. Les droits de deuxième génération sont des droits économiques et sociaux, voire culturels, garantis au profit des personnes. Ces droits sont souvent regroupés au sein de la catégorie générique des droits sociaux, appelés encore des droits-créances. En droit français, les droits de deuxième génération sont essentiellement énoncés au sein du Préambule de la Constitution de 1946 sous la terminologie de « principes particulièrement nécessaires à notre temps. » Or, si les droits de première génération, en tant que droits-libertés de l'homme, impliquent un devoir d'abstention de la part de l'Etat, les droits de deuxième génération nécessitent, au vu de leur réalisation, une intervention positive de la part des pouvoirs publics. Ainsi, selon Madame Tatiana Grundler, le droit à la protection de la santé est « un droit social par excellence », ce qui est perceptible tant au niveau de son objet, qui est de répondre à un besoin humain, qu'au niveau de son régime juridique, qui suppose une action positive des pouvoirs publics<sup>188</sup>.

Pour autant, la doctrine juridique s'accorde autour du constat que le droit à la protection de la santé est un droit « dual »<sup>189</sup>, « mixte »<sup>190</sup>, « protéiforme »<sup>191</sup>. En ce sens, même si le droit à la protection de la santé est essentiellement un droit-créance, qui implique l'obligation d'une action positive de la part de l'Etat, ce droit se caractérise aussi par une

---

<sup>188</sup> GRUNDLER, Tatiana, « Le juge et le droit à la protection de la santé », *RDSS* 2010, p. 835.

<sup>189</sup> *Ibid.*

<sup>190</sup> GRUNDLER, Tatiana, « L'effectivité du droit à la protection de la santé », *RGDM* n°14, 2010, p. 83

<sup>191</sup> BYK, Christian, « La place du droit à la protection de la santé au regard du droit constitutionnel français », *Revue générale de droit*, vol. 31, n° 2, 2001, p. 327.

dimension négative. Par conséquent, le droit à la protection de la santé est susceptible d'être analysé également comme un droit-liberté au profit des individus. Les pouvoirs publics sont ainsi tenus par l'interdiction de porter atteinte, de manière directe ou indirecte, à la santé des personnes, ce qui implique que tout individu dispose du droit de « ne pas voir sa santé altérée par l'action publique<sup>192</sup>. »

Cependant, le droit à la protection de la santé reste essentiellement entendu comme un droit-créance.

Ce constat se vérifie à l'aune de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel en la matière<sup>193</sup>. La juridiction constitutionnelle avait ainsi qualifié la protection de la santé, dans la plupart de ses décisions, comme un principe à valeur constitutionnelle (PVC)<sup>194</sup> ou comme un objectif à valeur constitutionnelle (OVC)<sup>195</sup>. Cette approche du juge constitutionnel par rapport au droit à la protection de la santé a pour finalité non seulement de mettre l'accent sur l'obligation positive de la Nation dans sa mise en œuvre, mais aussi de privilégier une dimension essentiellement collective de ce droit<sup>196</sup>. Cela revient d'en faire un composant de l'ordre public, un objectif impérieux d'intérêt général, dont le respect peut justifier la restriction législative d'un certain nombre de droits et de libertés ayant également une valeur constitutionnelle, comme cela a pu être le cas du droit de grève<sup>197</sup>, de la liberté d'entreprendre et du droit de propriété,<sup>198</sup> ou encore, de la liberté personnelle et individuelle<sup>199</sup>.

Toutefois, le devoir de protection de la santé qui pèse sur la collectivité, ne peut s'entendre comme un devoir absolu.

En ce sens, dans la mise en œuvre du droit à la protection de la santé, les pouvoirs publics ne sont tenus que par une obligation de moyens. Certains auteurs ont souligné que ce qui devait être assuré par la Nation « n'est pas la santé, tâche évidemment impossible, même pour l'Etat-providence!-, mais la protection de la santé<sup>200</sup>. » Par conséquent, « il n'existe pas

---

<sup>192</sup> GRUNDLER, Tatiana, « Le juge et le droit à la protection de la santé », *op.cit.*

<sup>193</sup> V. EGEA, Pierre, « Les formes constitutionnelles de la santé » *RDSS* 2013, p. 31.

<sup>194</sup> V. Cons. Const., 15 janvier 1975 *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, préc. Cons. Const., DC du 18 janvier 1978 *Contre visite médical*, préc., Cons. Const. décision, 22 juillet 1980, *Protection des matières nucléaires*, n°80-117 DC.

<sup>195</sup> V. Cons. Const., du 22 janvier 1990 *Egalité entre Français et étrangers*, n° 89-269 DC, Cons Const., du 16 mai 2012 *Accès aux origines personnelles*, n° 2012-248 QPC.

<sup>196</sup> BYK, Christian, « La place du droit à la protection de la santé au regard du droit constitutionnel français », *op.cit.*

<sup>197</sup> Cons Const., 22 juillet 1980 *Protection des matières nucléaires*, préc.

<sup>198</sup> Cons. Const., 8 janvier 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, n° 90-283 DC.

<sup>199</sup> Cons. Const., 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S*, n° 2010-71 QPC.

<sup>200</sup> MOREAU, Jacques, « Le droit à la santé », *AJDA* 1998, p. 185.



constitutionnellement de droit à la santé (...), sur le plan constitutionnel, la santé est appréhendée exclusivement sous l'angle de sa protection<sup>201</sup>.» En ce sens, de point de vue constitutionnel, les pouvoirs publics sont tenus d'entreprendre les actions nécessaires pour garantir un droit à la meilleure santé que chaque personne est capable d'atteindre. En effet, la santé objective est une chose impossible d'atteindre par la collectivité, étant donné que tous les individus ne se trouvent pas dans une situation d'égalité devant la santé. L'état de santé dépend ainsi de certains déterminants qui sont strictement individuels (prédispositions génétiques, résistances face aux maladies) et sur lesquels l'Etat n'a aucune emprise.

Il convient de souligner également que le droit à la protection de la santé est un droit, dont la réalisation dépend de l'initiative du législateur à un moment donné. En ce sens, le Conseil Constitutionnel est compétent de vérifier que la loi n'a pas privé le droit à la protection de la santé de certaines garanties constitutionnelles. En revanche, le juge constitutionnel n'a pas la compétence de censurer une éventuelle carence législative dans la réalisation de ce droit<sup>202</sup>.

Par ailleurs, la protection de la santé est conçue comme un objectif à valeur constitutionnelle, ce qui implique que celle-ci doit souvent être conciliée avec d'autres objectifs ayant une valeur constitutionnelle. En ce sens, la mise en œuvre du droit à la protection de la santé dépend étroitement des moyens financiers disponibles. Or, il existe une contrainte économique qui pèse sur les pouvoirs publics dans le domaine de la protection de la santé, du fait de l'existence d'un déficit financier de l'assurance maladie en France. Pour cette raison, le droit à la protection de la santé est susceptible d'être restreint par le législateur afin de respecter les exigences qui découlent de l'objectif à valeur constitutionnelle d'équilibre financier de la sécurité sociale<sup>203</sup>.

Il existe également un certain nombre de composants du droit à la protection de la santé. Or, ces composants n'ont jamais été précisés de manière explicite par le Conseil Constitutionnel. Cependant, la principale obligation, qui en découle pour la collectivité publique, est de garantir à tous les individus la disponibilité d'un ensemble de services de

---

<sup>201</sup> EGEA, Pierre, « Les formes constitutionnelles de la santé », *op.cit.*

<sup>202</sup> V. GRUNDLER, Tatiana, « Le juge et le droit à la protection de la santé », *op.cit.*

<sup>203</sup> V. Cons. Const., 18 décembre 1997, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998*, n° 97-393 DC (Le Conseil constitutionnel confère pour la première fois à l'équilibre financier de la sécurité sociale le statut d'un objectif à valeur constitutionnelle, cons. 25).

santé<sup>204</sup>, ainsi que l'accès à ces services et notamment aux services de soins de santé. Le droit à la protection de la santé est ainsi constitutif d'un droit essentiel, susceptible d'être conçu comme un droit subjectif des individus, qui est le droit à accéder aux soins de santé, présenté comme « le droit le plus fondamental des droits des malades<sup>205</sup>. »

Or, le droit à accéder aux soins implique l'existence d'un certain nombre d'obligations générales qui pèsent sur l'Etat : l'organisation d'un système de soins de santé, afin de garantir l'accès aux services de santé sur l'ensemble du territoire, l'organisation d'un système d'assurance maladie visant à assurer l'accessibilité financière des services de santé, l'adoption des mesures préventives contre les détériorations de la santé par le biais de la mise en place d'une politique de prévention dans le domaine de la santé<sup>206</sup>.

Au niveau législatif, l'article L.1110-1 du Code de la santé publique précise de manière plus détaillée les composants du droit à la protection de la santé. Il s'agit du développement de la prévention de santé, de l'égal accès aux soins nécessités par son état de santé, de la continuité de soins et de la meilleure sécurité sanitaire possible.

Au vu des caractéristiques du droit à la protection de la santé, le service public apparaît comme le procédé principal qui s'offre aux pouvoirs publics dans la réalisation de ce droit. Il convient de rappeler en ce sens que dans le cadre français, la notion de service public sert à matérialiser toutes les interventions positives des pouvoirs publics au sein de la société. Ainsi, naturellement, les interventions de l'Etat dans le domaine de la protection de la santé sont censées s'appuyer sur la notion de service public. De la même manière, le service public s'impose comme l'instrument de base de l'action publique, ayant vocation à garantir un égal accès des individus à un ensemble de prestations essentielles au sein de la collectivité. Le recours à la notion de service public s'impose ainsi dans le but de garantir l'efficacité du droit fondamental à l'égal accès aux soins. Le service public a un rôle indéniable dans l'organisation du système de santé en droit français. La question qui se pose, par conséquent, est de savoir si le service public dans le domaine de la santé se présente comme un service public obligatoire en vertu de la Constitution.

---

<sup>204</sup> MATHIEU, Bernard, « La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel-A propos et à partir de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n°185 du 20 mai 1998 » ? *in les Cahiers du Conseil Constitutionnel n°6*.

<sup>205</sup> FEUILLET, Brigitte, « L'accès aux soins, entre promesse et réalité », *in RDSS* 2008, p. 713.

<sup>206</sup> V. BYK, Christian, « La place du droit à la protection de la santé au regard du droit constitutionnel français », *op.cit.*

## ***B. Le service public dans le domaine de la santé : une exigence constitutionnelle ?***

Le débat relatif à la question du fondement constitutionnel du service public dans le domaine de la santé avait émergé suite à une décision du Conseil Constitutionnel, rendue le 25-26 juin 1986<sup>207</sup>. Dans cette décision, le juge constitutionnel avait considéré, en se référant à l’alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946<sup>208</sup>, que la nécessité de certains services publics nationaux découlait de principes ou de règles à valeur constitutionnelle.

Pour autant, la juridiction constitutionnelle n’a pas fourni une définition générale, ni des exemples concrets de services publics exigés par la Constitution ou « ayant leur fondement dans des dispositions de nature constitutionnelle<sup>209</sup>. » La seule utilisation qui a été faite de ce concept était une utilisation négative, au travers de certains exemples de services publics nationaux, qui ne trouvaient pas leur fondement dans le texte constitutionnel. Or, la conséquence juridique était que les services publics non constitutionnels pouvaient être librement créés et supprimés, voire transférés au secteur privé par voie législative ou réglementaire (sauf en cas d’existence d’un monopole de fait, conformément aux dispositions de l’alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946). En ce sens, n’ont pas été considérés comme des services publics exigés par la Constitution la télévision par voie hertzienne<sup>210</sup>, la distribution des prêts bonifiés par la Caisse nationale de crédit agricole<sup>211</sup>, la production de l’énergie<sup>212</sup>, la Poste<sup>213</sup>. Or, comme l’ont souligné certains auteurs, l’idée de l’existence de services publics constitutionnels, qui est apparue dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, était liée au développement d’une démarche de privatisation de certains services publics nationaux à caractère industriel et commercial<sup>214</sup>.

---

<sup>207</sup> Cons. Const., 25 et 26 juin 1986, *Loi autorisant le gouvernement à prendre différentes mesures d’ordre économique et social*, n°86-207 DC.

<sup>208</sup> L’al. 9 du Préambule de la Constitution française de 1946 dispose : « *Tout bien, toute entreprise, dont l’exploitation a ou acquiert les caractères d’un service public national ou d’un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité.* »

<sup>209</sup> Cons. Const., 18 septembre 1986, *Liberté de communication*, n° 86-217 DC.

<sup>210</sup> *Ibid.*

<sup>211</sup> Cons. Const., 7 janvier 1988, *Mutualisation de la CNCA*, n°87-232 DC.

<sup>212</sup> Cons. Const., 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l’énergie*, n° 2006-543 DC.

<sup>213</sup> Cons. Const., 4 février 2010, *Loi relative à l’entreprise publique La Poste et aux activités postales*, n° 2010-601 DC.

<sup>214</sup> V. GUGLIELMI, Gilles J., KOUBI, Geneviève, LONG, Martine, *Droit du service public*, *op.cit.*, p. 470.

Cependant, la doctrine juridique s'est intéressée à la notion de services publics constitutionnels et a essayé de fournir des critères d'identification de cette notion, ainsi que de dresser une liste de services publics susceptibles d'avoir un caractère constitutionnel<sup>215</sup>.

La définition qui a été dégagée de ce concept s'articule autour de trois critères.

Le premier critère est lié au fondement constitutionnel de ces services publics. En effet, c'est l'existence-même des services publics constitutionnels qui est censée découler des dispositions de la Constitution, de la volonté du constituant. Par conséquent, le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire ont une compétence liée de mettre en place ces services au profit de la population. De la même manière, un service public de nature constitutionnelle ne peut pas être supprimé ou transféré vers le secteur privé par une loi ordinaire ou par un acte réglementaire. Dans une telle hypothèse, il convient de procéder préalablement à une révision de la Constitution.

Le deuxième critère est relatif à l'existence d'un intérêt général attaché à l'activité faisant l'objet du service public constitutionnel. Cependant, à la différence de l'intérêt général dans le cadre des services publics ordinaires, l'intérêt général attaché aux services publics constitutionnels a un périmètre plus étroit, dans la mesure où il doit se rapporter soit à l'exercice de la souveraineté par l'Etat, soit à la satisfaction des droits-créances.

Le troisième critère réside dans le caractère national des services publics constitutionnels. En effet, les services publics constitutionnels visent à satisfaire un intérêt national, un intérêt de l'ensemble de la collectivité. Par conséquent, ces services relèvent de la responsabilité de l'Etat. Cependant, il ne faut pas confondre la notion de service public constitutionnel avec celle de service public national. Comme il ressort de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, il existe un certain nombre de services publics nationaux qui n'ont pas été qualifiés de services publics de nature constitutionnelle<sup>216</sup>.

---

<sup>215</sup> V. : BRACONNIER, Stéphane, *Droit des services publics, op.cit.*, p. 7 et s., GUGLIELMI, Gilles J., KOUBI, Geneviève, LONG, Martine, *Droit du service public, op.cit.*, p.469 et s., DE BELLESCIZE, Ramu, *Les services publics constitutionnels*, Thèse, Paris, LGDJ, 2005; ESPLUGAS, Pierre, *Conseil Constitutionnel et service public*, Thèse, Paris, LGDJ, 1994 ; FAVOREU, Louis, « Service public et Constitution » *AJDA* 1997, p. 16.

<sup>216</sup> V. Cons. Const., 9 avril 1996, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, n° 96-375 DC, concernant l'activité de télécommunication, qui a été considérée comme une activité de service public national, mais qui n'est pas « service public constitutionnel. » Quant aux services publics nationaux, il ressort de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 et de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel qu'ils doivent normalement être gérés par l'Etat lui-même, par une entreprise publique ou par une personne de droit privé dans laquelle l'Etat détient la majorité du capital sur l'ensemble du territoire, mais le transfert de leur gestion au secteur privé est envisageable à condition qu'une loi ordinaire leur enlève expressément la qualité d'activités de service public national.

La question s'est posée également des activités concrètes de services publics, dont l'existence pouvait résulter des exigences et des principes constitutionnels.

La doctrine juridique avait considéré que pouvaient être rangés dans cette catégorie les services publics correspondants aux fonctions régaliennes et classiques de l'Etat, à savoir l'armée, la justice, la monnaie, la diplomatie, les impôts... Selon certains auteurs, il n'y avait ainsi que les services régaliens qui constituaient le contenu de la notion de service public constitutionnel. Ces auteurs ont proposé une définition étroite de cette notion, qui devait se référer à « des services publics administratifs destinés à permettre à l'Etat d'exercer ses missions de souveraineté, dont l'existence et le fonctionnement découlent de la constitution et dont la suppression nécessite une révision de la constitution<sup>217</sup>. »

Cependant, la plupart des auteurs de la doctrine juridiques se sont accordés, que devaient relever de la catégorie de services publics constitutionnels, les services publics qui participent à la réalisation des droits-créances de nature sociale. Or, dans le cadre français, ces droits sont consacrés au sein du Préambule de la Constitution de 1946 et on y trouve également le droit à la protection de la santé. En ce sens, l'Etat est tenu de procéder à la création et au maintien des services publics indispensables, permettant aux individus l'exercice de leurs droits sociaux garantis par la Constitution.

Toutefois, il est possible de classer les services publics constitutionnels en deux rangs, comme cela a été proposé par le professeur Pierre Espulgas dans sa thèse sur le service public et le Conseil Constitutionnel<sup>218</sup>.

En ce sens, les services publics régaliens apparaissent comme des services publics constitutionnels de premier rang, en raison de leur base constitutionnelle, qui réside dans le concept de souveraineté. Par conséquent, ces services doivent bénéficier « d'une protection constitutionnelle plus forte » à l'égard de toute loi de privatisation ou de décentralisation, voire même d'une protection face à la concurrence éventuelle du secteur privé dans l'exercice des activités concernées. Les exigences constitutionnelles qui découlent pour les services publics régaliens, semblent surtout impliquer que les fonctions régaliennes doivent rester exercées sous le contrôle de l'Etat. En revanche, si certains auteurs ont considéré que les « services publics constitutionnels de premier rang » devaient être gérés par un organisme

---

<sup>217</sup> DE BELLESCIZE, Ramu, *Les services publics constitutionnels*, op.cit., p. 6.

<sup>218</sup> ESPLUGAS, Pierre, *Conseil Constitutionnel et service public*, op.cit., 1994, p. 39 et s.

public<sup>219</sup>, d'autres auteurs ont pu estimer, au contraire, que dans un contexte libéral, quelle que soit l'activité en cause, le service public constitutionnel devait être conçu comme une notion purement fonctionnelle, sans implications sur le plan organique. En ce sens, ce qui pouvait être considéré comme contraire à la Constitution, serait surtout de procéder à la suppression éventuelle de l'activité correspondante à un service public exigé par la Constitution et non pas le manquement à l'institution d'un service public organique<sup>220</sup>.

Les services publics constitutionnels de deuxième rang trouvent leur base constitutionnelle dans l'exigence de réalisation des droits fondamentaux sociaux et économiques. Or, pour que la réalisation de ces droits soit effective, la Constitution française semble impliquer la mise en place d'un service public, placé sous la maîtrise de l'Etat et offrant au moins un certain nombre de prestations de base en lien avec le droit en cause et accessibles à tous. En revanche, la gestion des services publics constitutionnels de deuxième rang pouvait être déléguée à une personne privée. En ce sens, dans le champ de ces services publics, est autorisée, au titre de gestionnaires ou de concurrents, l'intervention des collectivités territoriales, des établissements publics ou des personnes privées<sup>221</sup>.

Or, le droit à la protection de la santé est un droit-créance, ayant sa base constitutionnelle dans l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946. Par conséquent, il est possible de considérer que les pouvoirs publics soient tenus par une obligation constitutionnelle de mettre en place un service public dans le domaine de la santé afin de permettre la réalisation effective de ce droit. Cependant, il convient de souligner que le service public n'est pas expressément mentionné par le texte constitutionnel comme moyen indispensable à la réalisation du droit à la protection de la santé. En ce sens, il s'agit d'un service public dont la mise en place est susceptible d'être implicitement déduite des dispositions de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946. Plus précisément, cet alinéa «se contente d'affirmer que la Nation a l'obligation de garantir la protection de la santé, sans préciser les composants de cette obligation ou encore plus les moyens de sa réalisation, ce qui laisse une marge de manœuvre assez large aux pouvoirs publics<sup>222</sup>. »

Il est possible ainsi de déduire du silence du constituant de 1946 sur ce point, l'existence d'une liberté pour l'Etat quant aux moyens pour garantir le droit d'accès aux services de santé. La réalisation de ce droit pouvait passer aussi bien par la création d'un

---

<sup>219</sup> FAVOREU, Louis, « Service public et Constitution » *op.cit.*

<sup>220</sup> GUGLIELMI, Gilles J., KOUBI, Geneviève, LONG, Martine, *Droit du service public, op.cit.*, p. 471.

<sup>221</sup> ESPULGAS, Pierre, *Conseil Constitutionnel et service public, op.cit.*, p. 31 et s.

<sup>222</sup> BORGETTO, Michel, « La santé dans l'histoire constitutionnelle française », *op.cit.*

service public national de santé géré directement par l'Etat, ou par la construction d'un système de santé, combinant l'offre d'un secteur public et d'un secteur privé, mais régulé dans son ensemble par l'Etat. Or, c'est cette dernière option qui a été aménagée en droit français. Cependant, la notion de service public a été utilisée dans le cadre de l'organisation de ce système de santé mixte, dont la notion de service public hospitalier représente encore « l'épine dorsale.<sup>223</sup> »

Par ailleurs, si l'on admet que le service public dans le domaine de la santé constitue un service public exigé par la Constitution française, il faut quand même préciser que le caractère constitutionnellement obligatoire de ce service public ne couvre qu'une certaine partie de l'activité de santé. En ce sens, il s'agit d'une partie, « suffisamment substantielle pour que les exigences de la Constitution soient respectées »<sup>224</sup>, mais également de la partie strictement nécessaire, à ce que l'accès aux services de santé essentiels soit assuré au profit de tout le monde.

De la même manière, en tant que faisant partie des services publics constitutionnels de deuxième rang, le service public dans le domaine de la santé présente un certain nombre de spécificités par rapport aux critères de définition classiques des services publics exigés par la Constitution.

Tout d'abord, il s'agit d'un service public dont la gestion n'est pas directement assurée par l'Etat ou par une entreprise unique sur l'ensemble du territoire, mais essentiellement par une pluralité d'établissements publics qui sont les établissements publics de santé.

De plus, une place importante a été accordée, dans la gestion de ce service public, au secteur privé, que ce soit aux professionnels de santé libéraux, ou encore et surtout, aux établissements de santé privés. En ce sens, le Conseil Constitutionnel<sup>225</sup> a considéré comme conforme à la constitution la possibilité offerte aux établissements de santé privés, par la loi Bachelot du 21 juillet 2009, d'exercer certaines missions de service public dans le domaine de la santé, à condition que ces établissements s'engagent à respecter, pour toutes les missions de

---

<sup>223</sup> MOREAU, Jacques, « Le droit à la santé », *op.cit.*

<sup>224</sup> FAVOREU, Louis, « Service public et Constitution », *op.cit.*

<sup>225</sup> Cons. Const., 16 juillet 2009, *Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires*, n° 2009-584 DC.

service public dont ils assuraient la prise en charge, les exigences qui s'attachent à la notion de service public en droit français<sup>226</sup>.

Le service public de la santé se présente également comme un service public national, qui répond à un intérêt national, qui est la protection de la santé de la population, et qui dépend à ce titre de l'Etat pour sa définition et pour son contrôle. Cependant, le service public en matière de santé est également censé prendre en considération les besoins territoriaux de santé. Pour cette raison, sa gestion n'est pas centralisée au niveau national. Elle est en revanche attribuée à une pluralité de relais au sein des territoires de santé. De la même manière, les collectivités territoriales ont toujours été étroitement associées à la gestion de ce service public.

Le recours au service public dans le domaine de la santé semble ainsi justifié par la nécessité pour la Nation de répondre à son obligation constitutionnelle de protection de la santé. L'organisation d'un service public dans le domaine de la santé pourrait même être considérée comme une exigence qui découle de la Constitution française.

Or, il reste à présenter par la suite l'évolution qui a marqué le rapport entre le service public et le système de santé en droit français.

## ***§ 2. L'évolution du rapport juridique entre le service public et le système de santé***

Il y a deux étapes historiques importantes, qui permettent de saisir l'évolution du rapport juridique entre le service public et le système de santé. La première étape se rapporte à une approche classique du service public en droit français, qui se manifestait par l'identification entre le service public et l'hôpital public(A). Cependant, dans le cadre de la législation sanitaire, a été promue une approche fonctionnelle de la notion de service public en matière de santé, permettant d'insister sur le rôle attribué à cette notion dans le cadre du système de santé (B).

---

<sup>226</sup> Il s'agit de l'égal accès à tous à des soins de qualité, de la prise en charge aux tarifs et honoraires règlementés, de la permanence de l'accueil et de la prise en charge ou l'orientation vers un autre établissement ou une autre institution (cons. 5 et 6).



### ***A. L'identification originare du service public à l'hôpital public***

Au cours d'une longue évolution historique, s'est formée, dans le contexte français, une identification entre, d'une part, l'institution hospitalière publique et, d'autre part, l'idée de service public. Cette donnée est significative de l'importance accordée au critère organique de la notion de service public dans le domaine de la santé, qui persiste jusqu'à nos jours.

Dans le cadre français, l'hôpital a une origine ancienne<sup>227</sup>. En ce sens, sa fondation précède aussi bien la démarche de conceptualisation de la notion de service public, et la démarche de prise en charge de la protection de la santé par l'Etat.

En effet, les premiers hôpitaux sur le territoire français sont apparus au V<sup>e</sup>-VI<sup>e</sup> siècle. Leur apparition coïncidait ainsi avec l'avènement de la civilisation chrétienne à l'Occident. Pour cette raison, l'hôpital apparaît comme une institution qui tire ses racines de la charité chrétienne. En ce sens, historiquement, les premiers hôpitaux français se caractérisaient par leur nature privée et charitable. Les hôpitaux étaient construits essentiellement à l'initiative des évêques, qui assuraient également leur administration. Par ailleurs, les hôpitaux étaient entretenus par l'Eglise, grâce aux ressources provenant de la charité privée : essentiellement des dons et des legs.

De la même manière, à l'époque, les missions des hôpitaux différaient des missions actuellement assurées par les établissements de santé. Les hôpitaux étaient conçus comme des organismes de soulagement de la pauvreté, de l'indigence, destinés à l'accueil de toutes les couches de la société fragiles, défavorisées et ne pouvant pas être prises en charge par une cellule familiale : enfants abandonnés et orphelins, femmes seules et veuves, vieillards, indigents, hommes de voyage et certaines personnes malades, mais pour ces dernières « moins en raison de leur affection, que parce que celle-ci les prive des ressources et les met à la charge de l'autrui<sup>228</sup>. » Il s'agissait ainsi d'une mission originare d'hébergement des plus

---

<sup>227</sup> Sur une approche historique de l'hospitalisation en France V. : BEZANCON, Xavier, *Les services publics en France. Du Moyen Age à la Révolution*, Paris, Presse de l'Ecole nationale des ponts et chaussées, 1995, p. 190 et s., BEZANCON, Xavier, *Les services publics en France. De la Révolution à la Première Guerre Mondiale*, Paris, Presse de l'Ecole nationale des ponts et chaussées, 1995, p. 131 et s, CLEMENT, Jean-Marie, *1900-2000 : La mutation de l'hôpital*, Bordeaux, LEH, 2001, IMBERT, Jean (dir.), *Histoire des hôpitaux en France*, Toulouse, Editions Privat, 1982., MAILLARD, Christian, *Histoire de l'hôpital de 1940 à nos jours. Comment la santé est devenue une affaire de l'Etat*, Paris, Bordas, 1986, ROCHAIX, Maurice, *Les questions hospitalières de la fin de l'Ancien Régime à nos jours*, Paris, Berger-Levrault, 1996., BORGETTO, Michel, « Secours publics et service public » in GUGLIELMI, Gilles J. (dir.), *Histoire et service public*, Paris, PUF, p. 37 et s.

<sup>228</sup> MAILLARD, Christian, *Histoire de l'hôpital de 1940 à nos jours. Comment la santé est devenue une affaire de l'Etat*, op.cit.

pauvres, d'assistance aux personnes exclues de la société, qui n'impliquait pas la prestation de soins de santé.

Or, tout au long du Moyen Age, ainsi que sous l'Ancien Régime, l'institution hospitalière française a conservé ses grands traits originaires.

En ce sens, l'hôpital est resté attaché à l'Eglise, qui avait continué d'assumer une mission d'assistance et de secours au sein de la société. Cependant, le pouvoir royal avait commencé à intervenir dans l'organisation et dans le fonctionnement des organismes hospitaliers. En ce sens, le premier acte royal procédant à une réforme hospitalière, était l'édit de Fontainebleau du 13 décembre 1543. De la même manière, à partir des années 1600, de nombreux hôpitaux étaient fondés sous l'initiative royale<sup>229</sup>. Il s'agissait des hôpitaux généraux, qui se sont développés notamment sous le règne de Louis XIII. Or, à la différence des Hôtels Dieux, destinés à l'hébergement des pauvres indigents, les hôpitaux généraux étaient tenus d'exercer une activité d'enfermement des pauvres dans un but de protection de l'ordre public. Par ailleurs, la tutelle royale sur les hôpitaux s'est accentuée avec l'instauration d'un contrôle strict sur les finances hospitalières. Ce contrôle avait impliqué, tout d'abord, la mise en place d'un régime d'autorisation sur les acquisitions de biens, fonds, bâtiments et rentes par les hôpitaux. Par la suite, l'édit royal de janvier 1780, portant sur la vente des immeubles hospitaliers, devait aboutir à la nationalisation du patrimoine hospitalier. Or, malgré l'instauration progressive d'une tutelle royale sur les hôpitaux, jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, la mission de secours aux plus pauvres relevait toujours de l'Eglise, qui assumait cette mission au sein de la société au travers des institutions hospitalières.

De la même manière, pendant le Moyen Age et au début de l'Ancien régime, les hôpitaux français ont conservé leur mission d'hébergement des pauvres. En ce sens, les hôpitaux sont restés conçus comme « *l'asile de la pauvreté, plus que celui de la maladie*<sup>230</sup>. »

Au XIV<sup>e</sup> siècle, la propagation de la peste avait donné une première impulsion au mouvement de médicalisation de l'hôpital français. Cependant, c'était surtout à la fin de l'Ancien Régime, qu'est apparue une démarche plus poussée de médicalisation et de spécialisation des hôpitaux. En ce sens, dès le début du XVI<sup>e</sup> siècle, les hôpitaux se sont dotés de médecins et de chirurgiens, qui étaient susceptibles d'apporter des soins médicaux aux personnes les nécessitant. A la même époque, sont apparus les premiers hôpitaux

---

<sup>229</sup>A titre d'exemple, l'hôpital général de Paris est créé par l'édit du Louis XIV du 27 avril 1656 avec une destination à œuvrer en faveur de la suppression de la mendicité.

<sup>230</sup> IMBERT, Jean (dir.), *Histoire des hôpitaux en France*, op.cit, p. 213

exclusivement dédiés aux personnes malades, comme c'était le cas de l'hôpital Saint-Jean-Baptiste de la Charité, créé à l'initiative de la reine Marie de Médicis, ou encore de la Charité fondée par Madame Necker à Paris en 1778.

A la fin de l'Ancien Régime, les établissements hospitaliers pouvaient ainsi être classés dans trois grandes catégories : les hôpitaux, ayant une mission d'assistance aux habitants du lieu, les Hôtels Dieux, qui était réservés aux malades et ouverts à tous sans distinction géographique et, enfin, les hôpitaux généraux, qui ont commencé à accueillir tous les malades rejetés par les Hôtels Dieux. Or, la répartition de ces hôpitaux sur le territoire était très inégalitaire à l'époque.

La période postrévolutionnaire de la Convention était marquée par un changement conceptuel, ce qui a reflété sur la prise en charge de l'activité d'assistance, ainsi que sur l'organisation hospitalière.

Il y avait, tout d'abord, une évolution d'ordre idéologique, dans la mesure où le secours et l'assistance ont été conçus comme des obligations de la collectivité et respectivement comme des droits des individus au sein de la société. Cela avait impliqué que la prise en charge de l'assistance soit désormais assurée au titre des missions de l'Etat. En 1790, le Comité de mendicité de l'Assemblée constituante avait préconisé la création d'un service public national de l'assistance, placé sous la responsabilité de l'Etat, ainsi que la nationalisation des biens des hôpitaux, mais aussi la fermeture massive de ces derniers et leur remplacement par le secours à domicile.

Pour la première fois, l'assistance était entendue comme un service public. Un décret du 19 mars 1793 avait ainsi proclamé que l'assistance était désormais une charge nationale. Le service public de secours, en tant que service public national, était mis en place. Il était financé par l'impôt et administré par une agence spécialement créée dans chaque canton et placée sous la surveillance du pouvoir national pour l'exécution de sa mission de service public. Dans le cadre de ce service public, une priorité était donnée à l'assistance au domicile. Les soins aux indigents malades devaient être fournis, dans la mesure du possible, gratuitement et au domicile des personnes par des officiers de santé, qui étaient rémunérés par l'Etat et recrutés à la suite d'un examen départemental<sup>231</sup>.

---

<sup>231</sup> C'est un décret du 22 floréal an II qui a créé les officiers de santé pour les soins au domicile dans le cadre du service national d'assistance.

Quant à l'assistance hospitalière, celle-ci était reléguée au deuxième plan et réservée aux personnes qui ne pouvaient pas être assistés ou protégés par d'autres moyens. La prise en charge de cette assistance hospitalière était partagée entre, d'une part, les hôpitaux-maisons de santé, qui devaient prendre en charge les malades sans domicile ou ne pouvant pas recevoir des soins à domicile, en raison de la particularité ou de la gravité de leur affection, qui nécessitait un hébergement, et, d'autre part, des hospices dédiés à l'accueil des enfants abandonnés et des vieillards.

Conséquence de la substitution de la Nation à l'Eglise dans la prise en charge de la fonction d'assistance, le décret du 19 mars 1793 a organisé la nationalisation du patrimoine des hôpitaux, en prévoyant la vente au profit de l'Etat de tous les biens hospitaliers et charitables.

La période de la Convention est ainsi une période historique importante, dans la mesure où, pour la première fois, la mission d'assistance a été organisée par l'Etat sous forme de service public. Cela explique la démarche entreprise par les pouvoirs publics de laïcisation des hôpitaux, de rationalisation du parc hospitalier sur le territoire, d'uniformisation des régimes juridiques des établissements hospitaliers existants et de coordination entre l'assistance au domicile et l'assistance hospitalière au niveau cantonal sous l'égide des agences publiques. Finalement, ce modèle d'organisation du service public de l'assistance et de secours qui existait sous la Convention, se rapproche sensiblement à la manière dont le système de santé français est organisé aujourd'hui sous la responsabilité de l'Etat, agissant par le biais des agences régionales de santé.

Cependant, la centralisation de l'activité d'assistance au profit de l'Etat n'avait pas duré longtemps. En ce sens, sous la période réactionnaire, le projet de l'organisation de l'assistance dans le cadre d'un service public national a été abandonné. La loi du 16 vendémiaire an V avait conféré la tutelle des établissements hospitaliers aux autorités communales. La même loi avait consacré le principe de l'autonomie des établissements hospitaliers sur le plan patrimonial. Cette loi avait marqué le début d'une longue tradition d'implication de la commune dans l'organisation et dans le fonctionnement de l'hôpital public, qui est resté présidé par le maire de la commune jusqu'en 1941.

Or, le rejet de principe de l'assistance nationale s'est accompagné d'un certain nombre de conséquences qui ont influencé l'organisation hospitalière. Il y avait, en ce sens, un retour au statu quo de l'Ancien Régime : une multitude d'établissements d'hospitalisation, pluralité

des régimes juridiques existants, répartition anarchique et non équilibrée des établissements sur le territoire, défaut d'organisation territoriale homogène.

Cependant, à partir des années 1800, progressivement, les hôpitaux français ont été conçus comme des services publics personnifiés au sein de la société, spécialisés dans la prise en charge de l'activité d'intérêt général de soins de santé. Ce sont deux réformes législatives en particulier, qui ont contribué à faire de l'hôpital un service public dans le cadre français.

La première loi importante en la matière est la loi du 7 août 1851 sur les hospices et les hôpitaux. Cette loi avait opéré une distinction explicite entre les hôpitaux et les hospices. Les premiers étaient destinés, en vertu de l'article 1 de cette loi, à assurer l'accueil des individus malades privés de ressources, alors que les deuxièmes étaient spécialisés, selon les dispositions de l'article 2 de la loi, dans la prise en charge des vieillards et des infirmes. Cette loi avait également précisé les contours de la mission des hôpitaux publics. Il s'agissait ainsi d'une mission de prise en charge des individus malades et nécessitant des soins, mais uniquement des individus qui étaient privés de ressources dans la société. Pour cette raison, à cette époque, la mission de service public de soins assignée à l'hôpital était encore cantonnée dans un cadre assistentiel. La loi de 1851 avait également précisé les règles d'organisation et de fonctionnement des hôpitaux publics, qui étaient illustratives du statut d'établissement public attaché à ces derniers. A cette époque, le lien entre l'hôpital public et le service public a été ainsi officialisé au travers du statut de l'établissement public. En effet, dans le cadre de la théorie générale du droit administratif français, les établissements publics étaient conçus comme des personnes morales spéciales de droit public, créés dans le but d'assurer la gestion des activités de service public selon le procédé de la décentralisation fonctionnelle. Ainsi, tout établissement public pouvait être envisagé comme un service public personnalisé, doté d'une personnalité juridique propre, lui conférant une autonomie sur le plan administratif et patrimonial, mais soumis à la tutelle d'une personne publique territoriale<sup>232</sup>.

Or, le service public de soins, assuré par les établissements d'hospitalisation publics, a été généralisé à toute la population française par loi du 21 décembre 1941 portant réorganisation des hôpitaux et des hospices civils. Cette loi a ainsi parachevé le processus

---

<sup>232</sup> Dans l'histoire de l'hospitalisation publique en droit français, la tutelle sur les établissements d'hospitalisation publique est passée progressivement des mains de la commune à celles de l'Etat (à partir de la loi du 21 décembre 1941 portant réorganisation des hôpitaux et des hospices civils). Cependant, le rattachement des établissements publics de santé est resté pendant longtemps communal, avant que la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires ne soit intervenue pour substituer l'Etat à la commune en tant que personne territoriale de rattachement des établissements publics de santé (art. 8-I).

d'élargissement du champ des usagers des hôpitaux publics, qui a été développé sous l'effet de la mise en place des régimes de prévoyance et d'assistance sous la III<sup>ème</sup> République française. En effet, l'hôpital public s'est ouvert à certaines catégories de patients qui n'étaient pas des malades malaisés, comme c'était le cas des ouvriers victimes d'un accident du travail<sup>233</sup> ou des bénéficiaires des assurances sociales<sup>234</sup>. Or, malgré cette ouverture ponctuelle de l'hôpital public à des malades payants, différents textes juridiques sont venus rappeler le principe que ces établissements devaient rester spécialisés dans l'admission des personnes malades privés des ressources<sup>235</sup>. Il a fallu atteindre la loi du 21 décembre 1941 et son décret d'application du 17 avril 1943, pour que l'hôpital public s'ouvre à toutes les classes sociales et notamment aux malades payants. A ce moment, le service public de soins de santé assuré par les établissements hospitaliers publics est devenu ainsi un service public ouvert à toute la population, dans le respect du principe d'égalité.

Le lien entre l'hôpital public et le service public a été également affirmé par les juridictions françaises. En ce sens, les hôpitaux publics ont été qualifiés comme des établissements publics administratifs, assurant la gestion d'un service public par le Conseil d'Etat. Postérieurement, le Tribunal de conflit avait précisé que toute l'activité des établissements d'hospitalisation publics avait une nature de service public et devait être exercée selon le régime attaché à la notion de service public<sup>236</sup>. Ce dernier arrêt traduisait la logique de la conception classique du service public dans le cadre hospitalier, qui était ainsi conçu comme un mécanisme englobant l'intégralité de l'activité de l'organisme assurant son exécution.

Or, à côté de l'affirmation de l'hôpital public comme organisme de service public dans le domaine de la santé, l'offre hospitalière privée a été fortement développée dans le cadre du paysage hospitalier français.

En effet, le principe même de l'association des établissements privés à la mission d'assistance assurée par les hôpitaux et les hospices, a été explicitement consacré par la loi du 7 août 1851, dont l'article 16 avait prévu, qu'en cas de défaut ou d'insuffisance des hospices et des hôpitaux dans une commune, le Conseil municipal pouvait traiter avec un établissement

---

<sup>233</sup> V. loi du 9 avril 1898 sur les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail, JO, 10 avr. 1898, p. 2209.

<sup>234</sup> V. loi du 5 avril 1928 sur les assurances sociales, JO du 12 avril 1928.

<sup>235</sup> V. art. 28 de la circulaire du 31 mars 1926 sur le règlement intérieur des hospices et hôpitaux ; décret du 29 juillet 1939 d'organisation des hôpitaux et des hospices, JO, 2 août 1939, p. 9757.

<sup>236</sup> T.Confl., 25 mars 1957, *Chilloux et Isaad*, D. 1957, p. 359, : le service public englobe l'ensemble des activités de l'hôpital : les soins, l'hébergement, l'assistance.

privé pour l'entretien des malades et des vieillards. A cette époque, il existait déjà un certain nombre d'établissements privés de bienfaisance à but désintéressé et dirigés par des sociétés libres. De plus, la fondation de ces établissements privés n'était pas limitée, ni véritablement contrôlée par les pouvoirs publics, dans la mesure où ces derniers apportaient un secours important aux établissements publics dans la prise en charge de la mission d'assistance publique. Ainsi, le Conseil d'Etat, après avoir considéré que toute nouvelle création d'un établissement privé de bienfaisance devait être autorisée par le gouvernement<sup>237</sup>, est revenu sur sa position dans un avis du 12 janvier 1892, dans lequel il a estimé que les établissements d'hospitalisation privés pouvaient se créer librement, sous réserve d'un droit de contrôle au profit de l'Etat.

Or, au début du XX<sup>e</sup> siècle, une autre catégorie d'établissements hospitaliers privés a connu un développement en France, à savoir les cliniques privées à but lucratif. A la différence des établissements privés à but non lucratif, les cliniques privées n'avaient pas pour vocation de compléter les institutions hospitalières publiques dans la prise en charge de personnes indigentes mais, au contraire, d'assurer des soins hospitaliers au profit des personnes ne pouvant pas être admises dans les hôpitaux publics, à savoir les malades payants. C'est pour cette raison, que l'entrée en vigueur de la loi du 21 décembre 1941, ouvrant l'hôpital à toutes les classes sociales, avait posé le problème du sort de la concurrence entre les hôpitaux publics et les cliniques privées dans la prise en charge des patients payants.

Malgré l'existence, à l'époque, d'une réflexion sur la question de la concurrence entre les établissements hospitaliers publics et privés, et sur les conséquences que cette concurrence pouvait avoir sur l'intérêt général attaché à l'activité hospitalière, pendant longtemps les pouvoirs publics ne sont pas intervenus pour influencer l'évolution de l'offre hospitalière sur le territoire. Par conséquent, le parc hospitalier s'est élargi considérablement, avec une répartition anarchique des établissements hospitaliers sur le territoire, souvent dans des conditions qui accentuaient davantage la concurrence entre les établissements publics et privés et qui ne permettaient pas de satisfaire équitablement aux besoins de santé de la population.

Pendant longtemps, cette situation a été maintenue dans le contexte français, même si la réforme hospitalière de 1958 avait posé les bases d'une coordination entre les établissements d'hospitalisation publics et privés.

---

<sup>237</sup> CE, avis du 17 janvier 1806.

Il faut conclure ainsi, qu'initialement, la notion de service public n'existait que de manière implicite dans le domaine de la santé, par référence aux hôpitaux publics, qui avaient le statut d'établissements publics et qui étaient considérés comme des services publics personnifiés. Il s'agissait en ce sens d'une approche classique et purement organique de la notion de service public, qui consistait dans la confusion entre le service public et la personne publique.

Cependant, l'introduction de la notion de service public au sein de la législation sanitaire avait conduit à l'émergence d'une approche fonctionnelle de cette notion dans le domaine de la santé, qui a permis de mettre l'accent sur les fonctions assignées au service public dans le cadre du système de santé.

## ***B. Le développement d'une approche fonctionnelle de la notion de service public au sein du système de santé***

L'idée d'une approche fonctionnelle de la notion de service public en matière de santé renvoie à la démarche de recours à cette notion au vu de la réalisation d'un certain nombre d'objectifs dans le cadre du système de santé. Il existe trois étapes dans le déploiement de l'approche fonctionnelle de la notion de service public en la matière. Dans un premier temps, dans le cadre de la loi hospitalière Boulin de 1970, la notion de service public hospitalier a été conçue comme le fondement du système hospitalier français (1). Par la suite, en 2009, dans le cadre de la loi Bachelot de 2009, la notion de missions de service public de santé a été envisagée comme un instrument d'organisation du système de santé (2). Actuellement, la notion de service public hospitalier, qui a été réintroduite dans la législation sanitaire par la loi Touraine de 2016, s'impose avant tout comme un élément de renforcement du rôle des établissements publics de santé au sein du système de santé français (3).

### ***1. La fondation de la notion de service public hospitalier comme fondement du système hospitalier***

La loi hospitalière du 31 décembre 1970 est le premier texte législatif qui a consacré la notion de service public dans le domaine de la santé, sous la terminologie de « service public



hospitalier»<sup>238</sup>. Or, comme l'affirme le professeur Didier Truchet, il s'agissait « d'un des cas rares (à l'époque surtout) de qualification législative de service public et d'une des plus pures illustrations de définition fonctionnelle du service public<sup>239</sup>. ». La notion de service public hospitalier permettait ainsi de dépasser la vision traditionnelle du service public dans le domaine de la santé, qui était originellement attaché à l'institution de l'hôpital public.

Par ailleurs, la loi hospitalière Boulin avait procédé à la définition des missions et des obligations spécifiques du service public hospitalier dans le champ sanitaire.

Les missions de service public hospitalier étaient prévues à l'article 2 de la loi Boulin. La mission principale du service public hospitalier était la mission de soins de santé, qui comportait l'examen, le diagnostic et le traitement des personnes malades et blessés et des femmes enceintes. Cependant, la mission de soins était également exercée par certains offreurs de soins à statut privé ne relevant pas de service public hospitalier (professionnels de santé libéraux, établissements d'hospitalisation privés). Or, il existait également des missions qui étaient propres au service public hospitalier. Il s'agissait de la mission de soins d'urgence, ainsi que des missions de participation à l'enseignement universitaire et postuniversitaire médical et pharmaceutique, à la formation du personnel paramédical, aux actions de médecine préventive, à la recherche médicale et pharmaceutique et à l'éducation sanitaire.

Les obligations attachées au service public hospitalier ont également été précisées par la loi. Il s'agissait des principes classiques formant le régime juridique de base de la notion de service public en droit français, à savoir l'égalité et la continuité, qui étaient expressément mentionnés par le texte de la loi, ainsi que l'adaptabilité qui apparaissait implicitement comme un principe inhérent au service public hospitalier.

Cependant, la grande originalité de la notion de service public hospitalier consistait dans la possibilité d'intégrer dans son champ les établissements d'hospitalisation privés, qui pouvaient ainsi soit exécuter le service public hospitalier, soit être associés à son fonctionnement<sup>240</sup>.

C'était surtout de ce point de vue, que la notion de service public hospitalier créée en 1970 était conçue comme une notion fonctionnelle. En effet, cette notion était utilisée comme

---

<sup>238</sup> Chapitre premier de la loi n° 70-1318 du 31 déc. 1970 *préc.*

<sup>239</sup> TRUCHET, Didier, « La réforme hospitalière » in *AJDA* 1992, p. 133.

<sup>240</sup> V. CLEMENT, Jean-Marie, *Histoire des réformes hospitalières sous la V<sup>e</sup> République*, Bordeaux, LEH, 2010 p. 72-82.

outil destiné à favoriser la complémentarité entre les établissements de santé afin de remédier à une situation de juxtaposition de l'offre hospitalière publique et privée<sup>241</sup>.

Pour autant, l'approche fonctionnelle de la notion de service public hospitalier n'a pas entraîné la disparition du critère organique de celle-ci. En ce sens, la loi Boulin de 1970 avait consacré le lien historique entre la notion de service public hospitalier et les établissements d'hospitalisation publics. L'article 3-1° de la loi du 31 décembre 1970 prévoyait ainsi l'exercice de droit du service public hospitalier par les établissements d'hospitalisation publics. Il s'agissait ainsi pour ces derniers d'une « intégration d'office » au service public hospitalier, ce qui faisait que l'hôpital public restait conçu comme le mode de base de prise en charge du service public dans le domaine hospitalier<sup>242</sup>.

De la même manière, le service public hospitalier n'était pas conçu comme un outil contraignant à l'égard de l'hospitalisation privée, dans la mesure où ni l'exécution, ni la collaboration à ce service public étaient imposées aux établissements d'hospitalisation privés. En ce sens, le législateur de 1970 a été soucieux de sauvegarder l'autonomie de l'hospitalisation privée, qui est restée libre de ne pas intégrer le service public hospitalier. Pour cette raison, la notion de service public hospitalier ne pouvait pas s'entendre comme un service public hospitalier national, englobant l'ensemble des structures hospitalières. Cependant, comme cela a été souligné par la doctrine juridique, l'objectif poursuivi par le biais de la notion de service public hospitalier était la création « d'un véritable système hospitalier englobant de manière cohérente les établissements publics et privés<sup>243</sup> », la mise en place « d'un vaste service public hospitalier sous la tutelle des représentants de l'Etat, afin de mieux remodeler la carte sanitaire<sup>244</sup>. » En ce sens, dans le cadre de la loi Boulin, le service public hospitalier était conçu comme le fondement d'un système hospitalier français, dont la coordination devait être renforcée et qui pouvait éventuellement intégrer l'ensemble de l'hospitalisation française publique et privée. Or, afin que cet objectif soit atteint, le législateur de 1970 avait promu des moyens pour inciter les établissements d'hospitalisation privés d'intégrer le service public hospitalier. Cette démarche est passée à la fois par l'instauration d'une diversité de modalités pour l'insertion des établissements

---

<sup>241</sup> V. Exposé des motifs de la loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière in VILLEY, François, *La réforme hospitalière. Loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970*, Paris, La documentation française, 1977, p. 35

<sup>242</sup> MESCHERIAKOFF, Alain-Serge, « La réforme hospitalière du 31 décembre 1970 », *Dr. soc.*, juin 1971, p. 380.

<sup>243</sup> TRUCHET, Didier, « La réforme hospitalière », *op.cit.*

<sup>244</sup> CLEMENT, Jean-Marie, *Panorama critique des réformes hospitalières de 1789 à nos jours*, Bordeaux, LEH, 2007, p. 26.

d'hospitalisation privés au service public hospitalier, et par la consécration d'un certain nombre d'avantages à l'égard de ces derniers<sup>245</sup>.

A l'issu de la loi du 31 décembre 1970, la notion de service public hospitalier pouvait se définir comme «un ensemble de missions, assorties d'obligations particulières, qui sont assumées de droit par les établissements publics d'hospitalisation, mais qui sont ouvertes aussi aux établissements d'hospitalisation privés qui le souhaitent<sup>246</sup>.»

En ce sens, il y avait une approche fonctionnelle de la notion de service public hospitalier, dans la mesure où l'objectif poursuivi par la fondation de cette notion en droit français était la construction d'un système hospitalier englobant les établissements d'hospitalisation publics et privés et coordonné par l'Etat. En ce sens, le rôle attaché à la notion de service public dans le domaine de la santé était originellement le rôle de concept fédérateur pour le système de santé français. Cependant, conformément à la tradition française, la notion de service public hospitalier se caractérisait par un critère organique (qui permettait de souligner le lien entre cette notion et les établissements d'hospitalisation publics), ainsi que par le monopole sur l'exercice de certaines missions de santé (les soins d'urgence, les missions d'enseignement, de recherche et de formation, les missions de santé publique).

La notion de service public hospitalier est restée enracinée dans la législation française pendant une longue période, entre 1970 et 2009. Pour autant, cette notion n'a pas pu s'imposer comme un facteur d'intégration de tous les établissements de santé au sein d'un grand service public hospitalier, fondement du système hospitalier français. Dans ce contexte, la loi du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires<sup>247</sup> a introduit une nouvelle approche du service public en matière de santé. Cette loi a substitué, au sein de la législation sanitaire française, la notion de « missions de service public » à la notion de « service public hospitalier<sup>248</sup>. » Cette évolution de la notion de

---

<sup>245</sup> V. *supra*, p. 294 et s.

<sup>246</sup> MESCHERIAKOFF, Alain-Serge, « La réforme hospitalière du 31 décembre 1970 », *op.cit.*

<sup>247</sup> Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, JO, 22 juillet 2009, p. 12184, V. CLÉMENT, Jean-Marie, *La nouvelle loi hôpital patients santé territoires. Analyse, critique et perspectives*, Bordeaux, LEH Édition, 2009 ; CORMIER, Maxence (dir.), « Le volet hospitalier de la loi HPST : enjeux, premier bilan et perspectives », *RGDM*, n° 15, 2011, COUTY, Edouard et al. (dir.), *La loi HPST, regards sur la réforme du système de santé*, Rennes, Presses de l'EHESP, 2009.

<sup>248</sup> Art. 1 de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 préc., V. BOUSSARD, Sabine, « La fabuleuse histoire du service public hospitalier », *RDSS* 2017, p. 607., CRISTOL, Danièle, « Service public et hôpital, quarante ans après la loi Boulin », in *La loi HPST, regards sur la réforme du système de santé*, Rennes, Presses de l'EHESP, 2009, p.76, LEMOYNE DE FORGES, Jean-Michel, « Etablissement de santé et service public » *RGDM* n°15,

service public dans le champ sanitaire a été déclenchée par deux facteurs concomitants : l'apparition d'une nouvelle conception en matière de service public, sous l'influence du droit de l'Union Européenne, ainsi que l'apparition du concept de système de santé. La notion de service public a été ainsi conçue comme un instrument d'organisation du système de santé français.

## ***2. L'introduction de la notion de missions de service public de santé comme instrument dans l'organisation du système de santé***

L'objectif de la loi Bachelot de 2009 était d'adapter la notion de service public en matière de santé, aussi bien aux évolutions qui ont touché l'organisation de l'activité sanitaire (structuration d'un système de santé dans un cadre territorialisé), et aux évolutions de la notion-même de service public sous l'influence du droit de l'Union européenne (promotion d'une approche purement fonctionnelle en matière de service public au travers du concept de service d'intérêt général).

La loi Bachelot avait maintenu l'approche fonctionnelle de la notion de service public en matière de santé, qui existait déjà sous l'égide de la réforme hospitalière Boulin de 1970. Cependant, le rôle attribué à la notion de service public dans le domaine sanitaire a évolué. Ainsi, dans le cadre de la loi Bachelot de 2009, la nouvelle notion de missions de service public était conçue comme l'un des instruments de l'organisation du système de santé dans le cadre français. Il s'agissait par le biais de cette notion d'identifier toutes les missions présentant un intérêt général caractérisé dans le domaine de la santé, qui devaient être prises en charge au profit des usagers du système de santé dans un cadre de proximité et d'accessibilité.

Or, l'apparition de la notion de missions de service public avait entraîné la disparition de la notion de service public hospitalier de la législation française. La notion de missions de service public de santé se distinguait ainsi par plusieurs aspects de la notion ancienne de service public hospitalier.

Tout d'abord, la notion de missions de service public de santé était définie par rapport à un critère purement matériel, dans la mesure où elle englobait dans son champ toutes les

---

2011, p. 81, TRUCHET, Didier, « Du service public hospitalier aux missions de service public en matière de santé », *RGDM*, n°33, 2009, p. 59.

missions d'intérêt général de santé, qui étaient soumises, pour leur exécution, au régime juridique attaché à la notion de service public. En ce sens, la loi Bachelot avait opéré une distinction claire<sup>249</sup> entre les missions générales des établissements de santé<sup>250</sup> et les missions spécifiquement qualifiées de service public en matière de santé<sup>251</sup>. Il existait ainsi, sous l'égide de cette loi, des missions de santé relevant du monopole du service public, qui ne pouvaient être exercées que dans le cadre du régime du service public.

En outre, la notion de missions de service public de santé traduisait, a priori, une rupture avec le critère organique, classiquement attaché à notion de service public en matière de santé. En ce sens, la loi de 2009 avait abandonné le principe d'exercice de droit du service public de santé par les établissements publics de santé. En effet, la loi Bachelot avait précisé que tous les établissements de santé pouvaient désormais être appelés à assurer une ou plusieurs missions de service public de santé sur la base d'une procédure identique d'attribution de missions de service public.

La loi Bachelot avait également innové, en rompant avec le caractère exclusivement hospitalier de la notion de service public en matière de santé. En effet, les établissements de santé ont été conçus comme les offreurs de soins principalement concernés par la prise en charge des missions de service public de santé, mais ces missions pouvaient éventuellement être assurées par d'autres catégories d'offreurs de soins<sup>252</sup>.

---

<sup>249</sup> Une telle distinction a été opérée pour la première fois, en droit français, par loi n° 91-748 du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière, qui distinguait entre les missions générales de tous les établissements de santé et les missions de service public hospitalier, tout en précisant, que le service public hospitalier exerce toutes les missions générales dévolues aux établissements de santé et concourt à un certain nombre d'autres missions. Cette loi correspondait donc à la logique de perte de spécificité matérielle du service public en matière de santé.

<sup>250</sup> Diagnostic, surveillance et traitement des malades, blessés et femmes enceintes ; soins avec hébergement, sous forme ambulatoire ou à domicile ; coordination des soins ; mise en œuvre de la politique de santé publique et de dispositifs de vigilance destinés à garantir la sécurité sanitaire ; réflexion sur l'éthique liée à l'accueil et à la prise en charge médicale.

<sup>251</sup> Les missions de service public de santé sont au nombre de quatorze : la permanence des soins, la prise en charge des soins palliatifs, l'enseignement universitaire et post-universitaire, la recherche, le développement professionnel continu des praticiens hospitaliers et non hospitaliers ; la formation initiale et le développement professionnel continu des sages-femmes et du personnel paramédical et recherche dans leur domaine de compétences, les actions d'éducation et de prévention pour la santé et leur coordination, l'aide médicale urgente, la lutte contre l'exclusion sociale, les actions de santé publique, la prise en charge des personnes hospitalisées sans leur consentement, les soins dispensés aux détenus, les soins dispensés aux personnes retenues (art. 1 de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 préc.)

<sup>252</sup> Il s'agit des centres de santé, pôles de santé et maisons de santé, de l'institution nationale des invalides, du service de santé de l'armée, des groupements de coopération sanitaire, des autres personnes titulaires d'une autorisation d'équipement matériel lourd, des praticiens exerçant dans un établissement ou dans une structure de santé (art. 1 de la loi n° 2009-879 de la loi du 21 juillet 2009 préc.).

Cependant, il convient de souligner, que la notion de missions de service public de santé n'a pas impliqué la disparition absolue du critère organique de la notion de service public en matière de santé.

Tout d'abord, les établissements de santé qui exécutaient le service public hospitalier sous l'égide de la législation sanitaire antérieure, à savoir les établissements publics de santé et les établissements de santé privés d'intérêt collectif (ESPIC)<sup>253</sup> étaient soumis, par la loi Bachelot, au respect des obligations de service public (égalité, continuité et accessibilité tarifaire) pour l'ensemble de leur activité.

En outre, dans le cadre de la procédure de répartition des missions de service public, l'article 4 du décret du 24 avril 2012<sup>254</sup> avait consacré le principe de reconnaissance prioritaire des missions de service public au profit des personnes qui assumaient, à la date d'entrée en vigueur de la loi du 21 juillet 2009, une ou plusieurs missions de service public sur un territoire de santé donné. Par ailleurs, cette reconnaissance prioritaire pouvait faire l'objet d'un renouvellement, tant que les besoins de la population et les obligations de service public restaient satisfaits dans le cadre de l'exécution de la mission de service public concernée. Or, cette reconnaissance prioritaire visait essentiellement les établissements publics de santé et les établissements de santé privés d'intérêt collectif qui prenaient en charge le service public hospitalier avant l'adoption de la loi Bachelot. Cela était illustratif que la prise en charge des missions de service public de santé par les cliniques privées avait vocation à rester exceptionnelle et subsidiaire. En effet, c'était uniquement en cas d'insuffisance dans la couverture territoriale des besoins pour une mission de service public donnée, que le directeur général de l'Agence régionale de santé pouvait ouvrir une procédure d'appel à candidatures et conférer éventuellement l'exercice de cette mission à un offreur de soins à statut privé. En ce sens, comme l'avait soulevé la doctrine juridique, la procédure de reconnaissance prioritaire consacrait plutôt un statut quo, qu'un bouleversement en matière

---

<sup>253</sup> Il s'agit d'un nouveau statut, donné par la loi du 21 juillet 2009, aux anciens établissements de santé privés à but non lucratif participant au service public hospitalier. Font partie de ce statut les centres de luttres contre le cancer, tous les anciens établissements privés participants au service public hospitalier, sauf opposition expresse de leur part et tout autre établissement de santé privé géré par un organisme à but non lucratif faisant une déclaration auprès de l'ARS. V : . Décret n° 2010-535 du 20 mai 2010 relatif aux établissements de santé privés d'intérêt collectif, JO, 22 mai 2010, p. 9451, APOLLIS, Benoit, DUBOST, Claire, PAGES, J., « Les établissements de santé d'intérêt collectif : la participation du secteur privé au missions de service public à l'aune de la loi HPST et de ses décrets d'application » in *RDS* N°38, p. 526.

<sup>254</sup> Décret n° 2012-561 du 24 avril 2012 relatif aux missions de service public définies aux articles L. 6112-1 et suivants du code de la santé publique, JO, 26 avr. 2012, texte n° 33.

d'exécution des missions de service public de santé.<sup>255</sup> Par conséquent, il existait « une grande part de fiction dans le principe, selon lequel l'attribution de missions de service public s'opère indépendamment du statut juridique de l'établissement<sup>256</sup>.»

Autre innovation apportée par la notion de missions de service public de santé était liée à l'apparition d'une approche fragmentée du service public dans le domaine de la santé, qui s'est substituée à l'approche globale, par bloc de missions, caractérisant la notion de service public hospitalier.

En ce sens, non seulement les offreurs de soins pouvaient se voir confier l'exercice d'une mission de service public à l'unité, mais il existait également une option, prévue par le texte de la loi, d'exécuter seulement une partie d'une mission de service public. En effet, les missions de service public de santé pouvaient être fragmentées en plusieurs « tranches », qui pouvaient être distribuées entre plusieurs établissements de santé ou autres offreurs de soins<sup>257</sup>. Or, l'introduction d'une approche fragmentée du service public en matière de santé est apparue comme une mesure controversée, qui a fait l'objet d'amendements lors des débats parlementaires, proposant de revenir à une approche plus globale du service public en la matière. Cependant, la vision fragmentée du service public prenait davantage en considération que certaines missions de service public dans le domaine de la santé nécessitaient une prise en charge mutualisée entre plusieurs offreurs de soins sur un territoire donné. En effet, une telle logique s'impose naturellement au sein d'un système de santé structuré et coordonné. Il existait, de ce point de vue, une instrumentalisation de la notion de mission de service public dans l'objectif de renforcer la coopération entre l'ensemble des offreurs de soins sur les territoires de santé autour de la prise en charge des missions de service public.

A l'image de la notion de service public hospitalier, la notion de missions de service public de santé était assortie d'un régime d'exécution spécifique. Ainsi, les grands principes attachés à la notion de service public dans le cadre français devaient s'appliquer au profit des usagers pour toutes les missions qualifiées de service public dans le domaine de la santé. Or, dans le cadre de ce régime juridique, la loi Bachelot avait ajouté, à côté des obligations classiques de service public, qui sont l'égalité, la continuité et l'adaptabilité, la nouvelle obligation d'accessibilité tarifaire des missions de service public. L'ensemble de ces principes

---

<sup>255</sup> VIOJAS, Vincent, « Missions de service public et établissements de santé » *JCP A* n°23, 11 juin 2012, p. 2188.

<sup>256</sup> LEMOYNE DE FORGES, Jean-Michel, « Etablissement de santé et service public », *op.cit.*

<sup>257</sup> *Ibid.*

étaient censés s'appliquer aux établissements et aux professionnels de santé intervenant dans le cadre d'une mission de service public.

Il convient de souligner que l'introduction de la notion de missions de service public de santé dans le cadre de la législation sanitaire française a été déclarée comme conforme à la Constitution française par le Conseil Constitutionnel dans son examen a priori de la constitutionnalité de la loi du 21 juillet 2009<sup>258</sup>.

Cependant, peu après la consécration de cette notion en matière de santé, la nouvelle majorité politique avait projeté sa suppression et son remplacement par la notion originaire de service public hospitalier. Cette initiative a été déclinée dans le cadre de l'article 59 de la loi du financement de la sécurité sociale pour 2013<sup>259</sup>. La notion de service public hospitalier a été par la suite officiellement réintroduite au sein de la législation sanitaire par la loi de modernisation de notre système de santé du 26 janvier 2016.

Or, la nouvelle notion de service public hospitalier est marquée par une double logique, qui apparaît comme une logique contradictoire.

Ainsi, d'un côté, la loi Touraine a fourni une nouvelle définition de la notion de service public en matière de santé, fortement inspirée par le droit de l'Union Européenne. Il s'agit d'une définition exclusivement formelle de la notion de service public hospitalier, qui est désormais conçue comme un bloc d'obligations spécifiques, comme un régime juridique dérogatoire dans l'exercice des missions de santé.

Néanmoins, le rôle attribué à la notion de service public dans le domaine de la santé semble désormais être un rôle principal de confortation des seuls établissements publics de santé au sein du système de santé. En ce sens, le retour de la notion de service public hospitalier opéré en 2016 apparaît comme un retour essentiellement idéologique. En effet, la loi Touraine marque un retrait par rapport aux lois Boulin et Bachelot, dans la mesure où la notion de service public n'est utilisée ni comme un instrument au vu de la constriction du système de santé français, ni comme un instrument au vu de l'organisation du système de santé. Il s'agit ainsi, par le biais de la nouvelle notion de service public hospitalier, de signifier sur le plan juridique le lien idéologique entre le service public et l'établissement public de santé, qui existe dans le domaine de la santé

---

<sup>258</sup> Cons. Const., juillet 2009, *Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires*, préc., cons. n° 2 à 6.

<sup>259</sup> V. Loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013, JO, 18 décembre 2012, p. 19821 : art. 59-II : « *Dans la perspective d'une redéfinition du service public hospitalier...* »



### ***3. Le rétablissement de la notion de service public hospitalier comme instrument de confortation des établissements publics de santé***

Comme cela a été souligné, la loi du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé<sup>260</sup> est à l'origine du rétablissement de la notion du service public hospitalier en droit français, ainsi que de l'abandon de l'approche par missions de service public de santé, qui a été initiée par la réforme Bachelot de 2009.

Or, la nouvelle notion de service public hospitalier n'est pas identique à la notion classique de service public hospitalier qui a été introduite par la réforme hospitalière du 31 décembre 1970. En effet, sur certains points, le législateur de 2016 a renoué avec la conception classique du service public hospitalier, mais parallèlement il avait assorti cette notion d'un certain nombre d'innovations dans l'objectif de prolonger une démarche, déjà initiée par la loi Bachelot de 2009, qui est d'adapter la notion de service public dans le domaine de la santé aux exigences du droit de l'Union Européenne. En ce sens, le service public hospitalier ne se définit plus ni par un critère organique, ni par un critère matériel, mais par un critère purement formel, par référence aux obligations spécifiques de service public.

En ce sens, dans le cadre de la loi Touraine de 2016, le service public hospitalier peut se définir comme un mécanisme qui implique la soumission aux exigences et aux contraintes particulières, en contrepartie des dotations susceptibles d'être attribuées par l'autorité de régulation du système de santé, en compensation des charges générées par les activités de service public hospitalier. Par conséquent, la doctrine juridique a pu identifier l'apparition d'une nouvelle approche de la notion du service public dans le domaine de la santé, qui est une approche juridique et formelle du service public qui « devient un régime juridique particulier sous lequel des missions non spécifiques peuvent être exercées<sup>261</sup>. »

Or, la nouvelle notion de service public hospitalier est également marquée par un certain nombre de spécificités.

---

<sup>260</sup> Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, JO, 27 janv. 2016 ; V. CLEMENT, Jean-Marie, *La loi santé 2016, analyse, commentaires, critiques*, Bordeaux, LEH, 2016, LAUDE, Anne, TABUTEAU, Didier, *La loi santé, regards sur la modernisation de notre système de santé*, Rennes, Presses de l'EHESP, 2016, VIOUJAS, Vincent, « De la loi HPST à la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 : convergences et inflexions dans l'effort de modernisation de notre système de santé », *JCP A* n° 13, 4 Avril 2016, p. 2092.

<sup>261</sup> APOLLIS, Benoît, TRUCHET, Didier, *Droit de la santé publique, op.cit.*, p. 228.

Tout d'abord, pour la première fois dans le cadre français, la notion de service public en matière de santé ne dispose pas d'un critère matériel. On assiste ainsi, au travers de la loi Touraine de 2016, à un passage « des missions de service public sans notion globale de service public hospitalier au service public hospitalier sans des missions spécifiques<sup>262</sup>. »

Plus précisément, toutes les missions dans le domaine hospitalier ont été érigées en missions générales des établissements de santé. Ce sont désormais les articles L. 6111-1 à L. 6111-2 du Code de la santé publique qui énumèrent ces missions. Certaines de ces missions sont exercées de plein droit par tous les établissements de santé, quel que soit leur statut<sup>263</sup>. En revanche, d'autres missions apparaissent comme facultatives et peuvent être exécutées, sous certaines conditions, par les établissements de santé qui le souhaitent<sup>264</sup>. En ce sens, toutes les missions du champ de la santé peuvent désormais être exécutées en dehors du régime du service public hospitalier. Par conséquent, il n'existe plus un monopole de service public hospitalier sur certaines activités de santé. Ainsi, comme l'avait souligné la doctrine juridique, « la résurrection du service public hospitalier a donc pour conséquence paradoxale d'accentuer, du point de vue des missions, le processus d'indifférenciation des établissements de santé, initié par la loi du 31 juillet 1991 et renforcé par la loi HPST<sup>265</sup>. »

Cependant, la nouvelle notion de service public hospitalier marque, d'autre côté, le retour du critère organique de la notion de service public en matière de santé, malgré la possibilité d'intégration dans le champ de cette notion des établissements de santé privés, qui a été aménagée par la loi Touraine.

En effet, le retour du critère organique de la notion de service public hospitalier se traduit par le rétablissement du principe d'exercice de droit de ce service public par les établissements de santé à statut public. En ce sens, en vertu de l'article L.6112-3 du Code de la santé publique, il y a deux catégories d'établissements de santé qui exercent de droit le

---

<sup>262</sup> BOUSSARD, Sabine, « Les vicissitudes du service public hospitalier », *RFDA*, 2016, p. 565.

<sup>263</sup> Il s'agit de : le diagnostic, la surveillance et le traitement des malades, des blessés et des femmes enceintes ; la mise en œuvre des actions de prévention et d'éducation à la santé ; la délivrance des soins, le cas échéant palliatifs, avec ou sans hébergement, sous forme ambulatoire ou à domicile ; la participation à la coordination des soins ; la participation à la mise en œuvre de la politique de santé et des dispositifs de vigilance ; la réflexion sur l'éthique liée à l'accueil et la prise en charge médicale (art. L. 6111-1 du CSP), la mise en place des permanences d'accès aux soins (art. L. 6111-1-1 du CSP).

<sup>264</sup> La participation à la formation, à l'enseignement universitaire et post-universitaire, à la recherche et à l'innovation de santé, au développement professionnel continu des professionnels de santé et du personnel paramédical (art. L. 6111-1 al. 5 du CSP) et sous certaines conditions définies par voie réglementaire : les soins aux personnes admis en soins psychiatriques sans consentement, aux personnes détenues, aux personnes retenues dans les centres socio-medico-judiciaire ou dans les centres de rétention administrative, (art. L. 6111-1-2 du CSP) et la permanence des soins (art. L. 6111-1-3 du CSP).

<sup>265</sup> CRISTOL, Danièle, « Les habits neufs du service public hospitalier », *RDSS* 2016, p. 643.

service public hospitalier : les établissements publics de santé et les hôpitaux des armées. Par conséquent, avec le retour de la notion de service public hospitalier en droit français, tous les établissements publics de santé sont symboliquement entendus comme des services publics personnifiés. Cependant, l'insertion des établissements de santé privés au service public hospitalier reste possible sur la base de deux volets procéduraux, qui sont l'habilitation d'exercer le service public hospitalier et l'association au service public hospitalier<sup>266</sup>.

Il existe également un autre élément, sur la base duquel la notion de service public hospitalier se distingue radicalement de la notion de missions de service public de santé. Cet élément consiste en l'abandon de l'approche fragmentée de la notion de service public dans le domaine de la santé. En ce sens, la notion de service public hospitalier est censée englober toute l'activité de l'établissement de santé responsable de sa prise en charge. Il n'existe plus aucune possibilité d'exercice des missions de service public « à l'unité ». Le service public hospitalier est conçu comme un bloc de missions et d'obligations inséparables.

De la même manière, conformément à la logique de définition du service public hospitalier par référence à un régime juridique dérogatoire, la loi Touraine de 2016 précise et renforce les obligations attachées à la notion de service public en matière de santé<sup>267</sup>.

Toutefois, il convient de souligner, que dans le cadre de la loi Touraine, la notion de service public n'est pas conçue comme un instrument destiné à renforcer la cohérence conceptuelle et organisationnelle du système de santé dans le cadre français. Au contraire, la nouvelle conception du service public hospitalier risque d'intensifier le phénomène de cloisonnement entre les différents composants de l'offre de soins, ainsi qu'à rétablir la prédominance de la concurrence entre les offreurs de santé, au détriment de la logique de collaboration entre ces derniers, qui a été promue par les réformes sanitaires précédentes.

En ce sens, le retour de la notion de service public hospitalier en droit français est en grande partie symbolique. Il s'agit surtout de s'appuyer sur la dimension idéologique de la notion de service public dans le contexte français afin de redonner aux établissements publics de santé le statut du pivot du système de santé. Cette idée ressort du rétablissement de la nature hospitalière du service public en matière de santé, ainsi que de la diversité des missions attribuées aux établissements de santé de service public hospitalier au sein du système de

---

<sup>266</sup> V.art. L. 6112-3 du CSP; art. L. 6112-5 du CSP, décret n° 2016-1505 du 8 novembre 2016 relatif aux établissements de santé assurant le service public hospitalier, JO, 10 novembre 2016, texte n°10, VIUJAS, Vincent, « Les nouvelles modalités d'exécution du service public hospitalier » *JCP A* n° 47, 28 Novembre 2016, act. 900.

<sup>267</sup> V. *infra*, p. 324-328; p. 455-456.

santé<sup>268</sup> : coopération obligatoire dans le cadre des groupements hospitaliers de territoire, participation éventuelle au sein des communautés professionnelles territoriales de santé, coopération avec les autres acteurs du système de santé dans le domaine de l'offre médico-sociale et de l'offre de soins de santé de premier recours, développement des actions en matière de santé visant à améliorer l'accès et la continuité des soins.

Après la présentation du cadre et de l'objet de la recherche, il convient d'exposer la problématique retenue pour la recherche.

### **Section 3. Exposé de la problématique de la recherche**

L'exposé de la problématique sera structuré autour de trois éléments. Il s'agira, tout d'abord, de retenir une conception du service public et du système de santé comme des mécanismes d'intervention de l'Etat dans le domaine de la santé (§1). Une fois cette conception retenue et éclairée, il sera question d'orienter la recherche autour de la fonction de la notion de service public par rapport au système de santé en droit français (§2). En ce sens, sera développée l'idée du passage progressif d'une fonction du service public comme fondement du système de santé à une fonction renouvelée du régime de service public comme instrument d'organisation du système de santé.

#### ***§ 1. Le service public et le système de santé : mécanismes d'intervention de l'Etat dans le domaine de la santé***

La théorisation de la notion de service public comme fondement de l'Etat dans l'œuvre de Léon Duguit a conduit de faire de cette notion le mécanisme juridique de base utilisé par les personnes publiques pour assurer la prise en charge des activités de prestation de services présentant un intérêt général au sein de la société. Or, malgré l'essence subjective de la notion de service public, on peut constater que le service public dans le domaine la santé s'impose comme un véritable « service public par nature. » En effet, au vu de la conception « duguiste » de la notion de service public, il apparaît évident que les activités du champ de la santé participent dans la réalisation et dans le maintien de « l'interdépendance sociale »,

---

<sup>268</sup> V. art. L. 6112-2-III du CSP.

surtout et dans la mesure où l'exécution de ces activités est indispensable à la mise en œuvre du droit fondamental à la protection de la santé, à la fois dans son versant objectif, en tant que principe imposant la protection de la santé publique par l'Etat, que dans son versant subjectif, qui implique la garantie d'un droit à l'égal accès aux soins au profit de chaque individu.

Cependant, initialement, les soins médicaux, même s'ils répondaient à un besoin d'intérêt général, n'étaient pas du ressort de service public<sup>269</sup>. Leur exécution était laissée à l'initiative privée, y compris au regard des personnes défavorisées dans la société, dont la prise en charge médicale relevait de la solidarité ecclésiastique. Par la suite, un service public dans le domaine de soins a été mis en place sous un volet purement organique, par référence aux hôpitaux publics, qui ont acquis le statut des établissements publics responsables de la prestation des soins de santé. Or, l'apparition d'un service public dans le domaine de la santé, identifié au secteur de l'hospitalisation publique, n'a pas empêché le maintien et l'essor d'un secteur de soins privé, qui participait également dans la prise en charge de l'activité de prestation de soins à la population, mais dans un cadre exclusivement privé, en dehors du champ de service public et du contrôle de l'Etat.

Dans la période des années 1920-1940, le service public est devenu le concept-moteur de l'expansion de l'intervention des personnes publiques dans la prise en charge des grandes fonctions collectives, notamment dans les champs économique et social. En ce sens, dans le domaine de la santé, le recours à cette notion apparaissait logique pour procéder à la construction d'un grand service public national de la santé intégrant l'offre de soins publics, mais également l'initiative privée. Cependant, dans le cadre de la loi Boulin de 1970, le service public a été conçu comme le fondement d'un grand système hospitalier, regroupant les établissements hospitaliers publics et les établissements hospitaliers privés.

L'influence du droit de l'Union Européen dans le contexte français a permis de mettre en lumière l'existence d'un nouveau mode d'intervention des personnes publiques dans les secteurs de services collectifs d'intérêt général. Ce nouveau mode d'intervention consistait non pas dans la prise en charge directe des services relevant de ces secteurs, mais dans la régulation des secteurs en question, au sein desquels la prestation des services était progressivement laissée aux opérateurs publics ou privés, placés dans des conditions de concurrence. L'émergence de ce nouveau mode d'intervention publique a concerné en particulier les secteurs économiques des services en réseaux, qui ont été ouverts à la

---

<sup>269</sup> V. JEZE, Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, t. II, *op.cit.*, p. 1.

concurrence, après avoir été longtemps conçus comme des services publics exploités sous monopole par des entreprises publiques. En ce sens, la doctrine juridique a pu définir la régulation comme « une intervention des personnes publiques en vue d'organiser d'orienter ou de contrôler un marché<sup>270</sup> » ou encore comme « une fonction de puissance publique tendant satisfaire des besoins collectifs par des activités économiques en régime de concurrence<sup>271</sup>. » En ce sens, l'apparition de la fonction de régulation est souvent associée à une position de retrait de l'Etat de la vie sociale et économique du pays.

Cependant, la régulation publique a été étendue au champ sanitaire dans l'objectif de dépasser la logique d'intervention de l'Etat par le biais du seul service public hospitalier, et de déclencher la construction d'un système de santé intégrant tous les offreurs de soins. En ce sens, dans le domaine de la santé, le recours à une démarche de régulation a été utilisé dans le but de la construction du système de santé. Ainsi, contrairement à sa fonction dans le cadre des secteurs en réseaux, la régulation du secteur sanitaire a permis de renforcer le contrôle étatique sur tous les offreurs de santé afin d'assurer la coordination de ces derniers au sein du système de santé.

Il en résulte que le service public et le système de santé peuvent être présentés comme deux modes distincts d'intervention de l'Etat dans le domaine de la santé. Dans un premier temps, le procédé privilégié était le procédé de service public impliquant, la prise en charge directe des services de soins par des démembrements de l'Etat, qui étaient les établissements d'hospitalisation publics. Par la suite, le mode privilégié d'intervention de l'Etat en la matière est devenu le système de santé, qui implique la régulation par l'Etat de l'activité de soins exercée par l'ensemble des offreurs de soins.

Or l'intervention de l'Etat, par le biais de la construction du système de santé, apparaît comme une démarche fondée sur le plan constitutionnel. En effet, comme cela a été souligné, la mise en œuvre du droit fondamental à la protection de la santé implique une action positive de la part de l'Etat. Cependant, cette action n'est plus forcément une action de service public, dans la mesure où l'intervention publique est susceptible de se déployer par d'autres mécanismes, alternatifs à la notion de service public. En ce sens, l'organisation d'un système de santé par l'Etat est un processus qui permet de satisfaire aux exigences d'intérêt général

---

<sup>270</sup> TRUCHET, Didier, *Droit administratif, op.cit*, p. 406.

<sup>271</sup> MARCOU, Gérard, « Régulation et service public : Les enseignements du droit comparé » in MARCOU, Gérard, MODERNE, Franck (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, Paris, L'Harmattan, 2005, t. I, p. 30.

dans le domaine de la santé, d'autant plus que le régime juridique du système de santé présente plusieurs similitudes avec le régime juridique du service public en droit français.

En ce sens, cette recherche se propose d'élucider la question de la fonction de la notion de service public par rapport au système de santé en droit français.

## **§ 2. Une étude de la fonction de la notion de service public par rapport au système de santé**

L'objectif de la recherche est de se focaliser sur la fonction de la notion de service public par rapport au système de santé, c'est-à-dire, sur le rôle attribué à cette notion au sein du processus d'organisation du système de santé en droit français. Cet axe retenu pour la recherche présente un intérêt à deux niveaux.

En effet, depuis son apparition au sein de la législation sanitaire, la notion de service public a toujours pu être identifiée au travers de sa fonction par rapport au système de santé. Cependant, les textes législatifs ont inscrit la notion de service public dans un rapport particulièrement complexe et chaotique par rapport au système de santé. En ce sens, le service public a été successivement envisagé comme le fondement du système de santé<sup>272</sup>, comme un instrument d'organisation du système de santé<sup>273</sup> et comme un instrument du renforcement des établissements publics de santé au sein du système de santé<sup>274</sup>. Par conséquent, il apparaît que derrière le recours à la notion de service public comme instrument technique dans l'organisation du système de santé en droit français, la fonction attachée à celle-ci en la matière n'a jamais été clairement déterminée et stabilisée.

En outre, cet axe de la recherche permet de dépasser une étude doctrinale du sujet essentiellement concentrée sur la question du rapport entre la notion de service public hospitalier et le système hospitalier. Or, si le constat du dépassement de la notion de service public hospitalier par la notion de système hospitalier a été déjà développé sur le plan doctrinal<sup>275</sup>, la question du rapport entre la notion de service public et le concept de système de santé n'a pas fait l'objet d'une étude suffisamment développée et exhaustive. Toutefois, la loi du Kouchner de 4 mars 2002, qui est à l'origine de la consécration du concept de système

---

<sup>272</sup> *Supra*, p. 70-74.

<sup>273</sup> *Supra*, p. 74-78.

<sup>274</sup> *Supra*, p. 79-82.

<sup>275</sup> CRISTOL, Danièle, *La concurrence entre le service public hospitalier et les cliniques privées*, Thèse, Nice, 1993.

de santé en droit français, ainsi que la loi Bachelot du 21 juillet 2009, qui a appliqué la notion de missions de service public dans le cadre du système de santé, illustrent l'existence d'une logique de dépassement de la question classique du rapport entre le service public hospitalier et le système hospitalier et impliquent de situer la recherche dans un cadre plus large, afin d'examiner de manière plus approfondie la question du rapport entre la notion de service public et le système de santé en droit français.

En ce sens, la thèse qui sera développée vise à démontrer l'évolution du rôle de la notion de service public dans l'organisation du système de santé en droit français, qui consiste dans le passage d'une fonction de service public comme fondement du système de santé à une fonction de service public comme instrument d'organisation du système de santé. Il est possible ainsi de saisir le passage progressif d'une approche conceptuelle du service public en matière de santé à une approche plus technique, qui met surtout en avant le recours au régime juridique de service public dans l'organisation du système de santé.

Or la conception du service public comme instrument d'organisation du système de santé semble plus cohérente de deux points de vue.

D'une part, cette conception semble plus cohérente au regard de la notion-même de service public. En effet, elle permet d'aboutir à une définition de la notion de service public en matière de santé, plus cohérente sur le plan juridique. En ce sens, la notion de service public dans le domaine de la santé pourrait désormais être définie par référence à un ensemble de missions d'intérêt général, assurées sous le contrôle des agences régionales de santé par l'ensemble des offreurs de soins, visant à garantir aux usagers un égal accès aux services de santé essentiels, et soumises à des obligations spécifiques de service public.

D'autre part, cette conception permet de saisir davantage l'autonomie, qui existe sur le plan conceptuel, entre le service public et le système de santé, et qui a été confirmée par les textes législatifs. En ce sens, le système de santé est un concept qu'implique l'application d'un régime juridique commun à l'ensemble des protagonistes de santé et qui se réfère à la coordination de l'ensemble de l'offre de soins par l'Etat. Or si le régime juridique du système de santé se rapproche au régime juridique attaché à la notion de service public, ce qui permet qu'une grande partie des missions de santé soit assurée sur la base du régime juridique de système de santé, il reste certaines missions que le système de santé n'est pas en mesure de garantir au profit de tous, ce qui justifie l'aménagement de la prise en charge de ces missions sur la base du régime juridique de service public.



Il convient ainsi d'envisager successivement l'échec de la notion de service public comme fondement du système de santé (**Partie 1**) et le renouvellement du rôle de la notion de service public comme instrument d'organisation du système de santé, essentiellement au travers de son régime juridique (**Partie 2**).



# **Partie 1 L'échec de la notion de service public comme fondement du système de santé**

L'originalité de la notion de service public dans le domaine de la santé réside dans le rôle qui a été attribué à celle-ci. Cette notion a pu être conçue comme le fondement du système de santé français. Or, dans la législation française, deux étapes d'utilisation de la notion de service public comme fondement du système de santé peuvent être identifiées.

La réforme hospitalière Boulin du 31 décembre 1970 a introduit en droit français la notion de service public hospitalier. Dans le cadre de cette loi, le service public hospitalier était conçu comme un concept fédérateur du système hospitalier, qui visait la coordination des établissements hospitaliers publics et privés par l'Etat dans l'objectif d'organiser la prise en charge des besoins de santé de la population.

Il est possible d'identifier une approche à double détente, qui caractérisait cette première version de la notion de service public hospitalier.

Sur le plan organique, le service public hospitalier était caractérisé par une dimension extensive. Le législateur avait étendu le périmètre organique du service public hospitalier aux établissements de santé privés, qui pouvaient désormais participer à son exécution à côté des établissements publics de santé.

Il y avait, d'un autre côté, une dimension restrictive de la notion de service public hospitalier sur le plan matériel. La loi Boulin avait qualifié comme missions de service public les activités de soins propres au champ hospitalier : le diagnostic, le traitement et éventuellement l'hébergement des personnes malades, blessées et des femmes enceintes, ainsi que les soins d'urgence<sup>276</sup>. En revanche, restaient en dehors du périmètre matériel du service public hospitalier l'ensemble des activités de soins ambulatoires, exercées à l'époque par les offreurs de soins de ville.

Pour autant, la logique de définition matérielle restrictive de la notion de service public hospitalier semblait justifiée à l'époque. Le service public hospitalier regroupait les activités de soins les plus essentielles pour la collectivité dans un contexte de santé publique marqué par la prédominance des maladies infectieuses aiguës, dont la prise en charge pouvait

---

<sup>276</sup> Art. 2 de la loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 préc.

être pleinement assurée par les établissements hospitaliers. Il s'agissait, par conséquent, des activités « d'intérêt général caractérisé »<sup>277</sup> dans le domaine des soins. Les offreurs de soins de ville devaient, à leur tour, répondre aux demandes de santé bénignes de leurs patientèles, ce qui pouvait s'effectuer dans un cadre individuel et privé.

Par conséquent, la notion de service public hospitalier présentait une double originalité par rapport à la théorie générale du service public, d'une part, et par rapport à la conception dominante du service public dans les années 1970, d'autre part.

Sur le plan du critère organique, la notion de service public hospitalier s'écartait du paradigme de l'association entre le service public et le secteur public. L'originalité du concept ne résidait pas tant dans l'ouverture de la prise en charge du service public aux personnes privées<sup>278</sup>, mais surtout dans la logique innovante d'exécution des missions de service publics par une pluralité d'acteurs à statut public et privé.

Sur le plan du critère matériel, la notion de service public hospitalier s'écartait du paradigme de l'association entre l'intérêt général et le service public. En 1970, les activités de soins relevant de l'offre de soins de ville sont restées en dehors du champ matériel de la notion de service public hospitalier. Cependant, l'ensemble de ces activités contribuaient à l'intérêt général dans le domaine sanitaire et participaient à la satisfaction des besoins de santé de la population. Or, même si elles ne constituaient pas, à cette époque, des activités d'intérêt général caractérisé, elles ne pouvaient non plus être analysées comme des activités « de plus grand profit »<sup>279</sup> dont le seul objectif était de satisfaire les besoins de rentabilité des professionnels de santé.

Plus récemment, la loi de modernisation de notre système de santé de 2016 a de nouveau tenté d'ériger la notion de service public en fondement du système de santé. Sur le plan symbolique, la loi Touraine de 2016 s'est écartée de la réforme sanitaire Bachelot de

---

<sup>277</sup> LACHAUME, Jean-François et al., *Droit des services publics, op.cit.*, p. 36.

<sup>278</sup> En effet, la gestion privée d'une activité de service public est un cas connu dans la théorie juridique classique du service public. C'est ainsi que sous la monarchie de Juillet, la technique de l'affermage a été utilisée pour les bacs et les passages d'eaux, alors qu'au XIX<sup>e</sup> siècle, la technique de la concession a été développée pour la gestion de certains services publics économiques comme l'éclairage et le transport (V. GUGLIELMI, Gilles J. et al., *Droit du service public, op.cit.*, p. 626). Par ailleurs, des activités de service public administratif ont pu être attribuées à des personnes privées par le biais d'une habilitation unilatérale dès le début du XX<sup>e</sup> siècle (V. en ce sens, CE, 13 mai 1938, *Aide et protection*, préc.).

<sup>279</sup> Sur la distinction entre les activités de plus grand service et les activités de plus grand profit permettant de déterminer les activités constitutives d'un service public : V. CHAPUS, René, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, t. 1, 15<sup>e</sup> éd, 2001, p.582 et s.

2009 qui, au travers de la notion de missions de service public de santé, avait conçu la notion de service public comme instrument d'organisation du système de santé.

La loi Touraine réintroduit en droit français la notion de service public hospitalier, tout en procédant à une nouvelle définition de celle-ci par référence à un régime d'obligations spécifiques de prise en charge. La nouvelle notion de service public hospitalier présente deux particularités. Elle se caractérise, tout d'abord, par son champ matériel extensif, qui regroupe l'ensemble des missions relevant du système hospitalier. Il ressort également, des modalités de définition et de prise en charge du service public hospitalier, que cette notion est censée désormais renforcer la place de l'offre hospitalière publique au sein du système de santé.

En ce sens, à la différence de la loi Boulin, le législateur de 2016 vise, au travers de la notion de service public hospitalier, d'organiser le système de santé français autour du secteur hospitalier public.

Par ailleurs, le projet de loi Touraine avait fait référence à la notion de service territorial de santé au public, qui devait permettre d'organiser l'offre de soins de ville sur le fondement d'une logique de service public, et plus précisément, de renforcer la régulation la coordination territoriale de cette offre par l'Agence régionale de santé.

Malgré les tentatives réalisées en ce sens, le constat qui s'impose est celui d'un échec de la notion de service public comme fondement du système de santé en droit français. Il s'agit d'une situation paradoxale, dans la mesure où des pays n'ayant pas une tradition de service public comparable à celle de la France ont réussi à construire l'intégralité de leurs systèmes de santé sur la base de la notion de service public, comme c'est le cas du Royaume-Uni<sup>280</sup> et de l'Espagne<sup>281</sup>

L'échec de la notion de service public comme fondement du système de santé résulte d'un double constat. D'une part, le constat du caractère défaillant de la notion de service public comme fondement du système de santé intégrant l'offre de soins de ville (**Titre I**), d'autre part, le constat du caractère dépassé de la notion de service public comme fondement du système hospitalier (**Titre II**).

---

<sup>280</sup> Au Royaume-Uni, un Service national de santé ( National Health Service/NHS) a été fondé par la loi sur le service national de santé ( National Health Service Act) adoptée le 6 novembre 1946 et entrée en vigueur le 5 juillet 1948.

<sup>281</sup> En Espagne, c'est la loi générale sur la santé du 25 avril 1986 (Ley general de sanidad), qui institue le système national de santé de l'Espagne (Sistema Nacional de Salude) en conférant la compétence de son organisation aux communautés autonomes. Ce système national de santé se substitue à un système initialement basé sur le mécanisme assurantiel.



# **Titre 1 - Le service public : fondement défaillant du système de santé**

Le premier échec de la notion de service public, dans son rôle du fondement du système de santé, consiste dans le fait que cette notion n'a jamais pu englober dans son champ tous les composants de l'offre de soins et, en particulier, l'offre de soins de ville.

Afin d'illustrer cette idée, il convient de présenter préalablement les différents modes de prise en charge des soins de santé dans le contexte français.

Il existe en la matière une distinction classique entre l'offre de soins de ville, d'un côté, et l'offre de soins hospitaliers, de l'autre côté. Le terme d'offre de soins de ville permet de désigner un mode particulier de prise en charge d'activités de soins, à savoir en dehors du champ hospitalier, et plus précisément, dans le cadre des cabinets, des centres et des maisons de santé. Cependant, le terme d'offre de soins de ville ne se limite pas à l'activité des offreurs de soins en milieu urbain, mais englobe l'ensemble de l'offre de soins qui se situe en dehors du milieu hospitalier, qu'elle soit concentrée en milieu urbain ou en milieu rural. Le terme d'offre de soins hospitaliers s'applique, de son côté, à l'activité de soins exercée à l'intérieur des établissements de santé.

Il convient de distinguer également le terme d'offre de soins de ville et le terme d'offre de soins ambulatoires<sup>282</sup>. En effet, le terme de soins ambulatoires se caractérise par sa définition matérielle et se réfère aux soins de santé qui sont prodigués à une personne qui se trouve en mesure de se déplacer pour les recevoir dans un endroit qu'elle quittera avant la fin de la journée. Il faut constater néanmoins, que les professionnels de santé de ville exercent naturellement leur activité de soins sous forme ambulatoire. Cependant, l'activité des établissements de santé s'est également progressivement orientée autour de la forme ambulatoire de prestation des soins. Cette qualification s'applique non seulement aux consultations externes des établissements de santé, mais également à tout traitement ou à toute intervention réalisés au sein de l'établissement de santé au cours d'une journée, permettant au

---

<sup>282</sup> V sur la question : DUPONT, Marc, « L'ambulatoire : éléments d'une définition », *RDSS*, 2016, n° HS, p. 7.

patient de quitter l'établissement après quelques heures et, en toute circonstance, de ne pas passer la nuit au sein de l'établissement<sup>283</sup>.

Toutefois, les offreurs de soins de ville ont, dans le contexte français, un rôle prépondérant dans la prestation des soins ambulatoires à la population. Les soins proposés par les offreurs de soins de ville peuvent être des soins de premier recours, qui s'articulent autour des médecins généralistes, ou des soins de deuxième recours, qui relèvent de la compétence des médecins spécialistes.

Par conséquent, l'offre de soins de ville occupe une place importante au sein du système de santé français. En ce sens, la notion de service public devait inclure naturellement dans son champ non seulement l'offre de soins hospitalière, mais également l'offre de soins de ville.

Mais, au sein du système français, l'offre de soins de ville se compose essentiellement par de professionnels de santé<sup>284</sup> ayant un statut et un exercice libéraux, même s'il existe de plus en plus des formes d'exercice salarié et regroupé au sein d'une institution différente de l'hôpital. Or, en tant que professions libérales<sup>285</sup>, les professions de santé sont fortement marquées par des principes tels que la liberté d'entreprendre, l'indépendance professionnelle et le lien de confiance entre le professionnel et le client, et sont régies par un régime juridique de droit privé. Par ailleurs, les professions de santé exercées à titre libéral sont fondées sur le respect d'un certain nombre de principes déontologiques fondamentaux<sup>286</sup>. Ces principes ont été énoncés pour la première fois dans la Charte de la médecine libérale adoptée par le Congrès des syndicats médicaux français le 30 novembre 1927. Il s'agit originairement de

---

<sup>283</sup> Il s'agit par exemples des actes de dialyse ou de chimiothérapie pratiqués dans les établissements de santé, ainsi que de l'activité de chirurgie ambulatoires des établissements de santé.

<sup>284</sup> Les professionnels de santé de ville peuvent être des professionnels médicaux (médecins, sages-femmes, chirurgiens-dentistes), V. art. L. 4111-1 à L. 4163-10 du CSP), des auxiliaires médicaux ((infirmiers, masseurs-kinésithérapeutes, pédicures-podologues ...), V. art. L. 4311-1 à L. 4394-3 du CSP) ou des pharmaciens : V. art. L. 4211-1 à L. 4252-3 du CSP.

<sup>285</sup> Sur la définition juridique de la profession libérale en droit français : V. art. 29- de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, JO, 23 mars, 2012, p. 5226 : les professions libérales sont celles qui « groupent les personnes exerçant à titre habituel, de manière indépendante et sous leur responsabilité, une activité de nature généralement civile ayant pour objet d'assurer, dans l'intérêt du client ou du public, des prestations principalement intellectuelles, techniques ou de soins mises en œuvre au moyen de qualifications professionnelles appropriées et dans le respect de principes éthiques ou d'une déontologie professionnelle, sans préjudice des dispositions législatives applicables aux autres formes de travail indépendant. »

<sup>286</sup> V. DUBOUIS, Louis, « La réforme de la médecine libérale : le statut des médecins » *RDSS* 1996, p. 743 ; LECA, Antoine, « La médecine libérale : quelle réalité juridique ? », *RDSS* 2001, p. 91, BADEL, Maryse, « Liberté et système de santé », *RDSS* 2005, p. 951, MORET-BAILLY, Joël, « Que signifie la déontologie aujourd'hui », in *RDSS* 2018 n° HS, p. 7 ; VIALLA, François, « La déontologie des professions de santé », *RDSS* 2018, n° HS, p. 37.



principes traditionnels de la médecine libérale, mais ce sont l'ensemble des professions de santé libérales qui ont forgé leur identité sur la base de ces principes. Les principes originaires consacrés sont le principe du libre choix du praticien par le patient, le principe du respect absolu du secret professionnel, le droit à des honoraires pour tout malade soigné, le droit au paiement direct par l'assuré en prenant pour base minimale les tarifs syndicaux, la liberté thérapeutique et de prescription, le contrôle des malades par les caisses et des médecins par les syndicats, la représentation des syndicats dans les commissions techniques organisées par les caisses<sup>287</sup>. Or, dans le cadre français, l'exercice libéral des professions de santé implique l'absence de tout lien de subordination du professionnel de santé à l'égard d'un employeur public ou privé. En ce sens, l'exercice libéral de l'offre de soins de ville se définit par opposition à l'exercice salarié de l'activité de soins qui est pratiqué notamment au sein des structures hospitalières publiques.

Or, il convient de rappeler ici, que dans le cadre français, la notion de service public a été conceptualisée comme un instrument de légitimation de l'action publique au sein de la société. Elle a été présentée comme un élément indissociable de l'Etat. Par conséquent, toute activité qualifiée de service public dépend nécessairement d'une personne publique et implique le contrôle de celle-ci sur l'activité concernée, y compris lorsque cette activité a été conférée à une personne privée. De la même manière, la notion de service public s'accompagne de l'application d'un régime de droit public, qui implique, en particulier, l'existence d'un certain nombre de sujétions de service public imposées aux personnes responsables de l'exécution des activités de service public.

Dans cette configuration, le statut libéral des offreurs de soins de ville constitue un obstacle traditionnel et constant à l'intégration de l'offre de soins de ville dans le champ de la notion de service public en matière de santé.

En ce sens, dès 1970 et l'adoption de la réforme hospitalière Boulin, le choix originaire des pouvoirs publics était d'exclure l'offre de soins de ville du champ de la notion de service public en matière de santé (**Chapitre 1**). Or, lorsque la nécessité d'intégration de l'offre de soins de ville au sein du système de santé est devenue indispensable, le recours à la notion de service public a été envisagé par les pouvoirs publics, mais celle-ci n'a pas pu

---

<sup>287</sup> HASSENTEUFEL, Patrick, *Les médecins face à l'Etat. Une comparaison européenne*, Paris, Presses de Science Po, 1997, p. 97.

s'imposer comme un levier opérationnel d'intégration de l'offre de soins de ville au sein du système de santé (**Chapitre2**).

# **Chapitre 1 - L'exclusion initiale des services de santé de ville du champ de la notion de service public**

En droit français, l'offre de soins de ville était originellement exclue du champ de la notion de service public dans le domaine de la santé. En ce sens, la loi Boulin de 1970 avait consacré un volet exclusivement hospitalier de la notion de service public en matière de santé. Il existe différents éléments susceptibles d'expliquer cette démarche d'exclusion initiale des services de santé de ville du champ de la notion de service public en matière sanitaire.

Il faut constater, tout d'abord, que les deux grandes réformes hospitalières antérieures à la loi Boulin de 1970, ont posé les bases d'un service public sanitaire concentré dans le domaine de l'hospitalisation publique.

La première réforme, ayant initié ce processus, est la loi hospitalière de 1941 dont l'apport principal était d'ouvrir l'accès à l'hôpital public à toute la population. C'est également avec cette réforme que l'Etat a renforcé son contrôle sur les hôpitaux publics et que des médecins à temps partiels ont commencé à être recrutés en substitution aux anciennes vacations des médecins libéraux. En 1958, la réforme hospitalo-universitaire avait prolongé la logique de primauté du secteur public de l'hospitalisation au sein du système de santé français par la création des centres hospitaliers universitaires et par l'institutionnalisation de la figure des médecins hospitaliers à temps plein.

Cependant, avec la réforme hospitalière de 1970, la notion de service public hospitalier va ouvrir son périmètre organique aux établissements d'hospitalisation privés volontaires, ce qui marque l'avènement, en droit français, de la notion du système hospitalier. Or, si le service public hospitalier était conçu comme le fondement du système hospitalier, il laissait totalement de côté les services de santé de ville. Cela avait conduit à la coexistence, en droit français, de deux grands sous-systèmes de soins, qui étaient envisagés pendant longtemps de manière autonome l'un par rapport à l'autre : le système de soins hospitaliers et le système de soins de ville.

Or, il existe au moins deux autres raisons explicatives de cette démarche initiale suivie par le législateur en 1970.

Tout d'abord, l'appartenance du système de santé français au modèle bismarkien de protection sociale avait induit la mise en place des caisses d'assurance maladie, qui ont reçu la responsabilité de la régulation, essentiellement tarifaire, de l'offre de soins de ville. Ainsi, le système de santé français se caractérise encore actuellement par son pilotage dual, partagé entre l'Etat, qui assume la responsabilité de l'organisation de l'offre de soins hospitaliers, et l'Assurance maladie, qui est responsable du pilotage de l'offre de soins de ville. De ce point de vue, la problématique essentielle qui s'est posée au regard de l'offre soins de ville en 1970 était celle de son intégration au sein du système d'assurance maladie, ce qui a été réalisé par le biais de la convention nationale conclue avec les représentants des professionnels de santé de ville. En revanche, il n'était pas question d'envisager son intégration au sein du système de soins de santé piloté par l'Etat.

Il faut relever, en outre, le phénomène de structuration de l'identité collective des professionnels de santé libéraux autour des grands principes déontologiques, parmi lesquels une importance essentielles ont acquis certains principes censés garantir l'autonomie des professionnels de santé libéraux dans leur rapports financiers avec les patients, ainsi que le principe de liberté d'installation de ces professionnels. Or, ces principes constituent naturellement un obstacle à l'emprise des services de santé de ville par la notion de service public. En ce sens, ces principes se trouvent à l'origine de l'instauration d'un rapport de séparation drastique entre l'Etat et les professionnels de santé libéraux en France.

A la lumière de ces différents éléments, la logique initiale d'exclusion de l'offre de soins de ville du champ de la notion de service public apparaît comme justifiée au regard de l'existence d'un système de régulation des professionnels de santé de ville alternatif à la notion de service public (**Section I**). Elle est une conséquence du poids des principes fondamentaux de l'exercice libéral de l'offre de soins de ville en droit français (**Section II**).

## **Section 1. L'existence d'un système de régulation de l'offre de soins de ville alternatif à la notion de service public**

Il existe deux aspects essentiels qui spécifient la régulation de l'offre de soins de ville au sein du système de santé français et qui forment ensemble un système propre de régulation alternatif à la notion de service public.

Le premier aspect à envisager concerne la régulation des offreurs de soins de ville en tant que professions de santé. Il faut rappeler ici, que dans le cadre français, l'activité de soins de ville relève des professionnels de santé ayant un statut libéral. Or, les professions de santé, en tant que professions libérales ayant une importance sociale de premier plan, ont nécessité une régulation adaptée à leur statut particulier. Cette régulation est passée par la prévalence d'une logique corporatiste, en vertu de laquelle ce sont les membres de la profession qui assurent les missions de défense, de représentation et de contrôle de la profession (§1).

Le deuxième aspect à envisager se réfère à la régulation de l'offre de soins de ville en tant que composant du système de santé. En effet, cette problématique a émergé avec la création du dispositif des assurances sociales, mais surtout, avec la mise en place du système de sécurité sociale. A partir du moment où ce système devait garantir un remboursement des frais médicaux engagés par les personnes assurées, il est apparu nécessaire d'instituer une régulation sur les tarifs des services médicaux pratiqués par les professionnels de santé, qui ne pouvaient plus être laissés à la libre appréciation des professionnels eux-mêmes. Cependant, la régulation de l'offre de soins de ville en tant que composant du système de santé a dû également être adaptée au statut libéral de la plupart des offreurs de soins de ville. Cela avait justifié le choix de confier cette tâche aux organismes de la Sécurité sociale qui régulent encore aujourd'hui l'offre de soins de ville par le biais des conventions nationales pluriannuelles (§2).

### ***§ 1. La prévalence d'une logique corporatiste dans la régulation des professions de santé***

La Charte de la médecine libérale de 1927 avait classé parmi les grands principes de l'exercice libéral de la médecine le principe du contrôle des médecins par leurs seuls pairs<sup>288</sup>. Ce principe était par la suite étendu à l'ensemble des professions de santé, conformément à une logique corporatiste en vertu de laquelle c'est la profession elle-même qui doit disposer du pouvoir pour s'organiser<sup>289</sup>. Il faut souligner ainsi que la logique d'autorégulation des professions de santé a pour objectif d'éviter l'établissement d'un contrôle direct de la part de l'Etat sur l'activité de soins qui devrait s'effectuer, par conséquent, dans des conditions garantissant l'indépendance des professionnels de santé. En ce sens, la régulation corporatiste

---

<sup>288</sup> GUILLAUME, Pierre, *Le rôle social du médecin depuis deux siècles (1800-1945)*, Paris, Association pour l'étude de l'histoire de la sécurité sociale, 1996, p. 181.

<sup>289</sup> RIVERO, Jean, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011, p. 452.

des professions de santé s'est propagée, tout d'abord, en dehors de l'Etat, avec l'essor des organisations syndicales des professionnels de santé (A), pour qu'elle se trouve ensuite institutionnalisée au sein même de l'Etat au travers de l'institution des ordres des professionnels de santé (B).

A. Les organisations syndicales des professionnels de santé libéraux, une forme de corporatisme en dehors de l'Etat

La première dimension du régime de l'autorégulation des professionnels de santé réside dans leur regroupement au sein des syndicats professionnels. Il existe ainsi une représentation syndicale des professionnels de santé organisée de manière indépendante de l'Etat et dont le but principal est d'assurer la protection de leurs intérêts face à l'Etat, ainsi que la préservation de leur exercice libéral dans un contexte de socialisation progressive du domaine de la santé<sup>290</sup>.

En droit français, c'est la loi du 21 mars 1884 relative à la création des syndicats professionnels, qui avait reconnu la possibilité pour les syndicats des personnes exerçant la même profession de se constituer librement et sans l'autorisation du Gouvernement<sup>291</sup>.

L'institution syndicale est actuellement régie par l'article L. 2131-1 du Code du travail, qui définit l'objet des syndicats professionnels, qui s'articule autour de l'étude et la défense des droits, ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels des personnes mentionnées dans leurs statuts. Les syndicats sont normalement associés au régime du travail salarié, mais la faculté de se syndiquer a été ouverte par le Code du travail au profit des professions libérales.

Pour ce qui est du mouvement syndical des professionnels de santé libéraux, il faut souligner que dans le contexte français, celui-ci s'est construit sur le modèle du syndicalisme médical. Les médecins sont les premiers professionnels libéraux qui ont commencé à se syndiquer<sup>292</sup> et aujourd'hui la profession médicale peut être présentée comme l'une des professions les plus fortement syndicalisées.

---

<sup>290</sup> V. HASSENTEUFEL, *Patrick, Les médecins face à l'Etat. Une comparaison européenne, op.cit.*

<sup>291</sup> V. art. L. 2131-2 du Code du travail.

<sup>292</sup> GUILLAUME, Pierre, *Le rôle social du médecin depuis deux siècles (1800-1945), op.cit.*, p. 117.

Or, le grand particularisme du syndicalisme médical réside dans son positionnement historique d'opposition à l'action de l'Etat dans le domaine de la santé (1), qui a par ailleurs perduré tout au long de son évolution (2).

### 1. L'idéologie d'opposition à l'action de l'Etat au centre de la formation du syndicalisme médical

La représentation des médecins par les syndicats a été bâtie sur la défense du caractère indépendant, autonome et libéral de l'exercice de la médecine. En ce sens, la médecine a été présentée comme une science ayant pour objet l'individu et non pas l'être social. Pour cette raison, le discours syndical s'est concentré autour de la protection d'une médecine « individuelle, de ville et non administrée<sup>293</sup>. » Comme le souligne le professeur Patrick Hassenteufel, les syndicats médicaux ont fait de la figure du médecin libéral une « figure identitaire » dominante pour la profession médicale<sup>294</sup>. L'objectif était surtout de garantir l'indépendance économique des médecins libéraux et d'éviter toute subordination financière aux pouvoirs publics.

Par conséquent, le syndicalisme médical français se situe historiquement dans un rapport de méfiance, voire de refus de toute forme d'organisation sociale de la médecine. Toute logique de « fonctionnarisation », d'« étatisation » de la médecine libérale était ainsi fortement dénoncée par les syndicats médicaux. Une telle démarche renvoyait aux figures anciennes des officiers de santé<sup>295</sup> ou encore des médecins cantonaux<sup>296</sup> traduisant une

---

<sup>293</sup> BERMOND, Marc, « Les syndicats des médecins contre l'organisation de la protection sociale, tout contre », *Pouvoirs*, n° 89, avril 1999, p.119.

<sup>294</sup> HASSENTEUFEL, Patrick, *Les médecins face à l'Etat. Une comparaison européenne, op.cit.*

<sup>295</sup> Les officiers de santé remontent à la période révolutionnaire et ont été créés pour fournir des soins d'assistance au domicile dans le cadre du dispositif étatique de bienfaisance. C'est une loi du 10 mars 1803 relative à l'exercice de la médecine qui avait distingué deux catégories de médecins susceptibles d'exercer l'art médical : les docteurs en médecine, d'un côté, qui pouvaient exercer sur tout le territoire de la République française et qui soignaient essentiellement la partie urbaine de la population, et les officiers de santé, d'autre côté, qui suivaient une formation théorique plus modeste et qui soignaient essentiellement la population socialement modeste dans les campagnes. Les officiers de santé ont été considérés comme une source de concurrence pour les médecins titulaires d'un doctorat en médecine et le syndicalisme médical avait revendiqué leur suppression qui a été officialisée par une loi du 30 novembre 1892 sur l'exercice de la médecine.

<sup>296</sup> L'institution des médecins cantonaux visait à répondre aux difficultés d'accès aux soins des personnes indigentes touchant essentiellement les campagnes. Une circulaire ministérielle du 15 août 1854 invitait les collectivités locales (départements) à développer le recours aux médecins cantonaux. Cependant, la mise en place d'une médecine cantonale sur le territoire français n'a pas abouti en raison du manque d'initiative de la part des collectivités locales sur le sujet, ainsi que de l'opposition de la part du corps médical au développement des médecins cantonaux.

tentative d'ingérence publique dans l'exercice de la profession médicale. Etait également combattue l'idée de l'institution d'une « médecine de caisse » renvoyant à l'établissement d'un rapport de type salarié direct entre les caisses d'assurance maladie et les médecins, à l'image du dispositif applicable en droit allemand. En ce sens, comme l'explique le professeur Didier Tabuteau, l'ensemble de ces considérations pourraient expliquer, en partie, le refus d'un projet de service public national de la santé incluant la médecine de ville selon l'exemple du service public national de santé britannique<sup>297</sup>.

C'est en 1881, que le premier syndicat médical a été fondé au niveau local à Montaigu en Vendée. En 1884, a vu le jour le premier syndicat national des médecins – l'Union syndicale des médecins français (USMF) qui regroupait en son sein l'ensemble des syndicats locaux qui étaient créés<sup>298</sup>.

Cependant, le mouvement syndical médical s'est développé initialement dans un cadre illégal en raison d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 27 juin 1885 qui avait dénié aux médecins libéraux le droit de se syndiquer, consacré par la loi du 21 mars 1884. Il a fallu attendre la loi du 30 novembre 1892 pour que la liberté syndicale soit officiellement reconnue au profit de toutes les professions médicales (médecins, sages-femmes, chirurgiens-dentistes)<sup>299</sup>.

C'est en 1892, que l'Union syndicale des médecins français (l'USMF) avait obtenu la suppression de l'officinat en santé et la garantie du monopole sur les actes de soins de santé au profit des seuls titulaires d'un doctorat en médecine avec le vote de la loi du 30 novembre 1892 sur l'exercice de la médecine<sup>300</sup>. A partir de ce moment, la représentation syndicale des médecins s'est focalisée exclusivement sur la défense des intérêts économiques de ces derniers face aux risques « d'insolvabilité de la clientèle, d'une solvabilité tarifée ou de dépendance à l'égard des organismes patronaux, caritatifs, mutualiste et de l'Etat. »<sup>301</sup>

La défense syndicale de la profession médicale s'est ainsi exprimée par la lutte contre toute forme d'interposition d'un tiers au sein de la relation individuelle entre le médecin et ses patients. La nature individuelle de ce rapport a été mise en avance au moment de la création

---

<sup>297</sup> TABUTEAU, Didier, « Pouvoirs publics et professions de santé », *Les Tribunes de la santé*, 2010/1, n° 26, p. 103.

<sup>298</sup> V. HASSENTEUFEL, Patrick, « Syndicalisme et médecine libérale : le poids de l'histoire », *Les Tribunes de la santé*, 2008/1, n°18, p. 21, LEICHER, Claude, « Evolutions et actualités du syndicalisme médical », *JDSAM*, 2014, vol.3, p. 12.

<sup>299</sup> Art. 13 de la loi du 30 novembre 1892 sur l'exercice de la médecine, JO, 1<sup>er</sup> mars 1918, p. 584.

<sup>300</sup> Art. 1 de la loi du 30 novembre 1892 sur l'exercice de la médecine *préc.*

<sup>301</sup> « Syndicats des professions de santé », *op.cit.*



de différents types de dispositifs destinés à faire bénéficier leurs destinataires de soins de santé financièrement accessibles.

Cela a été ainsi le cas au moment de l'apparition des premières sociétés de secours mutualiste. Leur existence a été officialisée par une loi du 15 juillet 1850 et elle est parmi les premières causes ayant donné naissance au mouvement syndical dans le domaine médical. Le même discours syndical a été développé suite à la création du dispositif de l'assistance médicale gratuite,<sup>302</sup> dont la mise en place a été interprétée par les professionnels de santé comme une véritable « dégradation des relations avec les malades<sup>303</sup>. » Il faut mentionner également le dispositif sur les accidents du travail, issu de la loi du 9 avril 1898<sup>304</sup>, considéré comme une intrusion, cette fois-ci, de la part du patronat au sein du colloque singulier entre le médecin et le patient.

La force de l'influence du syndicalisme médical sur les pouvoirs publics s'est manifestée, par ailleurs, dès le début de la mise en place d'une politique de socialisation du risque maladie.

Un exemple en ce sens pourrait être donné avec le processus d'adoption des lois sur les assurances sociales. En effet, une première loi en la matière a été adoptée en avril 1928<sup>305</sup>. Cette loi apportait certaines restrictions au principe du libre choix du malade de son praticien<sup>306</sup>, elle instaurait des tarifs fixés pour les actes médicaux<sup>307</sup> et prévoyait un recours au tiers-payant pour les prestations médicales en nature<sup>308</sup>. Cependant, l'Union syndicale des médecins français, qui est devenue la Confédération des syndicats médicaux français (CSMF) en 1928, s'est opposée à cette tentative d'intégration des médecins au sein du système d'assurances sociales, sans que soit préservé le respect d'un certain nombre de principes

---

<sup>302</sup> Loi du 15 juillet 1893 Assistance médicale gratuite, JO, 18 juill.1893, p. 3681. Cette loi confirme le principe d'un accès aux soins gratuits au profit de tout français malade privé de ressources. Les honoraires des médecins étant donc remboursés par les autorités publiques.

<sup>303</sup> V. GUILLAUME, Pierre, *Le rôle social du médecin depuis deux siècles (1800-1945)*, op.cit, p. 103.

<sup>304</sup> Loi du 9 avril 1898 concernant les responsabilités dans les accidents du travail, JO, 10 avril 1898, p. 2209. En cas d'accident de travail, cette loi mettait les frais médicaux à la charge du chef d'entreprise. Pour cette raison, les employeurs cherchaient soit à imposer leur propres médecins pour l'application du dispositif, soit à obtenir l'application d'un tarif très proche, voire confondu avec le tarif applicable dans le cadre de l'assistance médicale gratuite. Les syndicats médicaux ont réussi, pour autant, d'obtenir le vote d'un tarif plus élevé pour la prise en charge des accidents de travail (tarif Dubief fixé en 1906).

<sup>305</sup> Loi du 5 avril 1928 sur les assurances sociales, préc.

<sup>306</sup> L'article 4§2 de la loi du 5 avril 1928 consacrait le libre choix de l'assuré de son praticien, mais l'article 4§3 ajoutait que pour les visites médicales au domicile de l'assuré, celui-ci devait choisir un médecin ou sage-femme de sa commune de résidence.

<sup>307</sup> Art. 4§4 de la loi du 5 avril 1928 sur les assurances sociales.

<sup>308</sup> L'article 4§5 de la loi du 5 avril 1928 prévoyait que les prestations médicales en nature étaient directement supportées ou remboursées par les caisses.

garantissant le maintien de l'exercice autonome de la pratique médicale. Cette opposition s'est matérialisée par l'adoption de la Charte de la médecine libérale du 30 novembre 1927. Il s'agit d'un texte emblématique qui énonce l'ensemble des principes de l'exercice libéral de la profession médicale en France et qui reste « le cheval de bataille du syndicalisme médical jusqu'à nos jours »<sup>309</sup>, véritable « doctrine déterminante pour l'évolution du système de santé. »<sup>310</sup> C'est ainsi qu'en avril 1930<sup>311</sup>, sous la pression de la Confédération des syndicats médicaux français, la loi sur les assurances sociales a été modifiée afin de mieux prendre en compte les principes liés à l'exercice libéral de la médecine. Ainsi, les restrictions au principe du libre choix étaient supprimées du texte de la loi. Le principe d'entente directe sur les honoraires a été réaffirmé puisqu'il n'était désormais question que d'une part contributive garantie par les caisses, ce qui laissait aux médecins la possibilité de demander des honoraires supérieurs aux tarifs de remboursement. Le recours au tiers-payant était abandonné et l'exigence de la conclusion des conventions entre les caisses et les syndicats professionnels habilités par leurs groupements nationaux était affirmée.

De la même manière, en 1945, au moment de l'adoption du dispositif de la sécurité sociale, la Confédération des syndicats médicaux français avait maintenu sa stratégie de positionnement en dehors du système social mis en place. Cependant, l'ordonnance n°45-2454 du 19 octobre 1945 avait réussi à introduire des changements importants en droit positif. En ce sens, son article 10 était à l'origine d'une restriction au principe de libre entente sur les honoraires médicaux, en tant qu'il prévoyait que les tarifs des actes médicaux seraient désormais fixés dans le cadre de conventions départementales conclues entre les caisses régionales et les syndicats professionnels et approuvées par une commission nationale tripartite. De plus, l'article 13 de l'ordonnance en question prévoyait que tout dépassement d'honoraires pouvait désormais faire l'objet d'un contrôle exercé par une commission départementale.

Toutefois, l'évolution du syndicalisme médical a été marquée par le maintien, au moins partiel, du positionnement historique d'opposition à l'intégration de la profession médicale au sein d'un système de santé socialisé.

---

<sup>309</sup> BERMOND, Marc, « Les syndicats des médecins contre l'organisation de la protection sociale, tout contre », *op.cit.*

<sup>310</sup> TABUTEAU, Didier, « Pouvoirs publics et professions de santé », *op.cit.*

<sup>311</sup> Loi du 30 avril 1930 modifiant la loi du 5 avril 1928 sur les assurances sociales.

## 2. L'idéologie d'opposition à l'action de l'Etat, structurant l'évolution du syndicalisme médical

Le positionnement radical de la Confédération des syndicats médicaux français à l'encontre de l'action sociale dans le domaine de la santé a subi une évolution importante dans les années 1960<sup>312</sup>, lorsque cette Confédération avait adhéré au principe de la conclusion des conventions départementales entre les caisses et les syndicats médicaux représentatifs au vu de la détermination des tarifs des actes médicaux. Ce virage d'attitude pouvait être expliqué par le développement de la pratique d'adhésions individuelles des médecins au système conventionnel dans les départements non conventionnés. Ce mécanisme faisait craindre l'instauration durable d'un rapport direct entre les caisses et les médecins sans l'intermédiaire des syndicats.

Cependant, la démarche de coopération avec les pouvoirs publics, adoptée par la Confédération des syndicats médicaux français, avait déclenché un phénomène de fragmentation du syndicalisme médical. En ce sens, dès 1961, certains membres de la Confédération ont fait scission afin de créer une nouvelle organisation syndicale au niveau national qui était l'Union des syndicats des médecins de France (UNSF), devenue la Fédération des médecins de France (FMF) à partir de 1968. Ce syndicat s'est opposé à la logique entreprise par la Confédération des syndicats médicaux français et s'est basé sur une défense plus prononcée des principes de la médecine libérale. Il avait obtenu, en 1980, la mise en place d'un secteur conventionnel à honoraires libres<sup>313</sup>. Il s'agissait ainsi de l'ouverture d'une époque de clivage, au sein du syndicalisme médical, entre une médecine sociale et une médecine libérale<sup>314</sup> qui subsiste jusqu'à nos jours. En ce sens, à l'image de la Confédération des syndicats médicaux français, la Fédération des médecins de France a été progressivement intégrée dans le fonctionnement du système conventionnel. C'est à ce moment-là, qu'un nouveau syndicat a été fondé au niveau national à la fin de 1981 : le syndicat des médecins libéraux, (SML) qui avait adopté une stratégie d'ultralibéralisme et de défense des principes fondateurs de la médecine libérale et qui voulait promouvoir l'appartenance des médecins

---

<sup>312</sup> Le décret n°60-451 du 12 mai 1960, modifié par le décret n°66-21 du 7 janvier 1966, institue un système de détermination des tarifs des actes médicaux par le biais des conventions départementales approuvées par une commission nationale tripartite. Des plafonds fixes pour les tarifs sont institués par arrêté ministériel et ils ne peuvent être dépassés par les tarifs conventionnels. Une possibilité d'adhésion individuelle à une convention type est prévue pour les praticiens dans les départements non conventionnés.

<sup>313</sup> V. *infra*, p. 138.

<sup>314</sup> BERMOND, Marc, « Les syndicats des médecins contre l'organisation de la protection sociale, tout contre », *op.cit.*

libéraux au secteur des honoraires libres. Le Syndicat des médecins libéraux avait ainsi enregistré une augmentation notable de ses effectifs entre 1983 et 1992<sup>315</sup>.

Par ailleurs, la fragmentation syndicale selon les intérêts professionnels défendus concerne également les différentes spécialités médicales. A ce titre, en 1986, est apparu le premier syndicat médical mono-catégoriel qui est la Fédération française des médecins généralistes (MG France) basé sur la défense des intérêts spécifiques des médecins généralistes<sup>316</sup>.

Toujours est-il, que cet émiettement du syndicalisme médical est illustratif de l'existence d'une partie importante de la profession médicale qui reste attachée aux principes de l'exercice libéral de la médecine et hostile aux tentatives de restriction de ces principes par les pouvoirs publics.

La logique corporatiste dans la régulation des professions de santé se matérialise également au travers du contrôle exercé sur ces professions de la part des ordres professionnels qui traduisent une forme de corporatisme institutionnalisé au sein de l'Etat.

## B. Les ordres des professionnels de santé libéraux, une forme de corporatisme au sein de l'Etat

En droit français, la mission de contrôle des professionnels de santé a été attribuée aux membres de la profession, réunis au sein d'une institution qui est l'ordre professionnel et qui existe pour la plus grande partie des professions libérales et réglementées<sup>317</sup>. Cette institution se caractérise par son statut ambivalent au sein du paysage administratif français.

En effet, les institutions ordinales présentent une véritable originalité, dans la mesure où elles traduisent une logique corporatiste dans la régulation des professions de santé, mais qui pour autant se trouve institutionnalisée et officialisée au sein de l'Etat. Les ordres professionnels se caractérisent, tout d'abord, par leur autonomie à l'égard des pouvoirs

---

<sup>315</sup> ABECASSIS, Philippe, DOMIN, Jean-Paul, « Le rôle des syndicats des médecins dans la production des idées en matière de conventionnement. Une étude lexicométrique. (1971-2008) », in *Mots. Les langages du politique*, 2016/1, n° 110, p.119.

<sup>316</sup> *Ibid.*

<sup>317</sup> A titre d'exemple : L'Ordre des architectes créé par la loi n°77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture (art. 21), L'Ordre des géomètres-experts créé par la loi n° 46-942 du 7 mai 1946 instituant l'Ordre des géomètres experts, l'Ordre des experts comptables créé par l'ordonnance n° 45-2138 du 19 septembre 1945 portant institution de l'ordre des experts-comptables et réglementant le titre et la profession d'expert-comptable .

publics, dans la mesure où ils sont censés permettre l'instauration d'une régulation sur les professions de santé, sans pour autant que celle-ci soit directement assumée par l'Etat et ses services. C'est pour cette raison qu'ils sont composés par des membres de la profession régulée qui sont élus par leurs pairs. Cette forme de régulation, exercée par les professionnels de santé eux-mêmes, est censée garantir une meilleure acceptation de la régulation par la profession<sup>318</sup>.

Cependant, l'ordre professionnel est également une institution créée par la loi dans le but d'exercer la mission de service public de contrôle et d'organisation des professions de santé. En ce sens, il s'agit d'un organisme de police administrative, chargé par les pouvoirs publics de veiller à ce que les différentes professions de santé soient exercées conformément aux intérêts de la société et surtout des patients. Cette mission dépasse largement la mission de défense des intérêts des professionnels de santé dévolue aux syndicats, ce qui justifie l'institution d'un contrôle plus poussé de l'Etat sur les ordres des professionnels de santé. Il existe de ce point de vue « une liaison intime »<sup>319</sup> entre les ordres professionnels et l'Etat. Ces derniers peuvent ainsi être présentés comme un véritable « rouage de l'Etat. »<sup>320</sup>

Par leur vocation spécifique, les ordres professionnels complètent les organisations syndicales dans l'accomplissement de la mission de régulation des professions de santé(1). Il faut souligner néanmoins, qu'en raison de leur statut ambivalent, la détermination de la nature de leur personnalité juridique a posé des difficultés au sein de la doctrine juridique française (2).

#### 1. La complémentarité des ordres professionnels aux organisations syndicales dans la mission de régulation des professions de santé

L'idée de la création d'une institution ordinaire dédiée au contrôle des professions de santé, apparaît comme une idée relativement ancienne. En ce qui concerne les médecins, elle a émergé pour la première fois en 1845 lors d'un congrès médical à Paris et dans l'objectif notamment de « soutenir les droits des médecins vis-à-vis de l'Etat et ses lois. » Cette idée est restée d'actualité même après l'officialisation du syndicalisme des professions médicales par la loi du 30 novembre 1892. En effet, si la réunion au sein des syndicats permettait de

---

<sup>318</sup> V. BRISSY, Stéphane, « La régulation des professions de santé par les ordres professionnels en droit français et européen », *R.Dir.Sanit.*, Sao Paolo, vol. 17, n° 3, 2016-2017, p. 77.

<sup>319</sup> CIBRIE, P., « La coexistence des ordres et des syndicats professionnels », in *Dr.soc.*, 1954, p. 332 et s.

<sup>320</sup> HASSENTEUFEL, Patrick, « Syndicalisme et médecine libérale : le poids de l'histoire », *op.cit.*

répondre à l'exigence d'une défense des intérêts des professionnels face à l'Etat, le projet d'un ordre se justifiait par la nécessité d'assurer le respect de la dignité de la profession et d'exercer un pouvoir disciplinaire sur l'ensemble de ses membres.

C'est sous le régime de Vichy qu'ont été créées les premières versions d'ordres des professions de santé<sup>321</sup>. Or, dans l'esprit et l'idéologie de l'époque, leur création s'est accompagnée d'une logique de suppression des syndicats professionnels existants. A ce titre, ce premier modèle d'institutions ordinales pouvait être présenté comme le trait d'un renforcement du contrôle des autorités publiques sur les professionnels de santé. Ainsi, les Conseils ordinaires institués ont été généralement créés auprès du Ministère de l'intérieur et, à l'origine, leurs membres ont été nommés par décret et non pas élus<sup>322</sup>. A la Libération, le principe d'une organisation ordinale des professions de santé a été maintenu, mais cette organisation a été reconfigurée dans un sens plus compatible avec la nécessité de garantir l'autonomie des institutions ordinales à l'égard de l'Etat. A partir de ce moment, la mission de contrôle sur la discipline des professions de santé est dévolue aux ordres professionnels, alors que celle de défense de leurs intérêts revient à leurs syndicats qui se trouvent rétablis.

Par ailleurs, dans le domaine des professions de santé, il existe deux grandes vagues de création d'ordres professionnels. La première vague se situe dans les années 1940 et elle a concerné les professions médicales. En 1945, a été ainsi officialisée l'existence de l'Ordre des médecins, de l'Ordre des sages-femmes, de l'Ordre des chirurgiens-dentistes<sup>323</sup> et de l'Ordre des pharmaciens<sup>324</sup>. Dans les années 2000, une deuxième vague de création d'ordres des professionnels de santé a permis d'englober au sein de l'organisation ordinale certaines professions paramédicales. En 2004, ont été créés l'Ordre des masseurs-kinésithérapeutes et l'Ordre des pédicures-podologues<sup>325</sup> et en 2006, l'Ordre des infirmiers<sup>326</sup>.

---

<sup>321</sup> V. Loi du 7 octobre 1940 qui est à l'origine d'un Conseil supérieur de la médecine, loi du 11 septembre 1941 créant un Conseil supérieur de la pharmacie.

<sup>322</sup> V. MINVIELLE, Géo, *Ordres et syndicats professionnels*, Paris, Dalloz, 1954; POUILLARD, Jean, *L'ordre des médecins. Sa genèse, ses dispositions déontologiques*, Paris, Glyphe, 2011; EVLETH, Donna, « La bataille pour l'Ordre des médecins, 1944-1950 », *Mouvement social*, 2009, n°229, p.61 ; GLORION Bernard, « L'ordre des médecins : quels pouvoirs ? » *Pouvoirs*, n° 89, avril 1999, p. 119 et s.

<sup>323</sup> Ces trois ordres étant créés par l'ordonnance n°45-2184 du 24 septembre 1945 relative à l'exercice et à l'organisation des professions de médecin, de chirurgien-dentiste et de sage-femme, JO du 28 septembre 1945, p.6083.

<sup>324</sup> Ordonnance n°45-919 du 5 mai 1945 portant institution d'un ordre national des pharmaciens, JO du 6 mai 1945, p. 2569.

<sup>325</sup> Art. 108 et art. 110 de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, JO du 11 août 2004, p.14277.

<sup>326</sup> Loi n° 2006-1668 du 21 décembre 2006 portant création d'un ordre national des infirmiers, JO du 27 décembre 2006, p. 19689.

Il faut mentionner que les institutions ordinales présentent de nombreuses singularités, qui permettent de les distinguer des organisations syndicales, avec lesquelles ils sont appelés à coexister et à se compléter dans l'exercice des missions de régulation et de représentation des professionnels de santé.

La première singularité propre aux ordres des professions de santé, est, qu'à la différence des syndicats, ils regroupent obligatoirement l'ensemble des membres de la profession régulée, quel que soit leur statut professionnel (libéral, public, privé). Il s'agit d'une condition à laquelle est soumis l'exercice légal de la profession. De même, tous les professionnels faisant partie de l'ordre sont assujettis à une cotisation annuelle obligatoire. En ce sens, la question de la conformité de l'obligation d'adhésion aux ordres professionnels aux droits et libertés fondamentaux a pu se poser, notamment sous l'angle d'un contrôle de conventionalité aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme, ainsi que le Conseil d'Etat, ont pu ainsi se prononcer sur ce problème juridique.

La Cour européenne des droits de l'homme a dès 1981 écarté l'hypothèse d'une violation de l'article 11 de la Convention garantissant la liberté d'association dans une affaire relative à l'ordre des médecins de droit belge<sup>327</sup>. L'atteinte à la liberté d'association par l'obligation légale d'adhésion à l'ordre des médecins a été ainsi considérée comme une mesure proportionnée, d'une part, puisque les institutions ordinales ne pouvaient pas être qualifiées comme des associations au sens de la Convention, et, d'autre part, dans la mesure où le droit interne consacrait l'existence d'associations vouées à la défense des intérêts professionnels des médecins auxquelles ceux-ci avaient la possibilité d'adhérer.

En droit interne, le Conseil d'Etat avait également estimé que l'obligation légale d'adhésion à l'ordre des médecins n'était pas constitutive d'une violation de l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme en se basant sur des arguments comparables : d'une part, sur la nature particulière de l'ordre des médecins, qui n'est pas une association mais un organisme investi par la loi de la mission de service public de régulation de l'ensemble de la profession médicale, et d'autre part, sur la consécration, en droit français, de la liberté des médecins de fonder et d'adhérer à des associations professionnelles<sup>328</sup>.

---

<sup>327</sup> CEDH, 23 juin 1981, Aff. *Le Compte, Van Leuven et De Meyere*, N° 6878/75.

<sup>328</sup> CE, 11 oct. 2006, n° 278899, V. ROUSSET, Guillaume, « L'obligation légale des médecins d'adhérer à l'Ordre n'est pas contraire à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *RDS*, n° 17, 2007, p. 401-402.

La deuxième singularité des ordres professionnels se situe au niveau de l'ampleur de leur mission de représentation et de défense des membres de la profession. En effet, les ordres professionnels, comme les organisations syndicales, ont reçu l'attribution de représenter les professionnels de santé qu'ils regroupent. Il existe, en ce sens, un risque de confusion entre les deux institutions dans l'exercice de cette attribution. Sur ce point, il est possible d'opérer une distinction, tout d'abord, concernant le champ de la représentation. Ainsi, alors que les syndicats assurent une représentation uniquement des professionnels de santé ayant la qualité d'adhérents du syndicat, les ordres professionnels ont la capacité de représenter la profession dans son ensemble. Par ailleurs, les syndicats doivent se concentrer sur une défense des intérêts économiques et matériels des professionnels, alors que les ordres, sur la défense des intérêts moraux et déontologique de la profession, c'est-à-dire, sur la défense de l'honneur de la profession.

Toutefois, l'exercice de certaines attributions est partagé entre les ordres et les syndicats, comme c'est le cas de l'action en justice pour exercice illégal de la profession ou encore de l'entraide organisée pour les membres de la profession ou pour les adhérents du syndicat.

Cependant, il existe une situation, en quelque sorte paradoxale en droit français, et c'est que malgré l'importance des ordres professionnels dans la régulation des professionnels de santé, qui découle de la nature de service public de leur mission légale, ce sont les organisations syndicales qui ont reçu l'attribution de représenter les professionnels de santé au sein du processus de négociation et de conclusion des conventions nationales avec les organismes de l'assurance maladie générale ou complémentaire<sup>329</sup>.

Par ailleurs, la principale difficulté juridique relative aux institutions ordinales reste celle de la détermination de leur statut juridique. En effet, en tant qu'organismes assurant une mission de service public, institutionnalisés au sein de l'appareil administratif de l'Etat, les ordres sont traversés par une forte dimension de droit public que l'on ne retrouve pas pour les institutions syndicales. Cependant, à la différence des organismes publics classiques, les ordres professionnels sont marqués par une importante dimension d'autonomie, en raison de leur composition et de la place octroyée au droit privé pour tous les éléments liés à leur fonctionnement interne.

---

<sup>329</sup> V. *infra*, p. 121.



## 2. La détermination problématique du statut juridique des ordres professionnels

Au moment de leur création, la question de la nature de la personnalité juridique des ordres professionnels a fait l'objet de longs débats au sein de la doctrine juridique, sans que la question soit complètement tranchée jusqu'à nos jours.

A ce titre, il faut préciser que sur le plan de leur composition, les ordres des professions de santé se caractérisent par une organisation hiérarchique. Ainsi, les missions dévolues aux ordres sont exercées par l'intermédiaire des conseils et des chambres disciplinaires. La structuration la plus classique comprend trois échelons : un Conseil National de l'ordre, des Conseils régionaux ou interrégionaux et des Conseils départementaux ou interdépartementaux. Généralement, une chambre disciplinaire de première instance est attachée aux conseils régionaux ou interrégionaux et une chambre disciplinaire nationale est placée au sein des conseils nationaux. Ces chambres disciplinaires statuent sur les litiges déontologiques impliquant les professionnels de santé. S'écarte de ce principe d'organisation institutionnelle l'ordre des pédicures-podologues qui ne comporte que deux échelons territoriaux avec un Conseil national et des conseils régionaux ou interrégionaux<sup>330</sup>. L'ordre des pharmaciens présente également une particularité structurelle avec un Conseil national et sept conseils centraux<sup>331</sup>. Par ailleurs, l'ordre professionnel, en tant que tel, ne possède pas une personnalité juridique propre, celle-ci se est attachée aux différents conseils qui agissent au nom de celui-ci.

La difficulté relative à la détermination de la nature de la personnalité morale des ordres professionnels, avec la question de savoir si celle-ci est de droit public ou de droit privé, a émergé avec la jurisprudence emblématique du Conseil d'Etat BOUGUEN de 1942<sup>332</sup>. En effet, le juge administratif est resté ambigu sur ce point, tout en se reconnaissant compétent pour apprécier la légalité des actes adoptés par les Conseils de l'ordre pour l'exécution de leur mission de service public. Ces actes étaient ainsi qualifiés comme décisions administratives dont le contentieux de la légalité relevait de la compétence du juge administratif. En revanche, dans cet arrêt, le Conseil d'Etat avait défini le Conseil supérieur de l'ordre des médecins de manière négative, comme un organisme de service public, qui n'était ni une personne publique territoriale, ni un établissement public. La question qui a pu

---

<sup>330</sup> Art. L. 4322-7 du CSP.

<sup>331</sup> Art. L. 4231-1 et s. du CSP.

<sup>332</sup> CE, ass., 2 avril 1943, *Bouguen*, Rec., p. 86.

se poser dès lors, était de savoir si les ordres professionnels étaient des organismes de droit privé chargé d'une mission de service public ou s'ils formaient une nouvelle catégorie de personnes publiques spécialisées en droit administratif français, autres que les établissements publics.

La grande majorité de la doctrine à l'époque avait considéré que les ordres professionnels ne pouvaient constituer qu'une nouvelle catégorie de personnes publiques mais qui, à la différence des établissements publics, étaient moins soumises aux contraintes du droit administratif<sup>333</sup>. Celles-ci ont pu ainsi être qualifiées comme des « personnes publiques innomées » ou encore comme des « personnes publiques mixtes » selon la formule de Charles Eisenmann. En ce sens, la fonction publique de l'ordre se manifesterait à chaque fois lorsqu'il se trouvait dans l'exercice de l'activité de direction de la profession régulée, alors que sa fonction privée se manifesterait au moment de l'exercice de l'activité de représentation de la profession auprès de l'Etat<sup>334</sup>. En effet, pour la doctrine juridique française, un tel constat était évident au regard de l'ampleur des prérogatives de puissance publique conférées aux ordres professionnels, ce qui excluait, a priori, l'éventualité d'une personnalité morale de droit privé.

Si l'on se focalise sur la mission générale des ordres des professionnels de santé, elle couvre effectivement un champ matériel particulièrement vaste et pour cette raison, la doctrine a pu parler d'une « réglementation largement déléguée aux instances professionnelles »<sup>335</sup>. Il s'agit de la mission de service public d'organisation et de contrôle de la profession. Le législateur a précisé les grands axes de cette mission à l'égard de tous les ordres des professionnels de santé qui couvrent le contrôle déontologique sur les membres de la profession<sup>336</sup>, la défense, voire la promotion de l'honneur et de l'indépendance de la profession, l'entraide entre les membres de la profession. Plus récemment, le législateur a voulu souligner la place des ordres professionnels comme acteurs du système de santé en leur conférant une mission de promotion de la santé publique et de la qualité des soins<sup>337</sup>.

---

<sup>333</sup> Sur le débat sur la nature juridique des ordres professionnels : V. SPILIOTOPOULOS, Epaminondas, *La distinction des institutions publiques et des institutions privées en droit français*, Thèse, Paris, LGDJ, 1959.

<sup>334</sup> EISENMANN, Charles, « L'arrêt Monpeurt : légende et réalité », in *Mélanges A. Mestres*, Sirey, 1956, p. 122.

<sup>335</sup> TABUTEAU, Didier, « Pouvoirs publics et professions de santé », *op.cit.*

<sup>336</sup> Cette mission se concrétise, d'une part, par une veille au maintien de principes de moralité, de probité, de compétence et de dévouement impliqués par la profession et, d'autre part, par une veille sur le respect des devoirs et des obligations professionnelles des membres de la profession.

<sup>337</sup> Cette compétence a été explicitement attribuée à l'ordre national des pharmaciens (art. L. 4231-1-4° du CSP) et à l'ordre national des infirmiers (art. L. 4312-1 du CSP).

Par ailleurs, un ensemble de pouvoirs importants sont attribués aux ordres des professionnels de santé pour l'exercice de cette mission générale. Ils sont titulaires ainsi d'un pouvoir disciplinaire, exercé par les chambres disciplinaires et permettant à l'institution ordinale de sanctionner les manquements à la déontologie de chaque profession. Les décisions disciplinaires rendues en la matière sont considérées comme des jugements provenant d'une juridiction administrative et relèvent du Conseil d'Etat pour leur contrôle en cassation<sup>338</sup>. Pour l'exercice de leurs attributions administratives, les ordres peuvent adopter des décisions administratives individuelles<sup>339</sup>, ainsi que des actes administratifs réglementaires. L'existence d'un pouvoir réglementaire au profit des institutions ordinales était, en ce sens, l'un des arguments principaux de la doctrine juridique pour estimer que la personnalité juridique de ces organismes était une personnalité de droit public. Or, la démonstration la plus claire de l'existence du pouvoir réglementaire des institutions ordinales des professions de santé réside dans leur pouvoir d'édiction des clauses essentielles des contrats types d'exercice professionnel ou, encore, dans leur pouvoir de fixation du montant de la cotisation ordinale due par tous les membres de la profession<sup>340</sup>.

Cependant, l'étendue du pouvoir réglementaire des ordres professionnels reste strictement limitée à l'exercice de leur mission légale, conformément au principe de spécialisation les régissant, et dans le respect de la compétence générale en matière de pouvoir réglementaire attribuée au Premier ministre par l'article 21 de la Constitution de 1958. De même, la portée de ce pouvoir réglementaire spécial conféré aux ordres professionnels est assez nuancée en ce qui concerne l'adoption des codes de déontologie des professions de santé. En effet, les codes de déontologies sont des actes de nature réglementaire et figurent, à ce titre, dans la partie réglementaire du Code de la santé publique. Ces codes sont élaborés par les Conseils nationaux des différents ordres mais ils sont ensuite présentés et proposés aux pouvoirs publics et doivent obligatoirement être mis en vigueur par décret pris en Conseil d'Etat<sup>341</sup>. Pour cette raison, les codes de déontologie peuvent être considérés comme des actes normatifs mais qui n'émanent qu'indirectement des ordres professionnels. En ce sens, ces derniers n'ont finalement qu'un « rôle de conception » dans l'édiction de ces codes, un « pouvoir d'initiative et de participation au pouvoir réglementaire » de l'Etat qui sanctionne

---

<sup>338</sup> V. CE, 7 févr. 1947, *D'Aillières*, Rec. p. 50.

<sup>339</sup> C'est le cas des décisions de l'Ordre en matière d'inscription au tableau de la profession qui lui permet d'exercer son contrôle sur l'accès à celle-ci.

<sup>340</sup> V. art. L. 4122-2 du CSP prévoyant la fixation de la cotisation ordinale des professions médicales par les Conseils nationaux de l'Ordre.

<sup>341</sup> V. art. L. 4127-1 du CSP concernant l'élaboration et l'adoption des codes de déontologie des professions médicales

juridiquement les dispositions déontologiques proposées par les institutions ordinales<sup>342</sup>. C'est ainsi que s'il appartient à l'ordre de rédiger et de proposer une déontologie de la profession, ce ne sont que les pouvoirs publics qui ont la compétence de valider et de mettre officiellement en vigueur les règles déontologiques en question.

Il faut souligner néanmoins, qu'actuellement, la majorité de la doctrine juridique s'est alignée autour du constat que les ordres professionnels possèdent une personnalité juridique de droit privé<sup>343</sup>. Ce constat a pu s'imposer à la lumière de la jurisprudence *Magnier* de 1961<sup>344</sup> dans laquelle le Conseil d'Etat a expressément affirmé que les organismes de droit privé, chargés de l'exécution d'une mission de service public, pouvaient prendre des actes administratifs dans l'exécution de cette mission. Ces actes administratifs relevaient par conséquent de la compétence contentieuse du juge administratif. De même, dans un arrêt de 1984, le Conseil d'Etat avait considéré que la négation du statut de l'établissement public à un organisme juridique entraînait comme conséquence l'existence d'une personnalité morale de droit privé de cet organisme<sup>345</sup>.

Or, l'un des arguments classiques en faveur de la thèse de la personnalité morale de droit privé des ordres professionnels était que leur fonctionnement interne était intégralement régi par un régime juridique de droit privé. Cependant, sur ce point, l'ordonnance n° 2017-644 du 27 avril 2017<sup>346</sup> avait introduit un changement, en prévoyant que les Conseils nationaux de l'ordre des médecins<sup>347</sup> et de l'ordre des pharmaciens<sup>348</sup> étaient soumis au droit de la commande publique. Cette disposition est ainsi venue à nouveau illustrer la nature profondément duale des ordres des professions de santé. Pour autant, la qualification des ordres professionnels en pouvoirs adjudicateurs, au sens du droit de la commande publique, n'est pas incompatible avec l'existence d'une personnalité morale de droit privé de ces derniers, sachant que l'article L. 1211-1 du Code de la commande publique prévoit expressément que les personnes morales de droit privé peuvent avoir la qualité de pouvoir adjudicateur sous certaines conditions. Cependant, les conditions en question devraient permettre d'établir l'existence d'une dépendance étroite de l'organisme de droit privé à

---

<sup>342</sup> V. LASCOMBE, Michel, « Les ordres professionnels », *AJDA* 1994, p. 855.

<sup>343</sup> V. CHAPUS, René, *Droit administratif général*, t.I, *op.cit.*, p. 183, J.GUGLIELMI, Gilles, *Introduction au droit des services publics*, *op.cit.*, p. 143 et s.

<sup>344</sup> CE, Sect., 13 janvier 1961, *Magnier*, Rec. p. 33.

<sup>345</sup> CE, 7 déc. 1984, *Centre d'études marines avancées*, n° 16900 et 22572 (rendu à propos de l'Institut français de pétrole, des lubrifiants et des carburants).

<sup>346</sup> Ord. n° 2017-644 du 27 avril 2017 relative à l'adaptation des dispositions législatives relatives au fonctionnement des ordres des professions de santé, JO, 28 avril 2017, texte n°40(art. 1 et art 4.).

<sup>347</sup> Art. L. 4122-2-1 du CSP.

<sup>348</sup> Art. L. 4231-8 du CSP.

l'égard d'un pouvoir public Or, tel n'est pas le cas, selon la Cour de justice de l'Union Européenne, des ordres professionnels qui jouissent d'une part importante d'autonomie à l'égard des pouvoirs publics<sup>349</sup>.

Il faut ainsi conclure que les ordres des professionnels de santé sont des personnes morales de droit privé, mais qui se trouvent, en raison de la qualification de service public de leur mission, soumis à un contrôle poussé de la part des pouvoirs publics et à une application partielle du régime de droit public. Ils sont par ailleurs titulaires d'un pouvoir normatif pour l'exécution de leur mission générale.

Outre la logique de régulation corporatiste, qui a été instaurée sur les professions de santé de ville, le système de régulation propre aux services de santé de ville comporte une deuxième dimension qui concerne la régulation de l'offre de soins de ville au sein du système de santé. Or, en droit français, celle-ci a été attribuée aux organismes de la Sécurité sociale et non pas directement à l'Etat. Cette régulation s'appuie sur un instrument matériel souple qui est la convention nationale conclue entre les organismes de l'assurance maladie et les syndicats des professionnels de santé.

## ***§.2 La régulation conventionnelle de l'offre de soins de ville par les organismes de l'Assurance Maladie***

Avec l'essor de la politique de protection sociale en France est apparue la nécessité d'instituer une régulation sur l'offre de soins de ville, et plus précisément, d'intégrer celle-ci au sein du système de sécurité sociale nouvellement créé. Or, il faut souligner qu'initialement, la régulation en question n'avait qu'un volet tarifaire et il ne s'agissait pas, par conséquent, d'envisager l'intégration de l'offre de soins de ville au sein d'un système de santé où l'ensemble des services de soins seraient coordonnés par les pouvoirs publics. Pour cette raison, l'exercice de cette régulation tarifaire a été conféré aux organismes de la sécurité sociale. A partir de ce moment, s'est formé ainsi un clivage structurant le pilotage du système de santé français, qui persiste partiellement aujourd'hui, entre d'une part, « un État

---

<sup>349</sup> CJUE, 12 sept. 2013, *IVD GmbH & Co. KG*, aff. C-526/11.

superviseur des hôpitaux publics et, d'autre part, des caisses d'assurance maladie compétentes pour organiser la médecine de ville. »<sup>350</sup>

Or, il faut rappeler qu'au moment de leur institution, les caisses de sécurité sociale, qui ont reçu la responsabilité de la gestion du dispositif de la sécurité sociale, se trouvaient dans un rapport d'autonomie par rapport à l'Etat. Il existait, en ce sens, une abstention initiale de la part de l'Etat français d'intervenir dans la gestion de la sécurité sociale. Celui-ci possédait néanmoins une mission importante de maîtrise générale du système de protection sociale, ainsi qu'une mission de tutelle sur les organismes de sécurité sociale, qui étaient qualifiés comme des organismes privés chargés d'une mission de service public<sup>351</sup>.

Ce sont, en ce sens, les caisses d'assurance maladie qui ont reçu par le législateur l'attribution de régulation de l'offre de soins de ville. Or, dès l'origine du système de sécurité sociale, l'instrument utilisé à cette fin se caractérise par sa souplesse, dans la mesure où il s'agit d'une convention pluriannuelle, conclue aujourd'hui au niveau national, entre les organismes d'assurance maladie et les syndicats représentatifs des différentes professions de santé. Les conventions entre les syndicats professionnels de santé et les organismes d'assurance maladie peuvent être définies comme des « accords (...) qui fixent leurs droits et obligations réciproques » et qui régissent les rapports entre eux à l'intérieur du système d'assurance maladie et du système de santé.<sup>352</sup>

Le premier élément qu'il s'agit de souligner à propos de ces conventions nationales, réside dans l'ambivalence de leur statut juridique, qui apparaît ainsi comme particulièrement difficile à qualifier(A). Il s'agit d'insister également sur l'élargissement progressif du champ matériel des conventions en question, qui leur a permis de s'imposer comme l'outil principal de régulation médico-économique des offreurs de soins de ville (B).

#### A. La nature juridique ambivalente des conventions nationales des offreurs de soins de ville

Il existe une ambivalence juridique, inhérente aux conventions régissant les offreurs de soins de ville. En effet, le recours à la formule contractuelle en fait un outil de régulation

---

<sup>350</sup> TABUTEAU, Didier, « Sécurité sociale et politique de santé », *op.cit.*

<sup>351</sup> V. CE, Ass., 13 mai 1938, *Caisse primaire Aide et protection*, préc. ; CE, Ass. 16 mars 1956, *Garnett*, Rec., p. 125.

<sup>352</sup> V. sur la définition : GIANNESINI, Pascale, *L'insertion d'une profession libérale dans une économie concertée : la convention médicale*, Thèse, Université de Bordeaux, 1972, p.65.

souple, dans la mesure où l'instrument contractuel est censé ici préserver, dans la mesure du possible, l'autonomie des professionnels de santé au sein du dispositif (1). En même temps, il existe une emprise importante de la part de l'Etat sur les conventions de régulation de l'offre de soins de ville, ce qui a pour conséquence de conférer à celle-ci une véritable portée réglementaire. (2).

#### 1. La préservation de l'autonomie des offreurs de soins par le recours à la formule contractuelle

Selon la plupart des auteurs de la doctrine, le recours à la formule contractuelle pour la régulation de l'offre de soins de ville s'impose naturellement en raison de sa souplesse. En effet, c'est « la figure classique du contrat qui permet ici d'articuler à peu près convenablement protection collective et médecine libérale »<sup>353</sup>, « de garantir la coexistence d'une offre libérale et d'un service public de l'assurance maladie. »<sup>354</sup>

Toutefois, il a fallu attendre 1971<sup>355</sup> pour que la loi prévoie que les rapports entre les organismes d'assurance maladie et les praticiens et les auxiliaires médicaux soient définis par des conventions conclues au niveau national.

Avant cette date, le conventionnement des professionnels de santé s'effectuait au niveau départemental à partir des conventions conclues entre les caisses régionales de sécurité sociale, agissant sur proposition des caisses primaires de sécurité sociale, et les syndicats représentatifs de chaque profession concernée. Le régime du conventionnement établi à cette époque, sur le fondement d'un décret du 12 mai 1960<sup>356</sup>, a été présenté comme particulièrement autoritaire puisque la logique contractuelle se trouvait sensiblement limitée. Ainsi, les conventions en question n'avaient pas un contenu librement négocié entre les parties mais devaient être conformes, sous peine de nullité, à une convention-type établie au niveau national par les pouvoirs publics. La convention-type fixait notamment un plafond pour les tarifs applicables aux assurés sociaux qui s'imposait aux cocontractants au niveau départemental. Par ailleurs, les conventions départementales et les tarifs qu'elles déterminaient ne pouvaient entrer en vigueur qu'après leur approbation par une commission

---

<sup>353</sup> LABORDE, Jean-Pierre, *Droit de la sécurité sociale*, Paris, PUF, 2005, p.91 et s.

<sup>354</sup> HUTEAU, Gilles, « Déclin ou renouveau des professionnels de santé dans l'élaboration de la norme de la protection sociale », *Dr.soc.*, 2016, p. 121.

<sup>355</sup> Loi n°71-525 du 3 juillet 1971 relative aux rapports entre les caisses d'assurance maladie et les praticiens et les auxiliaires médicaux, JO, 6 juill. 1971, p. 6571.

<sup>356</sup> Décret n°60-451 du 12 mai 1960 relatif aux soins médicaux dispensés aux assurés sociaux, JO, 13 mai 1960, p. 4356.

interministérielle comportant initialement seulement des représentants des administrations. De même, la signature d'une convention départementale par les syndicats représentatifs engageait l'ensemble des praticiens dans le département, sans que soit prévue une option individuelle de non conventionnement.

En ce sens, selon certains auteurs, la convention des professionnels de santé, sous l'empire du décret du 12 mai 1960, se caractérisait plutôt comme une convention « octroyée » par un tiers au contrat qui était l'Etat. L'accord des volontés des cocontractants ne concernait pas l'élaboration du contenu de la convention départementale, qui était en grande partie prédéterminé par la convention-type nationale. Le principe de l'autonomie de la volonté restait, en revanche, conservé au niveau de l'adhésion-même au système conventionnel<sup>357</sup>. En effet, une faculté a été laissée aux syndicats représentatifs dans chaque département de rester en dehors du système établi s'ils le souhaitaient.<sup>358</sup> En contrepartie, le décret avait prévu la possibilité d'adhésions individuelles des praticiens aux clauses de la convention-type nationales dans tous les départements où aucune convention départementale n'a pu être signée<sup>359</sup>.

La grande faiblesse du système du conventionnement départemental était ainsi qu'il portait atteinte à l'égalité des assurés sociaux sur le territoire en raison des divergences qui pouvaient exister dans les tarifs conventionnels applicables dans chaque département<sup>360</sup>. Pour cette raison, il est apparu préférable de passer à un système de conventionnement national. Dans ce nouveau système de conventionnement, l'indépendance et le caractère libéral des professions de santé ont été mieux préservés, surtout en ce qui concerne les médecins.

En effet, la loi du 3 juillet 1971 a intégré dans le Code de la sécurité sociale les grands principes de l'exercice libérale de la médecine<sup>361</sup>. C'est ainsi qu'une grande partie des principes annoncés dans la Charte de la médecine libérale de 1927 se trouvent désormais codifiés dans la partie législative du Code de la sécurité sociale sous forme de « *principes déontologiques fondamentaux* ».

---

<sup>357</sup> GIANNESINI, Pascale, *L'insertion d'une profession libérale dans une économie concertée : la convention médicale*, *op.cit.*

<sup>358</sup> Les conventions se sont développées dans la plupart des départements, mais sont restés en dehors du système établi, certains départements importants comme les Rhône-Alpes, les Alpes Maritimes et la Seine (REBECQ, Geneviève, « Médecins libéraux : les rapports avec les caisses de sécurité sociale », *op.cit.*). Dans les départements non-conventionnés, des tarifs de remboursement ont été fixés par la commission interministérielle des tarifs.

<sup>359</sup> V. pour l'ensemble de ces dispositions: art. 2 et art.3 du décret n°60-451 du 12 mai 1960 préc.

<sup>360</sup> LABORDE, Jean-Pierre, *Droit de la sécurité sociale*, *op.cit.*

<sup>361</sup> V. Art. L. 162-2 du CSS.



Par ailleurs, le dispositif des conventions nationales permettait de prendre davantage en considération le principe d'indépendance des professionnels de santé. Le poids des syndicats représentatifs dans l'élaboration des normes conventionnelles a été ainsi rétabli. La loi du 3 juillet 1971 a mis fin au recours à la convention-type et la signature de chaque convention nationale est devenue obligatoirement précédée par la procédure de négociation entre les représentants des organismes d'assurance maladie et les représentants des professionnels de santé. C'est ainsi, que le principe de la liberté contractuelle s'est retrouvé applicable au stade de la détermination du contenu des conventions nationales. En ce sens, à la convention imposée, sous l'empire du dispositif ancien, s'est substituée une convention véritablement négociée<sup>362</sup>.

De même, la loi du 3 juillet 1971 a mis fin à la pratique d'adhésions individuelles au système conventionnel et a octroyé à chaque professionnel de santé une liberté d'adhésion à la convention nationale. Il a fallu ainsi insister sur des mécanismes d'incitation afin de favoriser les adhésions des professionnels de santé en leur accordant des avantages sociaux comme un régime favorable d'assurance maladie, un complément d'assurance vieillesse et certains bénéfices fiscaux<sup>363</sup>. C'est pour cette raison, que les premières conventions nationales signées apparaissaient parfois comme plus axées sur les droits des professionnels que sur les droits des assurés sociaux<sup>364</sup>.

Il existe, en particulier, deux grands mécanismes qui permettent d'illustrer la préservation du statut indépendant des professionnels de santé au sein de la convention nationale. Il s'agit, d'une part, de la procédure de négociation préalable et, d'autre part, du principe de la liberté du conventionnement.

La procédure de négociation des conventions nationales précède nécessairement leur signature et se déroule entre les organismes d'assurance maladie et les syndicats représentatifs des professionnels de santé. Cette procédure est importante car elle va permettre d'associer les organisations syndicales à la détermination du contenu des règles énoncées dans les conventions régissant chaque profession.

---

<sup>362</sup> GIANNESINI, *L'insertion d'une profession libérale dans une économie concertée : la convention médicale*, *op.cit.*

<sup>363</sup> *Ibid.*

<sup>364</sup> REGEREA, Michel, « La politique conventionnelle: ses ambitions et ses limites », *RFAP*, 2005 n°113, p. 75.

En effet, le terme négociation « s'applique aux rapports entre les hommes ayant des intérêts différents et cherchant à établir entre eux une situation d'entente »<sup>365</sup>. La négociation recouvre ainsi « un ensemble d'opérations préalables diverses tendant à la recherche d'un accord »<sup>366</sup> entre au moins deux parties défendant des intérêts divergents. Il s'agit de toute situation où « l'une et l'autre des parties mettent en œuvre leur pouvoir respectif pour influencer une décision »<sup>367</sup>.

La négociation conventionnelle se déroule entre les organismes d'assurance maladie, d'une part, et les syndicats représentatifs des professionnels de santé, d'autre part : deux parties qui défendent bien des intérêts différents. En ce sens, les intérêts essentiels défendus par les organismes de l'assurance maladie sont l'accès financier des assurés sociaux aux soins de santé, ainsi que la régulation des dépenses de santé financées par l'assurance maladie. En revanche, l'intérêt principal des syndicats des professionnels de santé reste la garantie, au sein du dispositif conventionnel, du bien-être matériel des membres de la profession qu'ils représentent. La procédure de négociation conventionnelle doit permettre à ces deux parties d'arriver à une solution de compromis. Cette solution devrait ainsi se matérialiser au sein des dispositions de la convention conclue postérieurement aux négociations. La place des professions de santé dans le cadre de cette procédure préalable est d'autant plus importante, sachant que ce sont l'ensemble des syndicats déclarés représentatifs au niveau national pour chaque profession concernée qui doivent être appelés à la procédure de négociation<sup>368</sup>. La représentativité des organisations syndicales est reconnue par les ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale suite à une enquête et selon des critères de représentativité cumulatifs annoncés à l'article R.162-54-1 du Code de la sécurité sociale.

Le principe de l'indépendance des professionnels de santé libéraux au sein du dispositif conventionnel se manifeste également par la consécration de la liberté du conventionnement. Il s'agit ici de la liberté laissée aux professionnels de santé d'adhérer ou de ne pas adhérer au système conventionnel. En effet, la convention nationale est un engagement qui s'applique normalement à l'ensemble de la profession concernée, une fois qu'elle a été signée et approuvée par les ministres compétents. Cependant, l'article L. 162-15 du Code de la sécurité sociale laisse aux professionnels de santé une faculté de ne pas adhérer

---

<sup>365</sup> GOGUELIN, Pierre L. G. « Le concept de négociation », *Négociations*, vol. N° 3, n° 1, 2005, p. 149.

<sup>366</sup> CORNU, Gérard, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 12<sup>e</sup> éd, 2018.

<sup>367</sup> REYNAUD, Jean-Daniel, « La négociation, l'accord, le dispositif », in *La théorie de la régulation sociale de Jean-Daniel Reynaud*, Paris, Editions La découverte, 2003, p. 179.

<sup>368</sup> V. CE, ass., 2 déc. 1983, *Confédération des syndicats médicaux français*, Rec., p. 469

à la convention<sup>369</sup>. Néanmoins, certains auteurs ont souligné, que cette liberté d'adhésion « n'est qu'un leurre »<sup>370</sup>. En ce sens, l'adhésion à la convention apparaît, dans les faits, comme une démarche inévitable pour se garantir une clientèle solvable, c'est à dire, remboursée sur la base des tarifs opposables prévus par les conventions.

Les signataires des conventions nationales des professions de santé sont, par ailleurs, mentionnés par le Code de la sécurité sociale. Il s'agit de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie(UNCAM)<sup>371</sup>, d'une part, et d'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives au niveau national de la profession régie par la convention, d'autre part<sup>372</sup>. Il faut mentionner ici, qu'afin de faciliter la procédure de signature des conventions nationales avec les professionnels de santé, la loi n°75-603 du 10 juillet 1975 a prévu la possibilité de conclusion d'une convention avec une seule organisation syndicales représentative de la profession intéressée<sup>373</sup>. Une telle option pourrait paraître problématique, dans la mesure où les professionnels de santé sont censés être des cocontractants aux conventions qui les régissent sur la base du mécanisme de la représentation de la part de leurs syndicats Or, il reste envisageable que les organismes d'assurance maladie cherchent à signer une convention avec un syndicat-partenaire qui adhère à l'esprit et aux règles de celle-ci, mais qui n'est que très faiblement représentatif de la profession concernée. Une telle difficulté a été prise en considération par l'aménagement d'un droit d'opposition en faveur des syndicats représentatifs qui ne souhaitent pas signer une convention, à condition qu'ils soient majoritaires. L'expression d'une telle opposition a ainsi pour effet de faire obstacle à la mise en œuvre de la convention en question<sup>374</sup>.

Pour ce qui est des conventions nationales médicales, il existe une particularité, dans la mesure où une loi du 23 janvier 1990 a prévu la possibilité de conclure deux conventions distinctes pour les médecins généralistes et pour les médecins spécialistes<sup>375</sup>. Ainsi, en vertu

---

<sup>369</sup> Art. L. 162-15, al.8 du CSS

<sup>370</sup>V. REBECQ, Geneviève, « Médecins libéraux : les rapports avec les caisses de sécurité sociale », *RDSS*, 2011, p. 45.

<sup>371</sup> L'UNCAM est une instance créé par la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie (art.55 de la loi et art. L. 182-2 et s. du CSS) qui regroupe les trois principaux régimes d'assurance maladie.

<sup>372</sup> Art. L. 162-5 du CSS pour la profession de médecin; art. L. 162-9 du CSS pour les professions de chirurgien-dentiste, de sage-femme et d'auxiliaire médical; art. L. 162-12-2 du CSS pour la profession d'infirmier et art. L. 162-12-9 du CSS pour la profession de masseur-kinésithérapeute.

<sup>373</sup> A titre d'exemple, la troisième convention nationale des médecins a été signée le 29 mai 1980 avec une seule organisation syndicale représentative- la Fédération des médecins de France (FMF).

<sup>374</sup> V. Art. L. 162-15, al. 4 du CSS.

<sup>375</sup> Loi n° 90-86 du 23 janvier 1990 portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé (art.17), JO, 25 janv.1990, p. 1009. A titre d'exemple, deux conventions distinctes pour les généralistes et les spécialistes ont été conclues le 12 mars 1997.

de l'article L. 162-5 du Code de la sécurité sociale, en cas de conventions distinctes, la convention des généralistes doit être conclue avec au moins un syndicat représentatif des médecins généralistes et la convention des spécialistes avec au moins un syndicat représentatif des médecins spécialistes. En revanche, en cas d'une convention unique pour l'ensemble de la profession, elle doit être nécessairement conclue avec au moins un syndicat représentatifs des médecins généralistes et un syndicat représentatif des médecins spécialistes.

Le recours à l'acte conventionnel permet ainsi de faire participer les professionnels de santé dans la détermination du contenu des normes de régulation de l'offre de soins de ville. Toutefois, les pouvoirs publics disposent d'une emprise importante sur les conventions nationales conclues entre les organismes d'assurance maladie et les syndicats représentatifs des professionnels de santé.

## 2. L'emprise de l'Etat sur le dispositif conventionnel, source de portée réglementaire des conventions

Si les caisses d'assurance maladie et les syndicats représentatifs des professionnels de santé jouissent d'une certaine liberté au sein du dispositif conventionnel, celle-ci reste nécessairement encadrée par des mesures étatiques.

La logique d'emprise des pouvoirs publics sur les conventions entre l'assurance maladie et les professionnels de santé concerne ainsi, tout d'abord, le contenu de ces conventions. En effet, celles-ci doivent être conformes et ne doivent pas empiéter sur le champ de compétences des lois des règlements<sup>376</sup>. Par ailleurs, les différentes matières couvertes par les conventions sont obligatoirement déterminées par la loi<sup>377</sup>. Les conventions des professionnels de santé de ville doivent, en outre, s'inscrire dans le cadre de l'objectif national des dépenses de l'Assurance maladie, annuellement fixé au sein de la loi de financement de la sécurité sociale. Les dispositions de cette loi font par ailleurs l'objet d'une

---

<sup>376</sup> Au sein de l'Etat, il existe un partage de la compétence en matière de protection sociale entre le législateur et le pouvoir réglementaire. En vertu de l'art. 34 de la Constitution de 1958, le pouvoir législatif détermine les principes fondamentaux de la sécurité sociale (cela concerne par ex. la détermination de l'existence d'une ou des catégories de prestations, des bénéficiaires de la prestation et des conditions exigées pour l'attribution des prestations). Il appartient, en revanche, au pouvoir réglementaire, de fixer les « *paramètres quantitatifs* » des réformes de la sécurité sociale (cela concerne par ex. la détermination du taux des prestations, la précision des conditions de leurs attributions. V. CHENEVOY-GUERIAUD, Marie, *Les conventions nationales médicales*, Thèse, Presses universitaires de Clermont-Ferrand, 2005, p 125-134.

<sup>377</sup> V. Art. L. 162-5 du CSS en ce qui concerne les conventions médicales.

déclinaison au sein des conventions d'objectifs et de gestion conclus entre l'Etat et les organismes nationaux de gestion de sécurité sociale<sup>378</sup>.

L'emprise de l'Etat sur le dispositif conventionnel concerne également la procédure d'adoption des conventions nationales. Ainsi, quelle que soit la profession concernée, l'entrée en vigueur de la convention nationale est obligatoirement subordonnée à une approbation de la part des ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale. Cette approbation peut être tacite en cas de non opposition des ministres dans un délai du 21 jours à partir de la réception du texte de la convention. Une fois approuvée par les autorités publiques compétentes, la convention acquiert un effet contraignant non seulement à l'égard de ses signataires mais aussi à l'égard de tous les professionnels de santé qui souhaitent y adhérer, des caisses locales et régionales d'assurance maladie et des assurés sociaux. La nécessité de cette approbation ministérielle est souvent considérée comme un facteur d'affaiblissement de la liberté contractuelle des parties de la convention. Toutefois, le pouvoir d'approbation des ministres n'est pas discrétionnaire. Ils ne peuvent s'opposer à l'entrée en vigueur d'une convention nationale que pour des motifs limitativement énumérés dans le Code de la sécurité sociale, à savoir la non-conformité aux lois et règlements en vigueur, des motifs de santé publique ou de sécurité sanitaire, une atteinte au principe d'égal accès aux soins<sup>379</sup>.

Il existe par conséquent une véritable ambigüité quant à la qualification juridique des conventions nationales des professionnels de santé en raison de leur nature mi conventionnelle, mi réglementaire. En ce sens, dans une série d'arrêts rendus dans les années 70 et 80 du XIX<sup>e</sup> siècle, le Conseil d'Etat a précisé que les conventions nationales sont des contrats administratifs mais qui, une fois approuvées par arrêté ministériel, produisent les effets juridiques qui s'attachent à un acte réglementaire<sup>380</sup>. C'est ainsi, que la doctrine juridique a pendant longtemps rangé ces actes dans la catégorie d' « actes contractuels générateurs d'effets réglementaires. »<sup>381</sup> Plus récemment, cette vision a évolué et une nouvelle qualification est apparue au sein de la doctrine au regard des conventions nationales des professionnels de santé qui est la qualification d' « acte réglementaire négocié. »<sup>382</sup> Cette

---

<sup>378</sup> Art. L. 227-1 du CSS.

<sup>379</sup> V. sur l'approbation des conventions: art. L. 162-15 al. 2 du CSS.

<sup>380</sup> CE, 18 oct. 1974, *Conférence nationale des auxiliaires médicaux et paramédicaux et autres*, Rec., p. 496 ; CE, 18 févr. 1977, *Hervouët*, Rec., p. 100 ; CE, 9 oct. 1981, *Syndicat des médecins de la Haute-Loire et autres*, Rec., p. 360.

<sup>381</sup> CHENEVOY-GUERIAUD, Marie, *Les conventions nationales médicales*, op.cit., p. 177-222.

<sup>382</sup> V. LE CHANTELIER, Gilles, « Les conventions de sécurité sociale comme actes réglementaires », *RFDA*, 1995, p.645; DEVOLVE, Pierre, « Le recours pour excès de pouvoir contre les dispositions réglementaires d'un

évolution est intervenue notamment suite à une décision du Conseil constitutionnel qui a estimé que l'approbation ministérielle conférait à ces conventions non pas des effets, mais un véritable caractère réglementaire<sup>383</sup>. Il faut ainsi conclure sur ce point, que « naguère contrat doué d'effets réglementaires, la convention s'est transformée, au fil du temps, en acte réglementaire à élaboration contractuelle, sinon simplement concertée. »<sup>384</sup>

Cependant, l'emprise de l'Etat sur le dispositif conventionnel régissant les offreurs de soins de ville apparaît comme compréhensible et légitime, d'autant plus que le champ matériel des conventions nationales a connu un élargissement significatif dans les dernières années, ce qui a conduit à appréhender ces dernières comme l'instrument principal de régulation médico-économique de l'offre de soins de ville.

## B. L'élargissement du champ matériel des conventions nationales des offreurs de soins de ville

Progressivement, les objectifs, et par conséquent, le contenu des conventions conclues entre les professionnels de santé et l'assurance maladie, se sont considérablement élargis. En effet, les différentes matières déterminées par les conventions sont prévues par le législateur<sup>385</sup> et codifiées au sein du Code de la sécurité sociale pour chaque profession concernées<sup>386</sup>. Or, la tendance d'élargissement du champ matériel des conventions est particulièrement notable en ce qui concerne les conventions nationales médicales. Par conséquent, la convention nationale peut désormais être envisagée à la fois comme un instrument de maîtrise des dépenses de santé de ville, (1) et comme un instrument d'intégration de l'offre de soins de ville au sein du système de santé (2).

### 1. La convention, instrument de maîtrise des dépenses de santé de de ville

L'objectif initial des conventions nationales avec les professionnels de santé est facile à identifier. En effet, celles-ci ont été conçues comme un instrument de « solvabilité de la

---

contrat », *RFDA*, 1997, p. 89; PRETOT, Xavier, « L'évolution du régime juridique des conventions médicales », *Dr.soc.*, 1997, p. 845.

<sup>383</sup> Cons.Const., 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions à la sécurité sociale et à la santé*, n°89-269 DC, cons. 23.

<sup>384</sup> PRETOT, Xavier, « L'évolution du régime juridique des conventions médicales », *op.cit.*

<sup>385</sup> Conformément à l'art. 34 de la Constitution de 1958, en vertu duquel la loi détermine les grands principes de la sécurité sociale.

<sup>386</sup> V. art. L. 162-5 du CSS (médecins), art. L. 162-9 du CSS (chirurgiens-dentistes, sages-femmes, auxiliaires médicaux), art. L. 162-12-2 du CSS (infirmiers), art. L. 162-12-9 du CSS (masseurs-kinésithérapeutes).

demande de soins » mais aussi d'une « politique de revenus des professionnels de santé<sup>387</sup>. » C'est ainsi, qu'à l'origine, les conventions sont destinées à fixer des tarifs de soins et de prestations opposables aux caisses d'assurance maladie et aux professionnels de santé libéraux sur la base desquelles doivent s'effectuer les remboursements des frais engagés par les assurés sociaux. Il s'agit ainsi d'éviter une différenciation inéquitable entre les honoraires exigés par les praticiens et les remboursements opérés par l'assurance maladie. En même temps, les conventions devaient également déterminer un certain nombre d'avantages sociaux au profit des professions concernées par les tarifs, en contrepartie de l'amenuisement de la libre entente sur le prix des soins avec le patient<sup>388</sup>.

Ce n'est qu'à partir des années 1990, que les conventions nationales se sont affirmées comme un instrument au service de la politique de régulation des dépenses de santé dans la branche de soins de ville. C'est plus précisément la loi n°93-8 du 4 janvier 1993 relative aux relations entre les professions de santé et l'assurance maladie<sup>389</sup>, qui va engager les conventions dans une politique de maîtrise des dépenses de santé.

Il faut souligner ici que la maîtrise des dépenses de santé, initialement privilégiée à l'égard des professionnels de santé de ville, était une maîtrise de type médicalisée, c'est-à-dire, une maîtrise essentiellement qualitative de l'offre de soins. En effet, la maîtrise médicalisée des dépenses de santé est censée regrouper un ensemble d'actions visant à promouvoir un usage efficace et pertinent du soin<sup>390</sup>. La réduction des dépenses passe ainsi exclusivement par le biais d'une réduction des actes et des prescriptions considérées comme inutiles et sans valeur ajoutée pour la santé des assurés sociaux<sup>391</sup>. La maîtrise médicalisée des dépenses de santé s'oppose, en ce sens, au concept de maîtrise comptable des dépenses de santé qui implique une régulation quantitative de l'offre de soins et qui s'accompagne par des actions de contrôle budgétaire de l'offre de soins et de sanctions en cas de dépassement de l'objectif prévisionnel par les offreurs de soins<sup>392</sup>. En ce sens, c'est la régulation qualitative

---

<sup>387</sup> RAVOUX, Vincent, « La maîtrise médicalisée de l'évolution des dépenses de santé. Contribution à l'analyse d'un concept », *Dr.soc.* 1994, p. 587.

<sup>388</sup> Sur l'influence de l'Etat dans la fixation des tarifs des actes de soins de ville : V. CHENEVOY-GUERIAUD, Marie, *Les conventions nationales médicales, op.cit.* p. 227-242.

<sup>389</sup> JO, 4 janvi.1993, p. 251.

<sup>390</sup> V. VANLERENBERGHE, Jean-Marie, *Améliorer la pertinence des soins : un enjeu majeur pour notre système de santé*, Rapport d'information n° 668, Commission des affaires sociales, 20 juill. 2017.

<sup>391</sup> V. POLTON, Dominique, LIGNOT-LELOUP, Mathilde, « Régulation des dépenses de santé et maîtrise médicalisée » in BOURDILLON, François et al.(dir.), *Traité de santé publique*, Paris, Lavoster, 2016, 3<sup>e</sup> éd., p. 199.; POLTON, Dominique, « La régulation des dépenses de médecine de ville : dépasser le débat maîtrise médicalisée/maitrise comptable » in *Dr.soc.*1996, p.808.

<sup>392</sup> Cependant, une tentative de recourir à une maîtrise comptable des dépenses de soins de ville a été initiée par l'ordonnance n° 96-345 du 24 avril 1996 relative à la maîtrise médicalisée des dépenses de soins et les

qui est apparue comme plus adaptée au statut libéral des offreurs de soins de ville. Les instruments de base de cette maîtrise médicalisée des dépenses de santé sont les références médicales opposables (RMO) et, plus largement, les recommandations de bonne pratique<sup>393</sup>.

Les références médicales opposables apparaissent pour la première fois dans la convention médicale du 21 octobre 1993. Il s'agit, en effet, de références professionnelles qui concernent tous les professionnels de santé et qui identifient des soins et des prescriptions médicalement inutiles ou dangereux<sup>394</sup>. Elles impliquent, en ce sens, pour leurs destinataires une obligation de ne pas faire. Leur opposabilité consiste actuellement dans la possibilité pour les conventions de prévoir l'acquittement d'une contribution par les médecins en cas de non-respect de ces références<sup>395</sup>. Les recommandations de bonne pratique, qui accompagnent les références médicales opposables, constituent, quant à elles, une catégorie plus large et regroupent un ensemble de « propositions développées méthodiquement pour aider le praticien et le patient à rechercher les soins les plus appropriés dans des circonstances cliniques données<sup>396</sup>. »

Après leur contribution à la politique de maîtrise des dépenses de santé, les conventions nationales conclues avec les professionnels de santé se sont progressivement transformées en véritable outil d'intégration de l'offre de soins de ville au sein du système de santé

## 2. La convention, instrument d'intégration de l'offre de soins de ville au sein du système de santé

Ce n'est qu'assez récemment, que les conventions nationales ont été instrumentalisées au vu de l'intégration des professionnels de santé de ville au sein du système de santé.

---

conventions médicales de 1997 qui prévoyaient qu'en cas de dépassement de l'objectif prévisionnel d'évolution des dépenses médicales, les médecins de la catégorie concernée par le dépassement étaient collectivement redevables d'un renversement des sommes en question aux caisses d'assurance maladie.

<sup>393</sup> V. TAPIE, Jean, « Les recommandations de bonne pratique et les références, des outils à généraliser » *Dr.soc.* 1997, p. 828; MARKUS, Jean-Paul, « La faute du médecin et les bonnes pratiques médicales » *AJDA* 2005, p. 1008; SAVONITTO, Florian, « Les recommandations de bonne pratique de la Haute autorité de santé », *RFDA* 2012, p. 471, KRZISCH, Delphine, « Force normative et efficacité des recommandations de bonne pratique en matière médicale » *RDSS* 2014, p. 1087; MASCRET, Caroline, « Les recommandations des autorités sanitaires : quelle valeur juridique? » *JDSAM* 2005 n°3, p. 20.

<sup>394</sup> Art. L. 162-12-15 du CSS.

<sup>395</sup> V. Art. L. 162-5-2 du CSS en ce qui concerne les médecins; ATIAS, Christian, « Les références médicales opposables : révolution ou continuité? », *Dr.soc.* 1995, p. 21.

<sup>396</sup> V. HAS, « Méthodes d'élaboration des recommandations de bonne pratique ».



En ce sens, ces conventions ont pu intégrer des mesures incitatives, voire coercitives, afin de favoriser l'installation des professionnels de santé libéraux dans les zones déficitaires en termes d'offre de soins ou caractérisées par des difficultés dans l'accès aux soins<sup>397</sup>. A ce titre, la dernière convention médicale du 25 août 2016<sup>398</sup> prévoit, dans ses articles 4 à 9, différents dispositifs contractuels d'incitation à l'installation et au maintien des médecins dans des zones d'exercice sous-médicalisées<sup>399</sup>.

Par ailleurs, depuis la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie, il est devenu possible d'intégrer, dans le cadre des conventions nationales, des mesures de mise en œuvre de la politique de coordination de soins à l'égard des professionnels de santé de ville. Cette politique conventionnelle s'appuie essentiellement sur les dispositifs du médecin traitant<sup>400</sup> et du médecin correspondant, ainsi que sur la structuration d'un parcours de soins coordonnés des patients à l'appui d'un dossier médical partagé.

Comme il a été démontré, dans le contexte français, l'Etat ne dispose originellement que d'une emprise relativement faible sur l'organisation et le contrôle des offreurs de soins de ville. En effet, dans ce domaine, une place prioritaire a été donnée aux ordres professionnels, aux organismes d'assurance maladie et aux instruments de régulation de type contractuel et incitatif. Le rôle des syndicats dans la protection des intérêts des professionnels de santé libéraux face aux pouvoirs publics est également très important. Or, le recours à la notion de service public à l'égard des offreurs de soins de ville semble également difficilement envisageable au regard de certains des principes de l'exercice libéral des professions de santé qui ont acquis un poids considérable en droit français.

## **Section 2. Le poids des principes fondamentaux d'exercice libéral des professions de santé de ville**

La notion de service public en droit français a déjà pu être conçue comme un vecteur potentiel de restrictions des libertés, et notamment des libertés économiques, en raison de

---

<sup>397</sup> V. Art. L. 162-14-1-4° du CSS. GINON, Anne-Sophie. « Le jeu du conventionnement : effets paradoxaux et difficultés juridiques », in *Journal d'économie médicale*, vol.27, n° 4, 2009, pp. 211.

<sup>398</sup> Approuvée par arrêté du 20 octobre 2016, JO, 23 oct. 2016, texte n°10.

<sup>399</sup> V. *supra*, p. 148.

<sup>400</sup> Le dispositif du médecin traitant a été introduit par la loi n°2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie et par la convention médicale conclue le 12 janvier 2005 ; V. art. L. 162-5-3 du CSS.

l'aptitude de cette notion de déclencher et de justifier l'application d'un régime juridique de contrainte et de sujétion aux activités privées contribuant à la satisfaction de l'intérêt général<sup>401</sup>.

Or, comme cela a été précisé, dans le domaine de la santé, les soins sanitaires de ville sont essentiellement assurés par des professionnels de santé ayant un statut libéral. Ce statut libéral implique ainsi que l'activité de soins s'effectue dans le respect de certaines libertés, conçues dans l'intérêt des patients, mais aussi des professionnels de santé, et auxquelles les pouvoirs publics ne devraient pas porter atteinte. Le poids acquis par certaines de ces libertés en droit français constitue également un facteur primordial explicatif de l'absence initiale d'intégration des services de santé de ville dans le champ de la notion de service public.

Les principes fondamentaux d'exercice libéral des professions de santé sont originellement propres aux médecins libéraux. Ces principes ont été énoncés pour la première fois dans la Charte de la médecine libérale de 1927 pour signifier l'opposition de la profession à son intégration au sein du système d'assurances sociales. Ces principes ont été par la suite repris dans le premier Code de déontologie médicale<sup>402</sup>. En 1971, au moment de la création des conventions médicales nationales, un certain nombre de « principes déontologiques fondamentaux » ont été codifiés dans le Code de la sécurité sociale et leur respect est encore censé garantir « la liberté d'exercice et l'indépendance professionnelle et morale des médecins. » Ce sont les principes du libre choix du médecin par le malade, de la liberté de prescription du médecin, du secret professionnel, du paiement direct des honoraires par le malade et de la liberté d'installation du médecin<sup>403</sup>. En droit français, le poids de ces différents principes est surtout perceptible à l'égard des médecins libéraux, mais ce sont, en réalité, tous les professionnels de santé libéraux qui ont forgé leur identité collective sur la base de ces principes.

Par ailleurs, la doctrine juridique avait insisté sur la possibilité de distinguer les principes composant la catégorie générique de principes fondamentaux de la médecine libérale au sein de deux sous-catégories<sup>404</sup>.

En ce sens, certains de ces principes pouvaient s'entendre comme des garanties déontologiques, voire comme des droits pour les patients. En effet, ces principes ne sont pas

---

<sup>401</sup> DEVOLVE, Pierre, « Service public et libertés publiques », *op.cit.*

<sup>402</sup> Décret n° 47-1169 du 27 juin 1947 portant code de déontologie médicale, JO du 28 juin 1947, p. 5993.

<sup>403</sup> Art. L. 162-2 du CSS.

<sup>404</sup> EVIN, Claude, *Les droits des usagers du système de santé*, *op.cit.*, p. 139 et s., DUBOUIS, Louis, « La réforme de la médecine libérale : le statut des médecins », *RDSS*, 1996, p. 743.

attachés au mode libéral d'exercice de la profession médicale, mais à la liberté déontologique qui est propre à tous les médecins. Leur existence est ainsi nécessaire pour garantir la qualité de la prise en charge des patients. Il s'agit ici du principe de libre choix du médecin par le malade, du secret professionnel et, d'une certaine mesure, de la liberté de prescription.

Or, il existe également certains principes constitutifs de prérogatives pour les médecins libéraux et qui sont ainsi très étroitement liés au mode libéral d'exercice de la profession. Il s'agit ici de tous les principes qui entourent la rémunération du médecin libéral, ainsi que du principe de la liberté d'installation. Paradoxalement, au lieu de s'appliquer dans l'intérêt des patients et des assurés sociaux, ces principes peuvent être une source potentielle d'inégalités dans l'accès aux soins.

Il faut souligner en ce sens, que pendant longtemps il existait une convergence des principes de l'exercice libéral des professions de santé dans un sens conforme à leur statut indépendant (§1). Cependant, actuellement, la tendance dominante est celle de l'altération progressive de ces principes dans un sens plus respectueux des exigences du principe constitutionnel de protection de la santé de la population (§2). L'examen de ces idées va se concrétiser essentiellement autour de l'exemple des médecins libéraux, dans la mesure où c'est pour ces derniers que le poids des principes présentés est resté le plus tangible.

### ***§1. La convergence initiale des principes d'exercice libéral des professions de santé***

Dans leur conception classique, les principes de l'exercice libéral des professions de santé apparaissent comme un obstacle solide à la mise en place d'une logique de service public dans le domaine des soins sanitaires de ville. Ainsi, si la notion de service public implique une accessibilité financière des soins prodigués aux usagers, les principes fondamentaux relatifs à la rémunération des professionnels de santé libéraux sont censés garantir à ces derniers une liberté sur le plan économique (A). De la même manière, si la notion de service public implique la proximité et l'accessibilité géographique des soins au profit des usagers, le principe de la liberté d'installation est censé garantir aux professionnels de santé la faculté de choisir librement le lieu géographique d'exercice de leur activité (B).

A. Les principes relatifs à la rémunération des professionnels de santé libéraux, source potentielle d'inégalités financières dans l'accès aux soins

Il faut souligner ici que l'activité de soins de santé, et en particulier l'activité médicale, n'est pas une activité exercée à titre gratuit. Ainsi, malgré sa spécificité, qui implique que la recherche d'un profit ne peut être conçue comme son but essentiel, cette activité présente néanmoins un caractère lucratif. Cela signifie que tous les professionnels de santé sont rémunérés pour l'exercice de leur activité de soins.

En médecine libérale, le principe est que le praticien perçoit des honoraires de la part de ses patients. Sur le plan juridique, il existe une véritable obligation de rémunération des soins par le patient qui résulte de l'arrêt *Mercier* rendu par la Cour de Cassation en 1936<sup>405</sup>. Dans cet arrêt, la juridiction suprême de l'ordre judiciaire avait posé le principe de la nature contractuelle de la relation entre le médecin exerçant à titre libéral et son patient. En ce sens, le contrat médical en question comporte pour le médecin une obligation de donner à son patient des soins de qualité et, pour le patient, de rémunérer les soins prodigués. Le contrat médical se présente ainsi comme un contrat synallagmatique qui est généralement conclu à titre onéreux.

Or, en droit français, il existe classiquement trois grands principes fondamentaux qui se rapportent à la rémunération des médecins libéraux : le principe de l'entente directe sur les honoraires(1), le principe du paiement direct par le patient(2) et principe du paiement à l'acte(3)<sup>406</sup>.

1. Le principe d'entente directe sur les honoraires

Le principe de l'entente directe sur les honoraires apparaît comme inhérent à l'exercice libéral de la médecine et au colloque singulier entre le médecin et le patient. Ce principe devrait signifier théoriquement que le médecin et le patient s'accorderaient

---

<sup>405</sup> Cass. civ., 20 mai 1936, *Epoux Mercier*. V. VIALLA, François (dir.), *Les grandes décisions de droit médical*, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2014, p. 410 et s.

<sup>406</sup> V. HARICHAUX, Michèle, *La rémunération du médecin*, Paris, Economica, 1979; MELENNEC, (L.), DORSNER-DOLIVET, (A.), « Les honoraires médicaux », in MELENNEC, Louis (dir.) *Traité de droit médical* t. V, Paris, Maloine, 1981 ; DE KERVASDOUE, Jean (dir.), *Le revenu des professions de santé, carnet de santé de la France*, Paris, Economica, 2014 ; MARIE, Romain, « Les évolutions à l'œuvre en matière de rémunération des médecins libéraux », *Dr.soc.* 2012, p.517.

mutuellement sur le montant des honoraires en contrepartie des soins donnés. Cependant, conformément à la logique du paternalisme médical, il implique, en réalité, que le médecin fixe unilatéralement le montant de ses honoraires, sans négociation préalable avec le patient, mais en tenant compte de certains critères comme le temps de prise en charge, la complexité du soin, voire la fortune du patient<sup>407</sup>. Le principe de l'entente directe sur les honoraires induisait ainsi l'existence d'une véritable liberté tarifaire au profit des médecins libéraux. Cependant, un certain nombre de garanties pour le patient ont été prévues en la matière.

Ainsi les professionnels de santé libéraux sont tenus par une obligation légale d'information sur leurs honoraires. C'est l'article L. 1111-3 du Code de la santé publique, qui prévoit que le patient doit être informé par le professionnel avant l'exécution de l'acte de soins du coût de cet acte, ainsi que des conditions de son remboursement. De même, toutes les renseignements relatifs aux honoraires, y compris aux dépassements susceptibles d'être facturés, doivent être affichés dans la salle d'attente ou, à défaut, dans le lieu d'exercice du praticien<sup>408</sup>. Par ailleurs, les honoraires fixés par le professionnel de santé peuvent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel.

Classiquement, le principe de l'entente directe sur les honoraires a été présenté comme une garantie de qualité et de responsabilité professionnelle dans l'exécution de l'activité de soins, ainsi que comme une condition essentielle de la confiance du patient à son praticien. Cependant, ce principe est également apparu comme un freine à la généralisation du financement des frais de santé de la population par l'assurance maladie. En effet, c'est au nom de ce principe que pendant longtemps les médecins libéraux ont refusé d'appliquer tout tarif préalablement déterminé par un tiers à la relation médicale.

L'entente directe sur les honoraires figure parmi les principes énoncés dans la Charte de la médecine libérale de 1927. Aujourd'hui, pour autant, ce principe n'est consacré dans aucun texte de droit positif français. Il n'a pas été repris par l'article L. 162-2 du Code de la sécurité sociale. Cette absence de consécration textuelle s'explique par l'entrée en vigueur, en 1971, du système conventionnel national pour les médecins libéraux, qui a fortement relativisé la force juridique du principe d'entente directe sur les honoraires médicaux<sup>409</sup>.

---

<sup>407</sup> V. SAVATIER, René et al., *Traité du droit médical*, Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1956, p. 327 et s.

<sup>408</sup> V. Art. R. 1111-21 à R. 1111-25 du CSP qui précise les conditions d'exécution de l'obligation d'information sur les honoraires des professionnels de santé.

<sup>409</sup> V. *supra*, p. 118 et s.

Au principe de l'entente directe sur les honoraires s'ajoute le principe du paiement direct des honoraires.

## 2. Le principe du paiement direct des honoraires par le patient

Le principe du paiement direct des honoraires par le patient signifie, concrètement, qu'il appartient au patient de payer directement au médecin les honoraires demandés pour les soins reçus. Ce sont par la suite les organismes de l'assurance maladie obligatoire et complémentaire qui devraient rembourser aux patients les frais de santé engagés.

Le principe du paiement direct des honoraires s'oppose au mécanisme du tiers payant, qui a pour objet de dispenser les assurés sociaux de l'avance des frais. Ce mécanisme implique que le praticien reçoit directement la part remboursable de la dépense de la part de la caisse d'assurance maladie ou d'un autre organisme tiers se substituant au patient. Il existe en effet deux grands obstacles classiquement invoqués pour réfuter l'application de ce mécanisme en droit français. Le premier obstacle est d'ordre idéologique et consiste en l'atteinte qui porterait le tiers payant à l'autonomie des professionnels de santé libéraux, ainsi qu'à la nature individuelle du rapport entre le médecin et son patient<sup>410</sup>. Le deuxième obstacle est d'ordre économique et concerne le caractère « inflationniste » de ce procédé, qui est ainsi susceptible de générer une hausse de la consommation des soins de santé au-delà de ce qui implique le besoin réel de santé<sup>411</sup>. Cependant, à l'image du principe de l'entente directe sur les honoraires, le principe du paiement direct des honoraires constitue un frein potentiel à l'accès financier aux soins de santé à l'égard de certains patients en raison de la dispense directe des frais qui leur sera demandée.

Le principe du paiement direct des honoraires a été énoncé dans la Charte de la médecine libérale du 30 novembre 1927. Par ailleurs, à la différence du principe de l'entente directe sur les honoraires, il n'a pas été rendu caduc par l'entrée en vigueur du système conventionnel national. Ainsi, il se trouve codifié à l'article L. 162-2 du Code de la sécurité sociale comme l'un des principes fondamentaux de la médecine libérale. De même, il a été systématiquement réaffirmé comme mode de paiement des honoraires médicaux par les différentes conventions médicales.

---

<sup>410</sup> Pour autant, le tiers payant est pratiqué par la plus grande partie des professionnels de santé libéraux comme les pharmaciens, les infirmiers, les dentistes, les pédicures-podologues.

<sup>411</sup> V. TABUTEAU, Didier, « Le tabou du tiers payant » in *Dr.soc.* 1992, p. 125.

Le dernier principe qui complète la catégorie des principes classiques relatifs à la rémunération des professionnels de santé libéraux est le principe du paiement à l'acte.

### 3. Le principe de paiement à l'acte

Le paiement à l'acte est un mode de rémunération en vertu duquel le médecin reçoit une contrepartie financière pour tout acte médical qu'il peut être amené à accomplir sur son patient. Il existe ainsi une série d'actes médicaux qui peuvent donner lieu à un paiement, comme c'est le cas de la consultation médicale et de l'ensemble d'actes médicaux techniques. Le montant de la rémunération est déterminé, pour chaque acte effectué, soit sur la base des tarifs conventionnels, soit librement par le médecin lui-même. A l'image des principes de l'entente directe sur les honoraires et du paiement direct des honoraires, le paiement à l'acte peut être présenté comme le « symbole d'un exercice libéral et indépendant de la médecine. »<sup>412</sup> Il est souvent considéré comme le corolaire du paiement direct et comme la « suite naturelle »<sup>413</sup> de l'entente directe.

Cependant, le paiement à l'acte n'est formellement énoncé ni par la Charte de la médecine libérale de 1927, ni par l'article L. 162-2 du Code de la Sécurité sociale. Néanmoins, les conventions médicales rappellent systématiquement ce principe dans le cadre conventionnel en le qualifiant comme « principe fondateur de la médecine libérale. »<sup>414</sup>

En effet, le paiement à l'acte constitue le mode de rémunération le plus classique lorsque la profession médicale est exercée à titre libéral. Il existe traditionnellement deux autres modes de rémunération qui peuvent être retenus à l'égard des professionnels de santé<sup>415</sup>. Le premier est le paiement à la capitation, qui consiste en une rémunération forfaitaire per capita, octroyée essentiellement en fonction du nombre des patients inscrits auprès du praticien et éventuellement de leurs caractéristiques sociodémographiques. Ce mode de rémunération prend essentiellement en compte le service global rendu au patient par le praticien et s'inscrit dans une durée prolongée. Il est caractéristique pour la Grande Bretagne et les pays de l'Europe de Nord ayant opté pour un système national de santé de type

---

<sup>412</sup> HARICHAUX, Michèle, *La rémunération du médecin*, *op.cit.*

<sup>413</sup> MELENNEC, Louis, DORSNER-DOLIVET, (A.), « Les honoraires médicaux », *op.cit.*, p. 20

<sup>414</sup> V. art. 26 de la convention nationale du 26 août 2016.

<sup>415</sup> DE KERVASDOUE, Jean, *Le revenu des professions de santé, carnet de santé de la France*, *op.cit.*, p.13 et s. ; PARIS, Valérie, DEVAUX, Marion, « Les modes de rémunération des médecins des pays de l'OCDE » in *Les tribunes de la santé*, 2013/3 n°40, p.45-52.

« beveridgien. » Le deuxième mode de rémunération est le salaire, qui consiste à verser mensuellement au praticien une somme forfaitaire en fonction, non pas du volume de son activité, mais du nombre d'heures travaillées, ainsi que de sa qualification. C'est ce mode de paiement qui a été retenu en droit français pour les médecins pratiquant son activité au sein des établissements publics de santé. Il s'agit ainsi de l'un des critères qui distinguent les médecins hospitaliers des médecins exerçant la profession à titre libéral.

Cependant, le principe du paiement à l'acte se trouve actuellement fragilisé face aux nouveaux défis du système de santé. Ainsi, de point de vue économique, ce type de rémunération s'accorde mal avec l'objectif de maîtrise des dépenses de santé de ville puisqu'il est susceptible de générer une très forte augmentation des actes médicaux pratiqués. Le paiement à l'acte pourrait en ce sens conduire à un phénomène de demande de soins induite. De la même manière, autre faiblesse de ce type de paiement est qu'il conduit à privilégier les soins de santé de type curatif, sans prendre suffisamment en considération les soins de prévention, ainsi que la prise en charge des maladies chroniques qui sont mieux valorisées dans le cadre des rémunérations de type forfaitaire.

Outre les principes relatifs à la rémunération des professionnels de santé libéraux, le principe de la liberté d'installation, qui existe pour ces professionnels, constitue également un obstacle classique à l'intégration des soins de santé de ville dans le champ de la notion de service public en matière de santé.

#### B. La liberté d'installation des professionnels de santé libéraux, source potentielle des inégalités territoriales dans l'accès aux soins

Caractéristique pour les professions libérales, la liberté d'installation des professionnels de santé implique « le choix en toute indépendance du lieu d'implantation de l'activité.»<sup>416</sup>

Il est par ailleurs possible d'attacher la liberté d'installation à certains principes de valeur supra législative. Elle apparaît ainsi comme la prolongation naturelle de la liberté d'entreprendre ayant une valeur constitutionnelle dans l'ordre juridique français<sup>417</sup>. De la

---

<sup>416</sup> ROUSSET, Guillaume, « Ambulatoire et soins de ville : comment favoriser la déambulation croisée du patient et du professionnel de santé libéral » *RDSS* n°HS 2016, p.111.

<sup>417</sup> Cons.Const., 16 janv.1982, *Loi de nationalisation*, n° 81-132 DC.



même manière, elle s'inscrit dans le champ de la liberté d'établissement, qui est garantie dans l'ordre juridique de l'Union Européenne pour l'installation et l'exercice des activités non-salariés sur le territoire de l'Union<sup>418</sup>. Pour autant, la liberté d'installation des professionnels de santé n'a pas en elle-même une valeur supra législative.

Pour ce qui est des médecins libéraux, cette liberté figure à l'article L. 162-2 du Code de la sécurité sociale faisant ainsi partie du bloc des principes déontologiques fondamentaux de la médecine libérale. Plus récemment, sa valeur juridique a été renforcée par la loi Fourcade du 10 août 2011<sup>419</sup>. En effet, depuis l'entrée en vigueur de cette loi, la liberté d'installation est désormais codifiée dans le Code de la santé publique dont l'article L. 1434-3 prévoit la planification des besoins en implantation pour les soins de premier et deuxième recours, tout en précisant que cette planification doit s'effectuer dans le respect de la liberté d'installation et qu'elle n'est pas opposable aux professionnels de santé libéraux.

Il faut souligner ici que l'impératif de ne pas porter atteinte à la liberté d'installation des professionnels de santé explique le défaut d'une politique coercitive de régulation de l'installation géographique des médecins en droit français. Or, ce défaut avait progressivement conduit à une répartition géographique déséquilibrée des médecins. De ce fait, ont été repérées des inégalités territoriales dans l'accès aux soins de santé dans le sens d'une variation d'accès ou d'un accès aux soins très difficile selon le lieu de résidence des individus.<sup>420</sup>

A ce titre, dans son Atlas de démographie médicale pour 2018, le Conseil national de l'ordre des médecins avait fait apparaître une tendance de diminution des médecins actifs réguliers exerçant à titre libéral de 10,87% depuis 2010<sup>421</sup>, ainsi qu'une tendance de baisse des médecins généralistes avec 7 % depuis 2010 qui devrait probablement se confirmer jusqu'en 2025<sup>422</sup>. A cela s'ajoute également la confirmation d'une mauvaise répartition territoriale des médecins qui concerne tous les niveaux du territoire, à savoir le national, le régional, mais aussi le départemental<sup>423</sup>.

---

<sup>418</sup> V. art. 49 du TFUE.

<sup>419</sup> Loi n° 2011-940 du 10 août 2011 modifiant certaines dispositions de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, JO, 11 août 2011, p. 13754.

<sup>420</sup> V. GIRER, Marion, ROUSSET, Guillaume (dir), « La lutte contre les inégalités territoriales de santé », *RGDM* 2016, n°58, p. 21.

<sup>421</sup> MORGUES, Jean-Marcel (dir.), *Atlas de démographie médicale en France, situation au 1<sup>er</sup> janvier 2018*, rapport du CNOM, avril 2019, p. 110.

<sup>422</sup> *Ibid*, p.62-63.

<sup>423</sup> *Ibid*, p. 120 et s.

De la même manière, selon les données du Conseil économique social et environnemental, les zones sous-denses et les zones potentiellement à risque en termes d'accès aux soins médicaux concernent désormais 56 % de la population<sup>424</sup>. En effet, la liberté d'installation des médecins génère des installations essentiellement concentrées dans les zones urbaines du territoire qui constituent normalement des zones dans lesquels le niveau de l'offre de soins est élevé<sup>425</sup>. En revanche, les zones péri-urbaines n'attirent pas suffisamment de nouvelles installations et deviennent progressivement sous-médicalisées en raison des départs à la retraite des médecins y exerçant. Ce sont par ailleurs les zones rurales, qui restent les plus touchées par le phénomène d'insuffisance, voire d'absence de médecins et qui se trouvent menacées, en ce sens, par un véritable risque de « désertification médicale. » Ces deux dernières zones se caractérisent ainsi comme des zones où l'offre de soins est insuffisante ou où il existe des difficultés dans l'accès aux soins<sup>426</sup>.

Il faut néanmoins préciser que malgré le poids significatif des principes fondamentaux de l'exercice libéral des professions de santé en droit français, qui a pu empêcher l'intégration des services de santé de ville dans le champ de la notion de service public en 1970, la tendance observable aujourd'hui est celle d'une altération progressive de l'ensemble de ces principes.

## ***§2. L'altération progressive des principes d'exercice libéral des professions de santé***

Les principes d'exercice libéral des professions de santé sont attachés à leur statut autonome et font ainsi partie intégrante de l'identité propre à ces professions. Cependant, ces principes apparaissent comme difficilement conciliables avec le droit d'égal accès aux soins dans ses deux volets principaux, à savoir l'égal accès sur le plan financier et l'égal accès sur le plan territorial. Cela explique la démarche d'altération progressive de ces différents principes qui a été initiée sur le plan juridique. En effet, la logique d'altération concerne, tout d'abord, l'ensemble de principes relatifs à la rémunération des professionnels de santé libéraux (**A**) et, dans une moindre mesure, le principe de la liberté d'installation (**B**).

---

<sup>424</sup> CASTAIGNE, Sylvie, LASNIER, Yann, *Les déserts médicaux*, op.cit., p.9

<sup>425</sup> V. art. L. 1434-4, 2° du CSP.

<sup>426</sup> Art. L. 1434-4, 1° du CSP.

## A. L'évidement partiel des principes relatifs à la rémunération des professionnels de santé libéraux

Actuellement, le constat qui s'impose dans le domaine de la santé est celui d'un évidement partiel de tous les principes classiques relatifs à la rémunération des professionnels de santé libéraux. Cette logique a traversée respectivement le principe de l'entente directe sur les honoraires (1), le principe du paiement direct des honoraires(2) et le principe du paiement à l'acte(3).

### 1. La remise en cause du principe d'entente directe sur les honoraires

Le premier principe relatif à la rémunération des professionnels de santé libéraux, qui a été progressivement remis en cause en droit français, est le principe de l'entente directe sur les honoraires.

Cette remise en cause résulte directement de la mise en place du système du conventionnement national entre les organismes d'assurance maladie et les syndicats des professionnels de santé. Ainsi, la première convention nationale médicale de 1971<sup>427</sup> avait fixé des tarifs des honoraires opposables aux médecins pour les différents actes médicaux qu'ils pouvaient effectuer pour le compte des assurés sociaux. En ce sens, il est possible d'affirmer qu'à partir de ce moment, le principe de l'entente directe sur les honoraires s'est trouvé totalement vidé de sa substance. En effet, il n'était plus question d'une liberté tarifaire au profit des médecins libéraux puisque tous les médecins conventionnés ont désormais été liés par une nomenclature et par une tarification prédéterminée des actes médicaux

Cependant, il faut souligner que le principe de l'entente directe sur les honoraires n'a jamais complètement disparu du droit positif.

Tout d'abord, ce principe reste applicable pour tous les médecins ayant choisi de ne pas adhérer au système conventionnel et qui bénéficient de la liberté de fixer leurs honoraires avec tact et mesure. Cette dernière hypothèse reste néanmoins exceptionnelle dans les faits, dans la mesure où la plupart des médecins font partie du système conventionnel<sup>428</sup>.

---

<sup>427</sup> V. Arrête du 29 octobre 1971, JO du 31 oct. 1971, p. 10758.

Par ailleurs, les deux premières conventions nationales médicales de 1971 et de 1976 ont aménagé au profit de certains médecins conventionnés un droit au dépassement des honoraires au-delà des tarifs conventionnels. Le dépassement en question était ainsi autorisé soit de manière ponctuelle, en cas de circonstances exceptionnelles, soit de manière habituelle, en cas de qualités particulières du médecin, résultant des titres universitaires ou hospitaliers, ou en cas d'autorité médicale accrue du praticien<sup>429</sup>.

Mais c'est surtout en 1980, avec la troisième convention nationale médicale<sup>430</sup>, que le principe de l'entente directe sur les honoraires va connaître une véritable « résurgence » en droit français. Cette convention est, en effet, à l'origine de l'instauration d'un système conventionnel à deux secteurs ouverts aux médecins conventionnés. Le secteur 1 ou « secteur à honoraires opposables » regroupe ainsi tous les médecins qui s'engagent à respecter les tarifs conventionnels pour la fixation de leurs honoraires<sup>431</sup>. En revanche, le secteur 2 ou « secteur à honoraires différents » est ouvert aux médecins souhaitant fixer leurs honoraires au-delà des tarifs conventionnels. En contrepartie, les charges sociales des médecins du secteur 2 ne sont plus prises en charge par l'assurance maladie et leurs patients ne sont remboursés que sur la base des tarifs opposables<sup>432</sup>.

Cette réforme conventionnelle avait ainsi conduit à permettre aux médecins qui le souhaiteraient de fixer librement les prix de leurs prestations. En ce sens, elle a marqué le retour partiel de la liberté tarifaire des médecins libéraux en droit français. En même temps, la création de secteur à honoraires différents peut être considérée comme le signe d'un recul dans la politique de prise en charge des frais de santé des assurés sociaux par l'assurance maladie obligatoire. Par ailleurs, il faut souligner, que la part des médecins ayant choisi cette nouvelle option conventionnelle a progressé rapidement. En ce sens, en 1980, il n'y avait que 7% des médecins qui avaient opté pour le secteur 2, alors qu'en 1990, ils étaient déjà 26 % à en faire partie<sup>433</sup>. Ces données sont ainsi assez illustratives de l'importance que revêt encore le principe de l'entente directe sur les honoraires pour une grande partie des médecins qui choisissent un exercice de la médecine à titre libéral.

---

<sup>429</sup> Art. 10 de la convention nationale médicale de 1971 (arrêté du 29 octobre 1971) et art. 10 de la convention nationale médicale du 3 février 1976 (arrêté du 30 mars 1976).

<sup>430</sup> V. Arrêté du 5 juin 1980, JO, 6 juin 1980, p. 54938.

<sup>431</sup> Il existe, cependant, des hypothèses dans lesquelles les médecins du secteur à honoraires opposables peuvent pratiquer des dépassements d'honoraires et qui sont prévues dans la convention médicale : consultation en dehors du parcours de soins, circonstances exceptionnelles de temps ou de lieu dues à une exigence particulière du malade non liée à un motif médical...

<sup>432</sup> Art. 28 et art. 42 de la convention médicale du 29 mai 1980.

<sup>433</sup> TABUTEAU, Didier, « La liberté tarifaire ? », in *Dr.soc.*, 2003, p. 424.

Néanmoins, des mécanismes de régulation ont été prévus, afin que l'instauration du secteur conventionnel à honoraires différents ne se transforme pas en un frein excessif à l'accès aux soins de ville prodigués par les médecins libéraux. Un tel risque concerne notamment les personnes ayant des revenus modestes ne leur permettant pas de souscrire un contrat d'assurance maladie complémentaire afin de couvrir les dépassements d'honoraires qui pourraient leur être demandés.

Le premier mécanisme de régulation prévu en ce sens est un mécanisme conventionnel qui porte sur la limitation de l'accès des médecins libéraux au secteur à honoraires différents. Ce mécanisme a été introduit en droit français par la convention médicale du 9 mars 1990<sup>434</sup>. Actuellement, l'article 38.1.1 de la dernière convention médicale du 26 août 2016<sup>435</sup>, précise que le secteur à honoraires différents n'est ouvert aux praticiens qui s'installent à titre libéral que lorsque ceux-ci bénéficient de certains titres hospitaliers publics<sup>436</sup>. Cependant, les effets de la fermeture partielle de l'accès au secteur conventionnel 2 méritent à être nuancés. En effet, comme cela a été observé par certains auteurs<sup>437</sup>, ce dispositif a été surtout efficace à l'égard des médecins généralistes. Or, ces derniers ne choisissaient déjà que très rarement un exercice dans le cadre du secteur conventionnel 2. En revanche, le dispositif mis en place n'a pas pu valablement freiner les nouvelles installations en secteur conventionnel 2 des médecins spécialistes, dans la mesure où ces derniers disposent souvent des titres hospitaliers requis au moment où ils choisissent une installation à titre libéral. Or, ce sont également les médecins spécialistes qui ont une préférence marquée pour l'exercice conventionné de la médecine libérale, mais avec un droit au dépassement des honoraires<sup>438</sup>.

D'autres mécanismes ont pu porter sur la régulation de la fixation du montant des honoraires demandés aux patients par les praticiens autorisés de pratiquer des dépassements. En effet, la liberté tarifaire des médecins n'est pas une liberté sans limites. Ainsi, en vertu de l'article R. 4127-53 du Code de la santé publique (article 53 du Code de déontologie médicale), les honoraires médicaux doivent toujours être fixés avec « tact et mesure. »

---

<sup>434</sup> Arrêté du 27 mars 1990, JO, 30 mars 1990, p. 3882.

<sup>435</sup> Arrêté du 20 octobre 2016, JO, 23 oct. 2016, texte n° 10.

<sup>436</sup> Les titres requis sont : ancien chef de clinique des universités, ancien assistant des hôpitaux, médecin des armées, praticien hospitalier nommé à titre permanent ou praticien des hôpitaux à temps partiel comptant au minimum cinq années d'exercice.

<sup>437</sup> BRAS, Pierre-Louis, « La libérés des tarifs médicaux : la victoire des médecins spécialiste », in *Les tribunes de la santé*, 2015, n° 48, p73-92.

<sup>438</sup> Ainsi, entre 1985 et 2011, la part des médecins spécialistes exerçant en secteur 2 a augmenté de 30 % à 41,7 % et celle des médecins omnipraticiens exerçant en secteur 2 a diminué de 16 % à 10%. Par ailleurs, environ 60% des installations des médecins spécialistes s'effectuent en secteur 2 : V. Observatoire des pratiques tarifaires, *Dépassements d'honoraires 2013*, 14 mars 2014.

Cependant, le problème qui a pu être décelé par rapport à cette notion, est qu'il n'existait aucune définition précise permettant de savoir ce qui couvre objectivement «le tact et la mesure» dans la fixation des honoraires médicaux. Il n'existe, en effet, que des critères indicatifs qui sont proposés aux médecins dans la détermination du montant de leurs honoraires. En ce sens, les critères proposés par le Conseil national de l'ordre des médecins portent sur les capacités financières du patient, le temps passé et la complexité de l'acte, la notoriété du praticien, les exigences éventuelles du patient<sup>439</sup>. Quant au juge, il a admis de condamner comme contraires au tact et à la mesure les dépassements des honoraires ayant un caractère systématique<sup>440</sup> ou ceux dont le montant dépassait excessivement celui du tarif conventionnel<sup>441</sup>. La violation du tact et de la mesure dans la fixation des honoraires est susceptible d'entraîner une sanction disciplinaire pour le praticien. De la même manière, dans le cadre du régime conventionnel, sont contrôlées et peuvent être sanctionnées « les pratiques tarifaires excessives »<sup>442</sup> dont l'appréciation repose sur un certain nombre de critères, à savoir « le seuil du dépassement, la fréquence des actes avec dépassement, le taux de croissance annuelle, la variabilité des honoraires, le dépassement moyen annuel par assuré. »<sup>443</sup>

Malgré ces différents mécanismes mis en place au vu de la régulation de la liberté tarifaire des médecins libéraux, l'Inspection générale des affaires sociales, dans un rapport de 2007, avait averti sur l'existence d'un phénomène « d'augmentation importante des dépassements au cours de la dernière décennie » qui est source de difficultés financières dans l'accès aux soins dans certains territoires ou pour certains spécialistes<sup>444</sup>.

Suite à ce constat, les mesures conventionnelles de maîtrise des dépassements d'honoraires médicaux ont été renforcées par les conventions médicales de 2011<sup>445</sup> et de 2016<sup>446</sup>. Ainsi, des options conventionnelles ont été aménagées afin que les médecins pratiquant des dépassements d'honoraires s'engagent, d'une part, à ne pas dépasser un certain taux moyen pour leurs dépassements et, d'autre part, à exercer un seuil de leur activité aux

---

<sup>439</sup> V. MERCAT, Xavier, *Le tact et la mesure dans la fixation des honoraires*, Rapport, mai 1998.

<sup>440</sup> CE, 9 déc. 1994, *CPAM de Loiret*, n° 114650.

<sup>441</sup> CE, 18 févr. 1977, *Hervouet*, n° 00557.

<sup>442</sup> V. art. 85 de la convention médicale du 26 août 2016.

<sup>443</sup> MARIE, Romain, « Le dédale du contentieux des dépassements tarifaires des médecins libéraux », *RDSS*, 2016, p. 107.

<sup>444</sup> ABALLEA, Pierre et al., *Les dépassements d'honoraires médicaux*, Rapport de l'IGAS, avril 2007, Paris, La documentation française, pp. 1-7.

<sup>445</sup> L'avenant n°8 à la convention nationale du 26 juillet 2011 (arrêté du 29 novembre 2012, JO du 12 décembre 2012, texte n°21) met en place un contrat d'accès aux soins.

<sup>446</sup> V. art. 40 et s. de la convention nationale du 26 août 2016 préc., qui créent deux nouvelles options : l'option pratique tarifaire maîtrisée (OPTAM) et l'option pratique tarifaire maîtrisée chirurgie et obstétrique (OPTAM-CO).

tarifs opposables. Suite à ces nouvelles mesures, l'Assurance maladie avait enregistré, en 2017, un recul dans la pratique de dépassements des honoraires par les médecins libéraux<sup>447</sup>. Toujours est-il, que les mesures en question restent purement incitatives et qu'elles ne remettent pas en cause l'existence des deux secteurs conventionnels classiques. Elles n'aboutissent non plus à la création d'un nouveau secteur conventionnel intermédiaire entre le secteur à honoraires opposables et le secteur à honoraires différents.

Il faut conclure, par conséquent, que la liberté tarifaire et l'entente directe sur les honoraires restent des principes très fortement ancrés au sein de la tradition d'exercice libéral de la médecine en France. De ce fait, l'hypothèse d'une rupture totale avec ces principes semble difficilement envisageable en droit français.

Plus récemment, la logique d'altération des principes relatifs à la rémunération des médecins libéraux a été étendue au principe du paiement direct des honoraires.

## 2. Vers la fin du principe du paiement direct des honoraires ?

Pendant longtemps, le principe du paiement direct des honoraires a été le principe le moins touché par la logique d'évidement des différents principes relatifs à la rémunération des professionnels de santé libéraux, au moins, en ce qui concerne les médecins libéraux. Un changement drastique sur ce point a été opéré par la réforme de modernisation de notre système de santé du 26 janvier 2016 qui a officialisé en droit français le mécanisme du tiers payant, en rendant celui-ci obligatoire pour tous les soins de santé de ville.

Or, avant-même l'adoption de la loi Touraine de 2016, le principe du paiement direct des honoraires a déjà fait l'objet d'un certain nombre de dérogations légales<sup>448</sup> ou conventionnelles<sup>449</sup>. Cependant, pendant longtemps, ces exceptions sont restées ponctuelles et n'ont pas entraîné un renversement du principe du paiement direct des honoraires en droit positif. Il s'agissait, en effet, de prévoir le mécanisme du tiers payant dans deux séries de

---

<sup>447</sup> Observatoire des pratiques tarifaires, *Dépassements d'honoraires des médecins, une tendance à la baisse qui se confirme*, 29 novembre 2017.

<sup>448</sup> Le mécanisme du tiers payant a été ainsi consacré par la loi pour les bénéficiaires de la CMU et de l'AME ou encore pour les victimes d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle.

<sup>449</sup> Les dispositions conventionnelles ont organisé le tiers payant au profit des patients souffrant d'une affection de longue durée (ALD).

situations : pour les patients rencontrant des difficultés économiques pour se soigner, ainsi que pour les actes médicaux les plus coûteux<sup>450</sup>.

En 2016, l'article 83 de la loi Touraine a consacré le principe de la généralisation progressive du mécanisme du tiers payant au profit de tous les bénéficiaires de l'assurance maladie et à l'égard de tous les professionnels de santé pratiquant en ville. Il s'agit ici de l'une des mesures phares de la réforme du système de santé de 2016, destinée à faciliter l'accès aux soins de ville, mais qui conduit en même temps à une « véritable révolution de notre système de protection sociale<sup>451</sup>.» De plus, le législateur de 2016 avait entendu généraliser le mécanisme du tiers payant intégral, c'est-à-dire applicable non seulement pour la part des dépenses prises en charge par l'assurance maladie obligatoire, mais aussi pour les dépenses couvertes par les organismes d'assurance maladie complémentaire.

Cette réforme devrait ainsi conduire à priver le principe du paiement direct des honoraires de sa portée juridique, même si ce dernier reste encore formellement inscrit à l'article L. 162-2 du Code de la sécurité sociale. Cependant, la généralisation du tiers payant est une mesure fortement dénoncée par les médecins libéraux. Ce procédé est, en effet, traditionnellement combattu par ces derniers, notamment en raison du rapport de dépendance qu'il est susceptible d'induire par rapport aux organismes de l'assurance maladie obligatoire et complémentaire.

Néanmoins, il faut souligner que la généralisation du tiers-payant intégral à l'ensemble des assurés sociaux est restée un processus inachevé dans le contexte français, que ce soit sur le plan juridique, ou sur le plan plus pratique.

En ce sens, le Conseil Constitutionnel, dans sa décision de contrôle de constitutionnalité a priori de la loi Touraine de 2016, avait privé d'effet les dispositions législatives prévoyant la généralisation du tiers-payant pour les dépenses de santé couvertes par les organismes d'assurance maladie complémentaire. En effet, l'introduction du mécanisme du tiers-payant n'a pas été considérée, par le juge constitutionnel, comme contraire à la liberté d'entreprendre des médecins libéraux. En revanche, l'extension de ce mécanisme aux organismes complémentaires d'assurance maladie était censurée en raison

---

<sup>450</sup> MARIE, Romain, « La généralisation du tiers payant : entre amélioration de l'accès aux soins et défiance des médecins », *Dr.soc.* 2014, p. 847.

<sup>451</sup> RIOT, Cédric, SIAU, Bruno, « La généralisation du tiers payant : une ambition discutée », *RDS* n° 2, 2016, p. 47-51.



d'une incompétence négative commise par le législateur<sup>452</sup>. En effet, celui-ci avait prévu les modalités relatives au paiement des honoraires pris en charge par l'assurance maladie obligatoire, mais aucune disposition législative n'a pas été adoptée pour encadrer l'application du tiers-payant aux dépenses prises en charge par les organismes d'assurance maladie complémentaire<sup>453</sup>. Suite à cette décision du Conseil Constitutionnel, la généralisation du tiers payant est restée ainsi cantonnée au tiers-payant partiel, correspondant aux seules dépenses de santé remboursées par l'assurance maladie obligatoire.

De plus, la généralisation progressive du tiers-payant n'a pas été achevée dans les délais imposés en ce sens par la loi de modernisation de notre système de santé. En effet, en vertu de l'article 83 de cette loi, la généralisation en question devait être réalisée en plusieurs étapes. Ainsi, jusqu'au 31 décembre 2016, le tiers-payant devait être appliqué à l'ensemble des assurés sociaux atteints d'une affection de longue durée. En revanche, la généralisation du mécanisme au profit de tous les bénéficiaires de l'assurance maladie n'était envisagée qu'à partir du 30 novembre 2017.

Or, il faut constater que le calendrier prévu pour la mise en œuvre de la réforme du tiers-payant n'a pas pu être respecté. En ce sens, dans un rapport d'octobre 2017,<sup>454</sup> l'Inspection générale des affaires sociales avait constaté l'existence d'un frein au développement du tiers payant, malgré des progrès observés dans la pratique. Ce frein était essentiellement lié à «une confiance encore trop fragile des professionnels de santé. ». Par conséquent, un « accompagnement renforcé des professionnels de santé » a été recommandé pour que la généralisation du tiers-payant soit mise en œuvre à brève échéance pour la partie assurance maladie obligatoire. Pour ce qui est de la réalisation de l'objectif de tiers-payant complémentaire, celui-ci ne semblait pas complètement atteignable à partir de 2019.

C'est par la suite que l'article 63 de la loi du financement de la sécurité sociale pour 2018<sup>455</sup> a modifié l'article 83 de la loi de modernisation de notre système de santé, en prévoyant une obligation pour le gouvernement de remettre un nouveau calendrier de mise en

---

<sup>452</sup> Les règles relatives aux organismes d'assurance complémentaire se rattachent aux principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales qui entrent dans le champ de compétence du législateur en vertu de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958. V. Cons.Const., 13 juin 2013, *Loi relative à la sécurisation de l'emploi*, n° 2013-672 DC, cons. n°5.

<sup>453</sup> Cons. Const., 21 janvier 2016, *Loi relative à la modernisation de notre système de santé*, n°2015-727 DC, cons. n°48.

<sup>454</sup> FAUCHIER-MAGNAN, Emilie et al., *Evaluation de la généralisation du tiers-payant*, Rapport, octobre 2017.

<sup>455</sup> Loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018, JO, 31 déc.2017, texte n°1.

œuvre du tiers payant avant le 31 mars 2018 dans l'objectif de rendre ce mécanisme « généralisable. » Ce terme est nouveau et laisse, a priori, plus de marge de manœuvre aux professionnels de santé dans la mise en place du tiers payant. A la fin de 2017, l'objectif de généralisation du tiers payant n'était finalement atteint qu'au profit des patients en affection de longue durée et pour la partie d'honoraires couvertes par l'assurance maladie obligatoire, ce qui reste loin de l'ambition initiale de la loi Touraine en la matière. Dans un dernier rapport sur la question d'avril 2018, l'Inspection générale des affaires sociales avait conclu que la montée en charge de la démarche du tiers-payant intégral était prévisible sur quatre ans (2018-2021)<sup>456</sup>. Il en résulte ainsi, que malgré l'ambition du législateur de 2016, le tiers-payant ne s'est pas encore imposé comme un principe acquis et intangible en droit de la santé français<sup>457</sup>.

En ce qui concerne le principe du paiement à l'acte, il faut constater que sous l'effet de plusieurs réformes juridiques, celui-ci ne constitue plus le mode unique de rémunération des professionnels de santé libéraux.

### 3. Le développement des modes de paiement alternatifs au paiement à l'acte

La diversification des modes de rémunération des médecins libéraux est l'une des priorités de la politique d'organisation des soins de ville. En ce sens, de nouveaux modes de rémunération ont complété le paiement à l'acte, qui reste pour autant le mode principal de rémunération de la médecine de ville. La dernière convention médicale du 26 août 2016 en retient deux en particulier : la rémunération forfaitaire et la rémunération en fonction de l'atteinte d'objectifs de santé publique et d'efficience.

La rémunération forfaitaire est privilégiée dans le cadre du dispositif du médecin traitant. Le médecin traitant est censé assurer une prise en charge globale et continue de ses patients dans le cadre d'un véritable parcours de soins coordonné. Pour cette raison, il dispose de missions importantes en termes de prévention, de prise en charge de maladies chroniques, de synthèse d'informations dans le cadre du dossier médical partagé et de coordination des parcours de soins<sup>458</sup>. En ce sens, l'article 15.4.1 de la convention médicale de 2016 a créé au profit des médecins traitants un nouveau forfait « patientèle médecin traitant » pour le suivi au

---

<sup>456</sup> DEBEAUPUIS, Jean, MARTY-CHASTAN, Clémence, *Contribution au rapport au Parlement sur la mise en œuvre du tiers payant généralisable*, Rapport, mars 2018.

<sup>457</sup> RIOT, Cédric, SIAU, Bruno, « La généralisation du tiers payant : une ambition discutée », *op.cit.*

<sup>458</sup> Art. 15.1 de la Convention nationale du 26 août 2016.

longue cours des patients. Ce forfait s'est substitué, à partir du 1 janvier 2018, à une série de différents forfaits existant antérieurement<sup>459</sup>.

Autre nouveau mécanisme de rémunération des médecins libéraux, qui a été et progressivement développé, est le paiement à la performance. Il s'agit d'un mode de rémunération qui constitue en même temps un outil de maîtrise médicalisée des dépenses de santé de ville. Il permet de verser aux médecins une prime en fonction de l'atteinte des objectifs de santé publique et d'efficacité en termes de prescription. Cette nouvelle forme de rémunération est apparue pour la première fois à l'égard des médecins traitants avec le dispositif des contrats d'amélioration des pratiques individualisées (CAPI) qui a été lancé à partir de mars 2009<sup>460</sup> sur le fondement de l'article L.162-12-21 du Code de la sécurité sociale. Il s'agissait d'un contrat conclu sur la base du volontariat entre l'assurance maladie et les médecins libéraux conventionnés pour une durée de trois ans. Dans le cadre de ce contrat, une somme était versée annuellement aux praticiens en contrepartie d'un engagement en termes de suivi des patients dans le domaine du dépistage et des maladies chroniques, ainsi qu'en termes d'optimisation des prescriptions. Le paiement à la performance a été prolongé et généralisé par les conventions médicales de 2011 et de 2016 avec un nouveau mode de rémunération, qui est la rémunération sur objectifs de santé publique. Dans le cadre de la convention médicale de 2016, cette rémunération a été élargie aux médecins traitants, aux spécialistes en maladies vasculaires et en cardiologie, en gastro-entérologie et en hépatologie. Elle repose sur trois volets principaux : le suivi des pathologies chroniques, la prévention et l'efficacité<sup>461</sup>. Certains auteurs ont observé, pour autant, que ce type de rémunération induisait une forme de subordination des médecins à l'égard de l'assurance maladie et une limitation de leur autonomie de prescription et de thérapeutique<sup>462</sup>. Cependant, ce mécanisme de rémunération repose sur le volontariat des médecins et aucune sanction n'est attachée à l'inobservation des objectifs ou à l'absence de progrès dans leur mise en œuvre.

---

<sup>459</sup> suivi des assurés en affection de longue durée - ALD - et post ALD, forfait médecin traitant pour les autres patients, volet de synthèse du dossier médical dans le cadre de la rémunération sur objectifs de santé publique, majoration personnes âgées de plus de 80 ans).

<sup>460</sup> Déc. du 9 mars 2009 de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie relative à la création d'un contrat type d'amélioration des pratiques à destination des médecins libéraux conventionnés, JO, 21 avr. 2009, p. 6839.

<sup>461</sup> V. art. 27 et s. de la Convention médicale du 26 août 2016, MARIE, Romain, « Nouvelle convention médicale : quelques changements mais guère d'innovations ! » *Dr.soc.* 2017, p.71.

<sup>462</sup> MARIE, Romain, « Rémunération sur objectifs de santé publique des médecins libéraux » *RDSS* 2013, p.615; DORMONT, Brigitte, « Le paiement à la performance : contraire à l'éthique ou au service de la santé publique », in *Les tribunes de la santé*, 2013/3 n°40, p.53-61.

Les trois grands principes relatifs à la rémunération des professionnels de santé dans le cadre français ont ainsi fait l'objet d'un évidement progressif dans l'objectif de réduire leurs conséquences néfastes sur l'accessibilité financière des soins de ville, ainsi que d'adapter la rémunération de l'offre de soins de ville à certains défis actuels du système de santé, tels que la maîtrise des dépenses de santé ou encore la structuration de la prise en charge des patients autour d'un parcours de santé. Cependant, l'évidement en question reste partiel et ces trois principes conservent toujours un poids important en droit français.

Il apparaît, pour autant, beaucoup plus difficile pour les pouvoirs publics de procéder à des restrictions à la liberté d'installation des médecins libéraux.

#### B. L'altération impossible du principe de la liberté d'installation des professionnels de santé libéraux

A la différence des principes fondamentaux relatifs à la rémunération des médecins libéraux, la liberté d'installation consacrée au profit de ces derniers est restée presque immuable, impossible à remettre en cause par les pouvoirs publics. En ce sens, la plupart des limites imposées à cette liberté sont d'ordre déontologique comme c'est le cas des restrictions relatives à l'exercice sur des sites multiples<sup>463</sup>, ou encore de celles prévues pour les installations susceptibles d'aboutir à une concurrence déloyale entre confrères<sup>464</sup>.

En revanche, aucune mesure coercitive n'a pu être durablement imposée pour réguler les installations des médecins dans les zones caractérisées par une forte densité de l'offre médicale ou pour obliger des installations sur des territoires marqués par une faible densité de l'offre médicale.

Il existe ainsi, à l'heure actuelle, essentiellement des dispositifs incitatifs pour favoriser l'installation et le maintien des médecins libéraux dans les zones mentionnés à l'article L. 1434-4, 1° du Code de la santé publique. (1) Or, le faible succès de ce type de dispositifs pose la question de la perspective du recours à une régulation coercitive de l'installation territoriale des médecins libéraux dans le contexte français(2).

---

<sup>463</sup> L'article R. 4127-85 du CSP n'autorise l'exercice sur des sites distincts de la résidence professionnelle que dans deux hypothèses : lorsque le site se trouve dans un site géographique caractérisé par une carence ou insuffisance de l'offre de soins préjudiciable aux besoins des patients ou à la permanence des soins, ou lorsque les investigations et les soins du médecin nécessitent un environnement adapté, l'utilisation d'équipement particuliers, la mise en œuvre de techniques spécifiques ou la coordination de différents intervenants.

<sup>464</sup> V. Art. R. 4127-86 du CSP; art. 4127-90 du CSP.

## 1. L'exclusivité des mécanismes incitatifs de régulation territoriale de l'offre de soins de ville

Actuellement, dans le contexte français, toute la politique de régulation territoriale des installations des médecins libéraux est basée sur des mesures de type « incitation-encouragement. »

Or, ce qui est recherché par le biais des techniques incitatives est de susciter chez les médecins l'adoption d'un certain comportement (l'installation, le maintien ou l'exercice partiel de leur activité en zones déficitaires d'offre de soins médicale) auquel il s'agit d'attacher par la suite des conséquences positives (il peut s'agir des conséquences positives de type financier comme des exonérations en matière fiscale, sociale ou comme des majorations des honoraires, il peut s'agir également des aides matérielles comme la prise en charge des frais d'investissement ou de fonctionnement liés à l'activité de soins<sup>465</sup>). En revanche, le recours à l'incitation au lieu de la coercition a pour conséquence de laisser au médecin un choix quant à l'attitude à adopter et, de ce point de vue, toute technique incitative est censée préserver le principe de la liberté d'installation des professionnels de santé libéraux<sup>466</sup>.

Toujours est-il, que les mécanismes incitatifs qui existent en la matière sont nombreux et peuvent avoir soit un fondement légal, soit un fondement conventionnel.

En ce sens, la loi a mis en place des dispositifs contractuels ayant pour objet de favoriser les installations des jeunes médecins dans des zones marquées par une insuffisance de l'offre de soins. Il s'agit essentiellement du contrat du praticien territorial en médecine générale (PTMG)<sup>467</sup> et du contrat du praticien territorial en médecine ambulatoire (PTMA)<sup>468</sup>. Le premier de ces contrats est ouvert à des jeunes médecins généralistes qui, en contrepartie d'une installation en zone sous-médicalisée, obtiennent une rémunération complémentaire aux

---

<sup>465</sup> ROUSSET, Guillaume, « Entre incitation et coercition, vers la mise en place de nouveaux dispositifs de régulation de la démographie médicale » in COUTY, Edouard et al. (dir.), *La loi HPST, regards sur la réforme du système de santé*, p. 197.

<sup>466</sup> V. GINON, Anne-Sophie, « Démographie médicale et techniques juridiques d'incitation », in *Politiques et management public*, Vol 28/1 | 2011.

<sup>467</sup> Art. L. 1435-4-2 du CSP, Art. R. 1435-9-1 à R. 1435-9-16 du CSP, Arrêté du 14 août 2013 relatif au contrat type de praticien territorial de médecine générale pris en application de l'article R. 1435-9-6 du code de la santé publique.

<sup>468</sup> Art. L. 1435-4-3 du CSP, Art. R. 1435-17-1 à R. 1435-28 du CSP, Arrêté du 26 octobre 2015 relatif au contrat type relatif au contrat de praticien territorial de médecine ambulatoire, pris en application de l'article R. 1435-9-20 du code de la santé publique.

revenus liés à leur activité. Le contrat du praticien territorial en médecine ambulatoire est de création plus récente<sup>469</sup> et s'adresse à l'ensemble des médecins conventionnés (généralistes et spécialistes). La contrepartie offerte dans son cadre, pour l'installation en zone sous-médicalisée, est une rémunération forfaitaire perçue par le praticien en cas d'interruption de son activité médicale pour cause de maladie, de maternité ou de paternité.

La loi octroie également la possibilité aux collectivités territoriales et à leurs groupements d'attribuer, par le biais de conventions conclues avec les médecins intéressés, des aides destinées à favoriser les installations ou l'exercice dans les zones caractérisées par une offre de soins insuffisante ou par des difficultés dans l'accès aux soins, ainsi que des indemnités d'études et de projets professionnels pour les étudiants titulaires d'un concours en médecine s'engageant à exercer leur activité, pour une durée d'au moins de cinq ans, dans une telle zone<sup>470</sup>.

Il existe également de nombreux dispositifs incitatifs d'origine conventionnelle. La convention médicale du 25 août 2016 a ainsi mis en place quatre types de contrats auxquels les médecins conventionnés volontaires pourraient adhérer<sup>471</sup>, qui sont le contrat d'aide à l'installation des médecins en zones sous-denses<sup>472</sup>, le contrat de transition<sup>473</sup>, le contrat santé-solidarité<sup>474</sup> et le contrat de stabilisation et de coordination<sup>475</sup>.

Ces différents mécanismes incitatifs sont, pour autant, souvent critiqués à la fois par la doctrine juridique, et par les nombreux rapports rédigés sur la question. Parmi les éléments explicatifs de la faible attractivité des mesures incitatives en question, est invoquée souvent leur multitude, ainsi que l'absence de coordination dans leur attribution, ce qui conduit à une méconnaissance et à une illisibilité des dispositifs existants à l'égard des médecins susceptibles d'être intéressés. Certains auteurs ont dénoncé également l'aspect purement financier des dispositifs d'aides proposés, alors que les difficultés d'une installation au sein des zones sous dotées d'offre de soins se situeraient à un autre niveau et porteraient essentiellement sur la qualité de vie et sur les charges du travail induites par l'exercice de

---

<sup>469</sup> Art. 54-I de la loi n° 2014-1554 du 22 décembre 2014 de financement de la sécurité sociale pour 2015, JO, 24 déc. 2014, p. 21748.

<sup>470</sup> Art. L. 1511-8 du CGCT, Art. R. 1511-44 et R. 1511-45 du CGCT ; art. R. 1511-52 à R. 1511-56 du CGCT

<sup>471</sup> V. MARIE, Romain, « Nouvelle convention médicale : quelques changements mais guère d'innovations ! », *op.cit.*

<sup>472</sup> Art. 4 de la Convention médicale du 25 août 2016.

<sup>473</sup> Art. 5 de la Convention médicale du 25 août 2016.

<sup>474</sup> Art. 7 de la Convention médicale du 25 août 2016.

<sup>475</sup> Art. 6 de la Convention médicale du 25 août 2016.

l'activité médicale sur ces zones du territoire concernées<sup>476</sup>. La Cour des comptes avait conclu de sa part, que les politiques existantes étaient « notoirement insuffisantes et coûteuses au regard des faibles résultats obtenus. »<sup>477</sup>

Au vu de ce constat, la perspective de l'instauration d'une régulation coercitive des installations territoriales des médecins mérite d'être examinée.

## 2. La perspective écartée de mise en place de mécanismes coercitifs de régulation territoriale de l'offre de soins de ville

De nombreuses propositions apparaissent en faveur de l'adoption, en droit français, de mesures coercitives afin de réguler les installations des médecins libéraux sur le territoire. Par ailleurs, de nombreux pays européens se sont engagés sur cette voie, au moins, en ce qui concerne les installations des médecins conventionnés<sup>478</sup>.

Il faut souligner ainsi qu'il n'existe aucun obstacle juridique à une éventuelle restriction de la liberté d'installation des médecins. En ce sens, la liberté d'entreprendre et liberté d'établissement peuvent faire l'objet de limites légales, à condition que ces limites soient justifiées par des motifs d'intérêt général et qu'elles soient proportionnées à l'objectif poursuivi par leur aménagement. En ce sens, l'un des motifs susceptibles de justifier les restrictions apportées à la liberté d'installation des professionnels de santé est l'impératif de protection de la santé publique qui implique l'organisation, par les collectivités publiques, d'un système de santé dans l'objectif d'assurer l'égal accès aux soins au profit de leurs populations. A ce titre, la Cour de justice de l'Union Européenne avait systématiquement admis la validité des entraves apportées à la liberté d'établissements des professionnels de santé libéraux qui pourraient être apportées dans le cadre du processus de l'organisation territoriale de l'offre de soins par les Etats membres.

Certains rapports ont préconisé, en ce sens, la mise en place d'un conventionnement sélectif des médecins, à l'image de ce qui existe déjà pour certains professionnels de santé

---

<sup>476</sup> ROUSSET, Guillaume, « Ambulatoire et soins de ville : comment favoriser la déambulation croisée du patient et du professionnel de santé libéral », op.cit.

<sup>477</sup> Cour des comptes, *L'avenir de l'assurance maladie, assurer l'efficacité des dépenses, responsabiliser les acteurs*, Rapport 2017, Synthèse, p.18.

<sup>478</sup> Selon une étude du Sénat français des pays comme l'Autriche, l'Autriche, l'Angleterre et la Suisse restreignent la liberté d'installation des médecins conventionnés. V. Senat, *La démographie médicale, étude de législation comparée n°185*, mai 2008.

libéraux comme les infirmiers<sup>479</sup> et les sages-femmes<sup>480</sup>. Ainsi, dans un rapport du décembre 2017, le Conseil économique social et environnemental avait émis la proposition de réguler les installations en secteur conventionnel 2 des spécialistes de deuxième recours dans les zones sur-denses en offre de soins médicaux, en conditionnant leur conventionnement à la réalisation de consultations avancées et régulières en zones sous-denses<sup>481</sup>. Par ailleurs, dans son rapport de 2017, la Cour des comptes avait proposé une mesure plus restrictive de la liberté d'installation des médecins. Selon la Cour des comptes, il s'agissait de conditionner le conventionnement des médecins libéraux avec l'assurance maladie à l'exécution d'une obligation d'exercice, sans possibilité de dépassements d'honoraires, dans des zones où des manques de professionnels de santé sont avérés.

Une autre proposition,<sup>482</sup> qui a pu être émise, consiste dans l'instauration d'un *numerus clausus* à l'installation des médecins sur le territoire, notamment des médecins généralistes, ce qui impliquerait ainsi le passage à une régulation des installations des médecins libéraux de type administratif, à l'image de celle qui existe, en droit français, pour les pharmaciens officinales<sup>483</sup>.

Toutefois, l'hypothèse de la régulation coercitive de l'installation territoriale des médecins libéraux continue à être écartée dans le contexte français. En effet, le plus grand risque lié à l'introduction d'un tel dispositif, serait le risque de désaffectation par les jeunes médecins de l'exercice libéral de la profession médicale et, notamment, de la spécialité de la médecine générale, qui connaît déjà une baisse significative en termes d'effectifs. Or, les soins de villes fournis par les médecins généralistes ont une importance fondamentale au sein du système de santé, dans la mesure où ils sont censés garantir aux usagers à la fois un accès aux soins de base proposés par le système de santé, mais aussi, assurer au profit de celui-ci la coordination de son parcours de santé au sein du système en question.

---

<sup>479</sup> Dans les zones sur-dotées en offre de soins infirmiers, l'accès au conventionnement d'une infirmière ne peut intervenir que si une autre infirmière cesse son activité définitivement dans la même zone (art. 2.2.1 de la convention nationale des infirmiers du 22 juin 2007, consolidée le 20 mars 2014).

<sup>480</sup> Un conventionnement est accordé à une sage-femme dans une zone sur-dotée en offre de soins de sages-femmes uniquement si une autre sage-femme a préalablement mis fin à son activité conventionnée dans la même zone (art. 3.3.2 de la Convention nationale des sages-femmes signée le 11 novembre 2007 et tacitement renouvelée par un avenant n° 4 conclu le 29 mai 2018).

<sup>481</sup> CASTAIGNE, Sylvie, LASNIER, Yann, *Les déserts médicaux, op.cit.*, p.21

<sup>482</sup> A propos d'une proposition de loi en ce sens : V. ROUSSET, Guillaume, « Vers une régulation coercitive de l'installation des médecins ? - À propos de la proposition de loi n° 2597 visant à lutter contre les déserts médicaux », *JCP A* 2015, act., 311.

<sup>483</sup> Art. L. 5125-3 et s. du CSP.



Malgré la démarche initiale d'exclusion des soins de santé de ville du champ de la notion de service public en matière de santé, progressivement est apparue une nécessité d'intégrer ce type de services au sein d'un système de santé, où l'offre de soins est mieux coordonnée. En ce sens, des tentatives ont été initiées à recourir à la notion de service public au vu de la réalisation de cet objectif. Cependant, les tentatives contemporaines en ce sens ont échoué, ce qui vient d'illustrer à nouveau les difficultés qui existent pour intégrer l'offre de soins de ville au sein du système de santé par le biais de la notion de service public.



## **Chapitre 2 - L'échec des tentatives fondées sur la notion de service public d'intégration des services de santé de ville dans le système de santé**

A partir des années 2000, on assiste à l'émergence d'une volonté plus marquée de la part des pouvoirs publics d'assurer une meilleure intégration des soins de santé de ville au sein du système de santé.

En effet, cette intégration est apparue comme une démarche indispensable face à un processus de transformation de la demande de santé, qui apparaît comme le résultat d'un double phénomène sur le plan sociodémographique et sur le plan de santé publique : le phénomène de transition démographique, d'une part, et le phénomène de transition épidémiologique d'autre part. Ces deux phénomènes apparaissent ainsi comme conséquences des progrès thérapeutiques qui ont permis un allongement de la durée de vie des personnes.

Le phénomène de transition démographique peut se définir comme le « passage d'une population caractérisée par une forte natalité et une forte mortalité à une population caractérisée par une faible natalité et une faible mortalité. »<sup>484</sup> Ce qui est plus important, c'est que parmi les effets de la transition démographique, on assiste à un vieillissement de la population, qui touche essentiellement les pays développés sur le plan économique, parmi lesquels on trouve notamment les pays européens. Pour ce qui est de la transition épidémiologique, elle se caractérise par une augmentation continue de la prévalence des maladies chroniques au sein de la population, qui deviennent ainsi la principale cause de mortalité au niveau national,<sup>485</sup> prenant progressivement la place des pathologies aiguës et notamment des maladies infectieuses<sup>486</sup>.

Sur le plan pathologique, les maladies chroniques se caractérisent par leur caractère durable et évolutif. Ainsi, elles ne guérissent pas spontanément et sont rarement curables. De plus, les maladies chroniques sont le plus souvent des maladies non transmissibles (cancer,

---

<sup>484</sup> Source : dictionnaire Larousse.

<sup>485</sup> Selon les données de l'OMS, en 2008, les maladies chroniques sont responsables de 63 % des décès au niveau mondial. Selon le dernier rapport de la DREES sur l'état de santé de la population en France, en 2013 53,9% de l'ensemble des décès en France, tous sexes confondus, sont dus aux tumeurs et aux maladies de l'appareil circulatoire, V. DREES, *L'état de santé de la population en France*, Rapport, 2017, p. 96 et s.

<sup>486</sup> CHAMBAUD, Laurent, « Le système de santé français à l'épreuve des transitions », *LNRSS* 2016, pp. 157-170.

maladies cardio-vasculaires, diabète), même si certaines maladies transmissibles peuvent acquérir un caractère chronique chez la personne malade (hépatite, VIH). En France, les maladies chroniques sont non seulement la première cause de décès, mais également la source principale de dépenses de santé<sup>487</sup>.

Le vieillissement de la population, l'essor des maladies chroniques, voire des polyopathologies constituent ainsi un défi important pour les systèmes de santé contemporains, auxquels ces derniers sont tenus de s'adapter sur le plan organisationnel. Cependant, le système de santé français apparaît comme particulièrement inadapté pour faire face à ces évolutions, en raison de son organisation axée autour de l'hôpital, ainsi que du caractère cloisonné de son pilotage et, par conséquent, de l'organisation de l'offre de soins.

Dans ce contexte, les soins de santé de ville apparaissent comme de plus en plus indispensables pour la satisfaction de l'intérêt général dans le domaine de la santé, en raison de leur place primordiale dans le cadre de la prise en charge des personnes atteintes par des maladies chroniques. En ce sens, un autre impératif devant le système de santé français est le décroisement entre les différentes branches de l'offre de soins (les soins de santé de ville et les soins de santé hospitaliers), dans l'objectif d'assurer un parcours de soins personnalisé et coordonné des personnes atteintes par les maladies chroniques dont la prise en charge nécessite souvent la succession de périodes de prise en charge sous forme ambulatoire par les professionnels de santé de ville et sous forme d'hospitalisation par les établissements de santé. La coordination entre tous les offreurs de soins de santé est donc un objectif primordial pour éviter les ruptures dans la prise en charge des patients.

La notion de service public fait partie des techniques mobilisées pour atteindre l'objectif d'une meilleure intégration des professionnels de santé de ville au sein du système de santé.

Cependant, les différentes tentatives, initiées par les pouvoirs publics pour intégrer les services de santé de ville dans le fonctionnement du système de santé, voire pour fonder l'organisation de ce type de services sur la notion de service public, peuvent être présentées comme inabouties et infructueuses. En ce sens, il apparaît que lorsque la notion de service public est utilisée à l'égard de l'offre de soins de ville, son utilisation est toujours associée à des mécanismes incitatifs pour susciter l'implication des offreurs de soins de ville, dont la

---

<sup>487</sup> V. JAFFIOL, Claude, GODEAU, Pierre, GROSBOIS, Bernard, *Prise en charge des maladies chroniques, redéfinir et valoriser le rôle du médecin généraliste*, Rapport de l'Académie nationale de la médecine, 2016, p. 2.

participation aux dispositifs de service public mis en place repose ainsi sur le principe du volontariat. Il en résulte ainsi une dénaturation de la notion de service public, qui lui fait perdre une grande partie de son opérationnalité en tant que mécanisme d'intégration des services de santé de ville au sein du système de santé. De la même manière, l'échec des tentatives de fonder l'organisation de l'offre de soins de ville sur la notion de service public a permis de constater la persistance, dans le contexte français, d'une très forte opposition des professionnels de santé de ville au recours de la notion de service public dans le domaine de la santé. Cela conduit ainsi à un rejet systématique de cette notion, qui est classiquement considérée comme une menace pour l'indépendance des offreurs de soins libéraux au sein du système de santé français.

Il s'agit, en ce sens, d'examiner les défaillances de la technique de recours ponctuel à la notion de service public à l'égard de l'offre de soins de ville (**Section 1**), ainsi que l'échec des tentatives de fonder l'organisation des services de santé de ville sur la notion de service public (**Section 2**).

## **Section 1. La technique de recours ponctuel à la notion de service public dans le domaine de l'offre de soins de ville**

La première technique d'intégration des professionnels de santé de ville au sein du système de santé par le biais de la notion de service public est une technique relativement souple qui consiste en un recours ponctuel à cette notion.

Il existe en particulier deux sphères de l'activité de soins de ville, qui ont progressivement acquis une importance fondamentale pour la satisfaction de l'intérêt général dans le domaine de la santé. Or, parallèlement est apparu un phénomène de désistement de la part des professionnels de santé de ville dans la prise en charge de ces activités.

En ce sens, le recours à la notion de service public a été envisagée par les pouvoirs publics dans le but de favoriser et de renforcer l'exercice de l'activité de soins de ville dans les zones du territoire marquées par une insuffisance de l'offre de soins. Un tel recours semblait justifié par l'impératif de combattre les inégalités territoriales dans l'accès aux soins de santé existant dans le cadre français. De la même manière, la participation des professionnels de santé dans la prise en charge de l'activité de permanence de soins devait

être mieux assurée. Cet objectif est passé par la qualification de cette activité en mission de service public, assurée par les professionnels de santé et placée sous un contrôle plus poussé de la part des pouvoirs publics.

En ce sens, pour favoriser l'exercice de l'activité de soins de santé dans les zones en manque d'offre de soins, la loi Bachelot du 21 juillet 2009 a créé le dispositif du contrat d'engagement de service public (CESP), qui peut être présenté comme une forme d'association au service public des professionnels de santé de ville (§1). La même loi avait érigé l'activité de permanence des soins dans le champ ambulatoire en mission de service public, tout en conférant la prise en charge de cette activité aux médecins de ville (§2).

### ***§1. Le contrat d'engagement de service public, une forme d'association des offreurs de santé de ville au service public***

Le contrat d'engagement de service public (CESP) est l'un des outils juridiques utilisés pour favoriser les installations des professionnels de santé de ville dans les zones du territoire caractérisées par une offre de soins insuffisante ou par des difficultés dans l'accès aux soins. Or, il convient de rappeler que la démarche traditionnellement privilégiée en la matière est le recours à des mesures incitatives, afin de ne pas remettre en cause la liberté d'installation des professionnels de santé libéraux. Par conséquent, il peut paraître paradoxal que la notion de service public ait été mobilisée au sein d'un dispositif de régulation de la répartition territoriale de l'offre de soins de ville, qui pour autant présente un caractère purement incitatif.

Le dispositif du contrat d'engagement de service public a été créé par l'article 46 de la loi Bachelot du 21 juillet 2009 et modifié par l'article 8 de la loi relative à l'organisation et à la transformation du système de santé du 24 juillet 2019<sup>488</sup>. Ce dispositif s'adresse aux étudiants de deuxième et troisième cycles des études de médecine ou d'odontologie, ainsi qu'aux praticiens à diplôme étranger hors Union européenne autorisés à poursuivre un parcours de consolidation des compétences en médecine ou en odontologie. En vertu de l'article L. 632-6 du Code de l'éducation, le contrat d'engagement de service public est signé entre le directeur du Centre national de gestion, en qualité de représentant de l'Etat, et les

---

<sup>488</sup> V. aussi : Décret n° 2020-268 du 19 mars 2020 relatif au contrat d'engagement de service public prévu à l'article L. 632-6 du code de l'éducation, JO 19 mars 2020, texte n°8.

candidats sélectionnés par une commission de sélection. Les signataires de ce contrat sont ainsi censés bénéficier d'une allocation mensuelle versée par le Centre national de gestion jusqu'à la fin de leurs études médicales. En contrepartie, ils doivent s'engager à exercer leur activité de soins, à compter de la fin de leur formation, dans un ou plusieurs lieux d'exercice situés dans une zone du territoire caractérisées par une offre de soins insuffisante ou par des difficultés dans l'accès aux soins. La durée de leur engagement d'exercice étant par ailleurs égale à la durée pendant laquelle l'allocation d'études a été versée. Cependant, le texte législatif précise que la durée de l'engagement d'exercice ne peut pas être inférieure à deux ans.

La création de ce dispositif vise ainsi à répondre à un besoin d'intérêt général caractérisé dans le domaine de la santé, qui est celui d'agir contre les inégalités territoriales dans l'accès aux soins, qui sont liées en grande partie à la répartition déséquilibrée des professionnels de santé de ville sur le territoire. L'intervention des pouvoirs publics en la matière s'est imposée, dans la mesure où le service public hospitalier n'est plus en mesure, à lui seul, de pallier les insuffisances de l'offre de soins sur les parties du territoire concernées. Cela a impliqué la recherche de la collaboration des professionnels de santé, exerçant en dehors du cadre hospitalier par le biais de la notion classique de service public.

Or, le contrat d'engagement de service public constitue un exemple, dans le domaine sanitaire, du recours à un outil souple d'intégration des personnes privées à la démarche de satisfaction des besoins d'intérêt général, qui est l'outil de l'association au service public (**A**). Par conséquent, le régime juridique du contrat d'engagement de service public emprunte les différents traits caractéristiques de la formule générale d'association au service public (**B**).

A. L'association au service public, outil souple d'intégration des personnes privées à la satisfaction des besoins d'intérêt public

La notion d'association au service public présente un intérêt au sein de la théorie générale de service public, dans la mesure où elle permet d'intégrer des personnes ayant un statut juridique privé dans une logique de service public, sans pour autant leur imposer les mêmes sujétions que celles qui découlent de l'exécution d'une mission de service public. Le terme d'association au service public est apparu ainsi, tout d'abord, au sein des textes législatifs (1), avant d'être conceptualisé par la suite par la doctrine juridique (2).

## 1. L'apparition initiale de la notion d'association au service public au sein des textes législatifs

Les premières références au terme « d'association au service public » ont été effectuées par le législateur français.

En ce sens, c'est la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 sur les rapports entre l'Etat et les établissements d'enseignement privé qui a créé un contrat d'association à l'enseignement public qui pouvait être conclu entre l'Etat et les établissements d'enseignements privés volontaires. Par ailleurs, la loi du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière avait prévu la possibilité d'association des établissements d'hospitalisation privés au fonctionnement du service public hospitalier par le biais d'un contrat conclu entre ces derniers et les établissements de service public hospitalier.

Or, dans le cadre de ces deux textes législatifs, la notion de service public a été utilisée dans l'objectif de la construction, dans le cadre français, d'un système d'enseignement et d'un système hospitalier fondés sur la coopération publique-privée. Cependant, l'objectif d'asseoir cette coopération sur la notion de service public nécessitait le recours à des formules de collaboration plus souples que les modes traditionnels d'exécution de missions de services publics par des personnes privées. La recherche de la collaboration du secteur privé dans ces deux domaines était ainsi justifiée au regard du statut privé de certains établissements d'enseignement et d'hospitalisation qui s'avéraient ainsi qualitativement et quantitativement importants pour le bon fonctionnement de ces deux services publics. C'est pour cette raison que le législateur avait prévu trois différentes modalités de rapport entre le service public et les établissements à statut privé. Par ailleurs, le choix de la nature du rapport juridique avec le service public était laissé aux établissements privés eux-mêmes. Ils pouvaient ainsi opter pour le maintien de leur indépendance à l'égard du service public ou pour leur intégration au sein du service public. A mi-chemin entre ces deux configurations, la formule d'association au service public permettait aux établissements privés de conserver leur autonomie à l'égard de l'appareil public, tout en contribuant ponctuellement au fonctionnement du service public. Cela justifiait également l'aménagement de certaines obligations et avantages publics particulières à l'égard des établissements associés.

Il en résulte ainsi, que l'association au service public n'a pas pour objet de confier à une personne privée l'exécution opérationnelle d'un service public, comme cela peut être le



cas, par exemple, d'un contrat de concession de service public<sup>489</sup>. Ce qui est visé par le recours à cette formule, c'est surtout de faciliter la collaboration entre des personnes publiques et des personnes privées dans la poursuite de l'intérêt général en évitant ainsi « une action unilatérale et surtout réglementaire de la part des personnes publiques. »<sup>490</sup>

Ainsi, suite à ses apparitions dans les textes juridiques, la notion d'association de service public a fait l'objet d'une conceptualisation au sein de la doctrine juridique française.

## 2. La conceptualisation de la notion d'association au service public par la doctrine juridique

Le professeur Jacques Chevallier définit l'association au service public comme « la situation dans laquelle une personne privée, juridiquement autonome et placée en dehors de la hiérarchie administrative, accepte, sur la base d'un contrat ou du fait de l'intervention contraignante des pouvoirs publics, d'orienter son action en fonction des exigences de l'intérêt général. »<sup>491</sup> Il s'agit ici de la configuration dans laquelle l'intérêt général qui s'attache à l'activité d'une personne privée justifie la démarche entreprise par une personne publique de soumettre cette activité à une partie du régime de service public. La formule de l'association vise ainsi l'orientation de l'action de la personne privée dans un sens compatible avec l'intérêt général. Il existe, par ailleurs, différents éléments qui ressortent de cette définition de l'association au service public.

Ainsi, en ce qui concerne la personne associée au service public, l'association apparaît comme une technique réservée aux personnes juridiques à statut privé. Par ailleurs, le recours à cette formule ne conduit pas à la suppression de l'autonomie juridique de la personne privée, qui reste située en dehors de l'appareil institutionnel public. Il en va de même de l'activité de celle-ci qui sauvegarde sa nature privée. L'association au service public n'entraîne pas, par conséquent, une publicisation matérielle de l'activité exercée par la personne privée associée. Sur ce point, la formule de l'association se distingue nettement de la technique de délégation de la prise en charge d'une mission de service public à une personne

---

<sup>489</sup> La loi n°70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière avait ainsi distinguait le contrat de concession de l'exécution du SPH à un établissement d'hospitalisation privé (art. 42) du contrat d'association au fonctionnement du SPH d'un établissement d'hospitalisation privé (art.43).

<sup>490</sup> GUGLIELMI, Gilles, *Introduction au droit des services publics*, *op.cit.*, p. 153.

<sup>491</sup> V. CHEVALLIER, Jacques, « L'association au service public », *JCP* 1974, vol. I, p. 2667.

privée, qui implique des contraintes publiques plus importantes à l'égard du délégataire privé. En revanche, dans le cadre de l'association au service public, le contrôle public sur l'activité privée reste un contrôle minimal. Le titulaire de l'association est essentiellement tenu de renoncer à la poursuite exclusive de son propre profit pour tenir compte de certains impératifs de service public qui entourent son activité.

En ce qui concerne l'acte juridique formalisant l'association au service public, il peut s'agir aussi bien d'un acte administratif unilatéral, que d'un acte contractuel. Cependant, l'association au service public repose, dans la majorité des cas, sur une convention conclue entre la personne publique et la personne privée. Le mode contractuel s'impose naturellement en la matière puisqu'il permet au mieux de sauvegarder l'autonomie du partenaire privé qui sera ainsi en mesure d'accepter librement les contraintes de service public engendrées par l'association au service public qui lui est proposée.

En ce qui concerne les conséquences juridiques de l'association au service public, elle implique l'application partielle d'un régime de service public dans l'exercice de l'activité de la personne associée. Cet élément est important puisqu'il permet de distinguer l'association au service public des autres hypothèses moins directes, voire non formalisées, de contribution d'une personne privée à l'exécution d'une activité d'intérêt général. En ce sens, le régime juridique de l'association implique l'existence d'un certain nombre de contraintes de service public, mais également d'avantages pour la personne privée associée, qui sont essentiellement d'ordre financier.

La technique de l'association au service public a été ainsi transposée dans le domaine des soins de santé de ville avec le dispositif du contrat d'engagement de service public.

## B. Les illustrations de la technique d'association au service public au sein du régime juridique du contrat d'engagement de service public

Le contrat d'engagement de service public est un dispositif qui cherche l'association des futurs médecins et chirurgiens-dentistes à la mission d'intérêt général de lutte contre les difficultés territoriales d'accès aux soins. Ce dispositif emprunte ainsi les caractéristiques de l'association au service public, dans la mesure où il combine à la fois un certain nombre d'éléments permettant de conserver l'autonomie des personnes privées engagées dans le cadre

du dispositif contractuel(1), mais également des éléments permettant d'orienter davantage leur comportement dans un but de satisfaction de l'intérêt général(2).

1. Le maintien de l'autonomie des personnes privées dans le cadre du contrat d'engagement de service public

Le contrat d'engagement de service public constitue un outil d'association et non pas d'intégration au service public. En ce sens, un certain nombre d'aménagements ont été réalisés pour garantir le maintien de l'autonomie des personnes privées engagées dans le cadre de ce dispositif.

Ainsi, la signature d'un tel contrat n'est imposée ni aux étudiants en médecine, ni aux étudiants en odontologie, ni aux praticiens à diplôme étranger. C'est la formule du volontariat qui a été retenue par le législateur en la matière. On retrouve, en ce sens, l'un des principes inhérents à l'association au service public qui est la libre acceptation par la personne privée des contraintes d'intérêt général imposées sur son activité. L'article R. 631-24-2 du Code de l'éducation précise ainsi que les étudiants souhaitant conclure un contrat d'engagement de service public doivent déposer leur dossier de candidature auprès du directeur de l'unité de formation et de recherche médicale dont ils relèvent. Ce sont ainsi uniquement les personnes ayant préalablement candidatés au dispositif, qui peuvent être invités à signer un contrat d'engagement de service public après examen de leurs dossiers par une commission de sélection dans le cadre de chaque centre de formation et de recherche<sup>492</sup>. Par ailleurs, même si le nombre de contrats proposés excède le nombre de candidatures déposées, la signature des contrats non pourvus ne pourrait pas être imposée par l'Administration. C'est pour cette raison qu'un système de nouvelle répartition des contrats d'engagements de service public non signés a été prévu par le Code de l'éducation<sup>493</sup>.

Il faut mentionner également qu'une liberté est laissée aux futurs bénéficiaires de l'allocation d'engagement de service public quant au choix de leur mode d'exercice pendant toute la durée de l'engagement. L'existence de cette option s'inscrit également au sein de l'esprit de l'association au service public, qui est censée ne pas remettre en cause le statut d'indépendance de la personne privée associée. Les personnes engagées pourraient ainsi opter pour un exercice à titre libéral ou pour un exercice à titre salarié, que ce soit dans le cadre

---

<sup>492</sup> V. Art. R. 631-24-3 à R. 631-24-5 du Code de l'éducation.

<sup>493</sup> V. Art. R. 631-24-1, al. 2 du Code de l'éducation.

d'un centre de santé, d'une maison pluridisciplinaire de santé, voire au sein d'un établissement de santé<sup>494</sup>. La possibilité d'un exercice mixte combinant le mode libéral et le salariat est également ouverte aux signataires du dispositif. Cependant, la cible prioritaire des contrats d'engagement de service public reste la régulation territoriale de l'offre de soins de ville. Il apparaît ainsi que c'est le mode d'exercice libéral qui est principalement choisi dans le cadre de ce dispositif<sup>495</sup>.

La souplesse de cet instrument contractuel à l'égard des professionnels de santé de ville réside également dans la durée limitée de l'engagement d'exercice en zones caractérisées par une offre de soins insuffisante ou par des difficultés dans l'accès aux soins. En effet, cette durée est égale à celle pendant laquelle l'allocation contractuelle a été versée au signataire par le Conseil national de gestion. La durée de l'engagement varie ainsi en fonction du moment de la signature du contrat. Elle serait plus longue pour les étudiants qui signent le contrat en début de leur formation et plus courte pour les étudiants qui décident de signer le contrat à la fin de leur parcours de formation universitaire. Toujours est-il, qu'en vertu de la loi, la durée de l'engagement ne peut pas être inférieure à deux ans. Cette restriction temporaire de la durée de l'engagement dans le cadre des contrats d'engagement de service public paraît logique au regard à la fois de l'importance attachée la liberté d'installation des professionnels de santé, mais aussi de la souplesse de la formule juridique d'association au service public qui se trouve mobilisée dans le cadre de ce dispositif. Cependant, la question essentielle qui a pu se poser en conséquence, est celle de l'efficacité du contrat d'engagement de service public comme instrument de la politique de réduction des inégalités territoriales dans l'accès aux soins. En effet, la limite temporaire de la durée de l'engagement ne permet pas de s'assurer de la pérennisation des installations des professionnels de santé dans les zones qui expriment des insuffisances en matière d'offre de soins. Les commentateurs du dispositif sont ainsi restés partagés sur ce point. En ce sens, certains auteurs ont soulevé qu'il s'agissait ici d'un renoncement temporaire de la liberté d'installation, mais avec une tendance implicite de rendre ce renoncement définitif<sup>496</sup>. Or, d'autres auteurs concluent de manière plus nuancée que la limitation dans le temps de l'obligation de service public ne pourrait être interprétée que comme un obstacle à l'efficacité de cet outil. Ce constat concernerait notamment les

---

<sup>494</sup> Art. L. 632-6, al. 3 du Code de l'éducation.

<sup>495</sup> V. CNG, « Données sur les CESP conclus avec les étudiants et internes en médecine et odontologie, campagnes 2010/2011 à 2016/2017 », *Rapport d'activité du CNG 2017, t.II*, p. 168 : Au 31 décembre 2017, les installations suite à un contrat d'engagement de service public en médecine donnent lieu à 88% d'installations à titre libéral, 9 % d'installations à titre salarié et 3 % des médecins ayant choisi le mode d'exercice mixte.

<sup>496</sup> MANDIN, François, « Politique d'accès aux soins et conditions d'exercice de la médecine libérale : le contrat d'engagement de service public », *RDSS*, 2013, p. 591.

étudiants qui s'engagent à un stade avancé de leur cursus et dont la pérennisation des installations en zone défavorisée n'est potentiellement pas suffisamment bien garantie<sup>497</sup>. Toujours est-il, que le caractère récent des installations, réalisées dans le cadre des contrats d'engagement de service public, ne permet pas encore de se prononcer clairement sur cette problématique.

De la même manière, l'article R. 631-24-13 du Code de l'éducation laisse aux signataires d'un contrat d'engagement de service public la faculté de changer de zone d'exercice de leur propre initiative et à tout moment de l'engagement. La seule exigence en la matière est que la nouvelle zone d'exercice se caractérise également par un manque d'offre de soins. En ce sens, les signataires intéressés devraient solliciter la proposition du directeur général de l'Agence régionale de santé pour un lieu d'exercice situé dans la même région, ou adresser leur demande auprès du directeur du Centre national de gestion pour un changement de leur région d'exercice. Or, cette disposition démontre bien que les médecins signataires d'un contrat d'engagement de service public n'ont pas la qualité de délégués d'une mission de service public. Dans une telle hypothèse, en effet, c'est le principe de mutabilité du service public qui devrait s'appliquer afin de permettre aux pouvoirs publics de décider des changements nécessaires des zones d'exercice au vu d'une adaptation de l'offre de soins à l'évolution des besoins de santé de la population. Cependant, dans le cadre du dispositif de contrat d'engagement de service public, la configuration est renversée et il appartient ainsi à la personne privée associée au service public de solliciter auprès de l'administration une modification de son lieu d'affectation sur le territoire dans un sens plus compatible avec ses intérêts personnels.

Le législateur octroie également aux signataires des contrats d'engagement de service public une faculté de se dégager de leur obligation d'exercice à tout moment de l'exécution du contrat. Il s'agit ici d'un motif de rupture du contrat d'engagement de service public avant l'arrivée de son terme<sup>498</sup>. Cette disposition est censée garantir la sauvegarde de l'autonomie des professionnels de santé au sein du dispositif et elle pourrait, par conséquent, susciter leur intérêt pour le contrat d'engagement de service public. Cependant, cette option de « rachat » de l'obligation d'exercice en zone déficitaire d'offre de soins constitue aussi un facteur potentiel de remise en cause de l'efficacité du dispositif de contrat d'engagement de service public. Pour cette raison, la loi a prévu l'obligation d'acquiescement d'une indemnité,

---

<sup>497</sup> ROUSSET, Guillaume, «La lutte contre les 'déserts médicaux' depuis la loi HPST : entre désillusions et espoirs nouveaux.», *op.cit.*

<sup>498</sup> V. art. L. 632-6 al.6 du Code de l'éducation.

ainsi que d'une pénalité par la personne qui demande son retrait du contrat d'engagement de service public en cours d'exécution<sup>499</sup>.

Il faut préciser également que l'engagement d'exercice en zone défavorisée dans le cadre du contrat d'engagement de service public ne porte pas sur l'ensemble de l'exercice professionnel, mais uniquement sur l'activité de soins des signataires. Cet aménagement est censé permettre à ces derniers d'avoir une activité de recherche ou de formation sur un lieu du territoire de leur choix<sup>500</sup>.

Plus largement, on trouve dans le cadre du dispositif du contrat d'engagement de service public la technique de l'incitation financière pour favoriser l'association des étudiants et des praticiens intéressés. En ce sens, la contrepartie de l'engagement d'exercice en zone déficitaire d'offre de soins réside dans le versement par l'administration d'une allocation forfaitaire et mensuelle. Cette allocation est cumulable avec les rémunérations auxquelles les signataires peuvent prétendre du fait de leur formation. Elle est également assujettie aux versements des cotisations sociales. L'allocation en question est ainsi versée pendant toute la durée des études en médecine ou en odontologie ou pendant la durée de la consolidation des compétences pour les praticiens diplômés<sup>501</sup>. En ce sens, la doctrine a pu souligner que le contrat d'engagement de service public jouait sur un « point clef pour les étudiants » qui est le financement des longues études en santé<sup>502</sup>.

En revanche, d'autres éléments du régime juridique du contrat d'engagement de service public sont illustratifs de l'existence de certaines contraintes de service public imposées aux professionnels de santé signataires, ainsi que de certaines prérogatives au bénéfice de l'administration.

---

<sup>499</sup> Art. L. 632-6, al. 7 du Code de l'éducation.

<sup>500</sup> Art. 4-1 du décret n° 2010-735 du 29 juin 2010 relatif au contrat d'engagement de service public durant les études médicales.

<sup>501</sup> V. Art. L. 632-6, al. 3, R. 631-24-8 et R. 631-24-9 du Code de l'éducation.

<sup>502</sup> ROUSSET, Guillaume, «La lutte contre les 'déserts médicaux' depuis la loi HPST : entre désillusions et espoirs nouveaux.», *op.cit.*

## 2. Les contraintes de service public imposées aux personnes privées engagées dans le cadre du contrat d'engagement de service public

Le contrat d'engagement de service public apporte, tout d'abord, un certain nombre de restrictions à la liberté d'entreprendre des professionnels de santé qui décident de s'engager dans son cadre.

La première de ces restrictions touche ainsi à la liberté d'installation, même si sa durée est limitée dans le temps. Ainsi, le lieu d'exercice de l'activité de soins des signataires d'un contrat d'engagement de service public, pendant toute la durée de leur engagement, doit se situer obligatoirement dans une zone caractérisée par une insuffisance de l'offre de soins ou par des difficultés dans l'accès aux soins<sup>503</sup>. En ce sens, tous les lieux d'exercice disponibles sur le territoire sont regroupés au sein d'une liste nationale établie par le directeur général du Conseil national de gestion. C'est à partir de cette liste nationale que les professionnels de santé ayant signé un contrat d'engagement de service public doivent choisir leur futur lieu d'exercice<sup>504</sup>. Malgré la faculté de choix qui est laissée à ces derniers sur ce point, ce procédé pourrait être comparé à l'affectation par l'autorité administrative qui existe en droit de la fonction publique.

La deuxième contrainte de service public, que l'on retrouve dans le cadre du dispositif du contrat d'engagement de service public, est, en réalité, plus nuancée dans sa portée. Il s'agit de l'obligation d'exercice de l'activité de soins des signataires du contrat sur la base des tarifs conventionnels du secteur 1. Cette obligation de service public permet de garantir l'accessibilité financière des soins au profit des patients. En revanche, il s'agit d'une contrainte pour les professionnels de santé qui se trouvent obligés de renoncer à leur liberté tarifaire. Cependant, dans les faits, cette renonciation apparaît comme purement formelle, dans la mesure où l'accès au secteur conventionnel des honoraires différents est, en réalité, fermé pour les médecins nouvellement installés, et cela depuis la convention médicale de 1990. Si l'on peut parler ainsi de la restriction d'une liberté quelconque, cette restriction se situe davantage au niveau de la liberté de non conventionnement des médecins qui se voient ainsi refuser toute faculté de rester en dehors du régime conventionnel pour pouvoir fixer eux-mêmes leurs propres tarifs.

---

<sup>503</sup> Art. L. 1434-4-1° du CSP.

<sup>504</sup> V. Art. R. 631-24-11 à R. 631-24-13 du Code de l'éducation.

On retrouve également, au travers du dispositif du contrat d'engagement de service public, certaines prérogatives exorbitantes classiques de l'administration dans le champ contractuel.

C'est le cas du pouvoir de sanction unilatérale dont dispose le directeur général du Conseil national de gestion en cas de constat d'un défaut total ou partiel d'exécution du contrat par les professionnels de santé signataires<sup>505</sup>. Cette prérogative exorbitante au profit de l'administration constitue un critère permettant de qualifier le contrat d'engagement de service public comme contrat administratif, mais également un signe du contrôle exercé par l'administration sur le respect des conditions essentielles du contrat d'engagement de service public tout au long de sa durée<sup>506</sup>.

Malgré la combinaison originale entre l'incitation et la contrainte au sein du dispositif du contrat d'engagement de service public, le premier bilan de son application s'est révélé comme particulièrement décevant<sup>507</sup>. Ainsi, en 2010, lors de sa première année en vigueur, seulement 143 contrats d'engagement de service public en médecine étaient conclus sur les 400 contrats proposés par le Gouvernement. Parmi les motifs explicatifs de cet échec est invoqué, avant tout, le caractère récent du dispositif à l'époque, source de difficultés dans sa montée en charge, mais aussi dans sa connaissance par le public auquel il s'adresse. La concurrence d'autres types de dispositifs d'incitation destinés aux étudiants en médecine permet aussi de fournir une explication à ce bilan mitigé<sup>508</sup>. Il n'en reste pas moins, que les freins liés aux contraintes personnelles et exogènes pour les personnes engagées au sein de ce dispositif sont aussi invoquées comme des obstacles importants à son déploiement. Ce bilan décevant avait ainsi impliqué une démarche de réforme du régime des contrats d'engagements de service public, qui a été finalisée dans le cadre de la dernière réforme législative de l'organisation du système de santé du 24 juillet 2019.

Un bilan plus récent du Conseil national de gestion sur les contrats d'engagement de service public en médecine et en odontologie<sup>509</sup> a mis en lumière le développement progressif du dispositif avec une tendance d'augmentation annuelle du nombre des contrats signés en

---

<sup>505</sup> V. art. R. 631-24-16-II du Code de l'éducation.

<sup>506</sup> V. art. R. 631-24-15 du Code de l'éducation.

<sup>507</sup> V. REGNARD, Corinne, *Le contrat d'engagement de service public : bilan d'une première année*, juillet 2011.

<sup>508</sup> MANDIN, François, « Politique d'accès aux soins et conditions d'exercice de la médecine libérale : le contrat d'engagement de service public », *op.cit.*

<sup>509</sup> CNG, « Données sur les contrats d'engagement de service public conclus avec les étudiants et internes en médecine et en odontologie, campagnes 2010/2011 à 2016/2017 », *op.cit.*, p. 163 et s.



médecine et en odontologie<sup>510</sup>. Cependant, si le contrat d'engagement de service public apparaît comme très sollicité par les étudiants en odontologie, tel n'est pas les cas concernant les étudiants en médecine, pour lesquels les données démontraient que chaque année le nombre de contrats proposés par le Gouvernement excédait le nombre de contrats effectivement signés.

Ainsi, au vu du faible degré d'engagement des médecins à la mission de réduction des inégalités territoriales de santé, une proposition de loi visant à favoriser l'égal accès aux soins du 17 janvier 2018 prévoyait la généralisation des contrats d'engagement de service public en médecine à tous les internes ayant choisi la spécialité de médecine générale sous forme d'un contrat d'engagement de service public en médecine générale. En contrepartie de la généralisation de l'allocation d'études au profit des internes en médecine générale, il était prévu d'imposer à tout médecin généraliste une obligation d'installation dans une zone déficitaire en offre de soins de santé durant les deux premières années de son exercice<sup>511</sup>. Néanmoins, la loi relative à l'organisation du système de santé du 24 juillet 2019 avait retenu une option très différente dans l'objectif d'élargir le dispositif du contrat d'engagement de service public qui réside dans l'intégration, au sein de ce dispositif, des praticiens à diplômes étrangers hors Union européenne.

Il s'agit ainsi d'un élément qui permet à nouveau de constater que le choix entre l'incitation et la contrainte dans la régulation de la répartition territoriale des médecins généralistes est un choix extrêmement délicat pour les pouvoirs publics. En ce sens, la grande faiblesse des outils incitatifs est qu'ils ne permettent pas d'attirer un nombre suffisant de professionnels de santé pour pallier aux difficultés d'accès aux soins qui existent dans plusieurs zones du territoire. De son côté, la contrainte, qui n'a jamais été effectivement mise en œuvre en droit français à l'égard des médecins libéraux, cache le risque de déclencher un processus d'abandon généralisé de la spécialité de médecine générale par les futurs médecins, ce qui conduirait très certainement à un fort déséquilibre dans l'organisation du système de santé français.

La formule de l'association au service public, avec l'exemple du contrat d'engagement de service public, permet ainsi de saisir l'enjeu qui existe en la matière. Il y a une véritable difficulté de trouver l'outil juridique le plus pertinent et adapté pour organiser une régulation

---

<sup>510</sup> *Ibid*, p. 168.

<sup>511</sup> Proposition de loi n° 558 visant à favoriser l'égal accès aux soins sur tout le territoire en créant deux années d'exercice de médecine dans les zones sous-dotées, déposée à l'Assemblée nationale le 17 janvier 2018.

territoriale des professionnels de santé de ville, notamment des médecins libéraux, susceptible ainsi de renforcer l'égal accès territorial aux soins de santé de ville au profit de la population.

Or, au-delà de l'association au service public, dans certaines hypothèses, les pouvoirs publics ont conféré l'exercice-même d'une mission expressément qualifiée de service public dans le domaine de la santé aux professionnels de santé de ville. Il existe, en ce sens, l'exemple de la mission de permanence de soins ambulatoires dont la prise en charge relève des médecins de ville.

## ***§2. La permanence des soins ambulatoires, une mission de service public conférée aux médecins de ville***

Il convient de souligner que l'activité de permanence des soins est une mission de service public qui transcende l'ensemble du système de santé. Par conséquent, la prise en charge de celle-ci repose sur l'ensemble des offreurs de soins dans leurs champs de compétences respectifs.

Il s'agit, tout d'abord, d'une mission de service public traditionnelle dans le champ hospitalier, qui est susceptible d'être assurée aussi bien par les établissements publics de santé, que par les établissements de santé privés<sup>512</sup>. Par ailleurs, la loi Bachelot du 21 juillet 2009 avait qualifié la permanence des soins ambulatoires (PDSA) en mission de service public qui est du ressort des médecins de ville et notamment des médecins généralistes<sup>513</sup>. En ce sens, le législateur de 2009 avait procédé à une véritable investiture des médecins de ville pour la prise en charge de cette mission de service public dans le domaine sanitaire<sup>514</sup>. Plus récemment, un décret du 27 janvier 2015 avait précisé les modalités d'organisation de la permanence des soins dentaires, prise en charge par les chirurgiens-dentistes de ville, sans pour autant que cette activité soit expressément qualifiée comme mission de service public<sup>515</sup>.

En effet, l'importance de la mission de permanence des soins dans le cadre du système de santé découle de son lien étroit avec le principe de continuité des soins. La continuité des soins peut s'entendre comme un principe général qui s'applique aussi bien à l'organisation et

---

<sup>512</sup> V. Art. L. 6111-1-3 du CSP.

<sup>513</sup> V. Art. L. 6314-1 du CSP. Cependant, les médecins spécialistes doivent également assurer la permanence des soins dans leurs spécialités médicales respectives. L'article L. 4130-2 du CSP classe la participation à la mission de service public de permanence des soins parmi les missions du médecin spécialiste du premier ou de deuxième recours.

<sup>514</sup> Art. L. 6314-1 du CSP et art. R. 6315-1 et R. 6315-4 du CSP.

<sup>515</sup> Décret n° 2015-75 du 27 janvier 2015 relatif à l'organisation de la permanence des soins des chirurgiens-dentistes en ville et des médecins dans les centres de santé, JO, 29 janv. 2015, p. 1335.

au fonctionnement du service public hospitalier<sup>516</sup>, qu'à l'organisation et au fonctionnement du système de santé dans son ensemble<sup>517</sup>. Il s'agit, en ce sens, d'une exigence qui découle du droit fondamental à la protection de la santé<sup>518</sup>. Tous les acteurs du système de santé doivent ainsi contribuer à assurer la continuité des soins prodigués aux personnes malades. Ce principe s'applique par ailleurs aussi bien dans le domaine des soins programmés, que dans le domaine des soins non programmés.

En ce sens, le dispositif de la permanence des soins est un moyen permettant d'assurer la continuité des soins dans le domaine des soins non programmés. Quant au dispositif de la permanence de soins ambulatoires, il constitue de son côté un outil de continuité des soins non programmés de premiers recours<sup>519</sup>. Il s'agit plus précisément d'une mission de service public qui repose sur les médecins de ville et qui vise la prise en charge des demandes de soins non programmés de premier recours pendant la fermeture des cabinets de ville et des centres de santé<sup>520</sup>. La permanence des soins ambulatoire apparaît ainsi comme un dispositif propre à la médecine ambulatoire et aux soins de premiers recours.

En ce sens, actuellement, il ressort des dispositions du Code de la santé publique, que la prise en charge de l'activité de permanence des soins ambulatoires par les médecins de ville s'inscrit pleinement au sein d'une logique de service public(**A**). Cependant, il faut relever que le régime juridique attaché à cette activité est marqué par un certain nombre d'ambiguïtés au regard de son statut de mission de service public (**B**).

#### **A.** L'inscription de la permanence des soins ambulatoires au sein d'une logique de service public

La prise en charge de la permanence des soins ambulatoires au sein du système de santé français a été progressivement fondée sur la notion de service public. Ainsi, récemment, le législateur français avait officiellement qualifié la permanence des soins ambulatoires en mission de service public (1), ce qui a impliqué par la suite la mise en place d'une nouvelle organisation administrative de la prise en charge de cette mission par les médecins de ville, conformément à son nouveau statut de mission de service public (2).

---

<sup>516</sup> *Infra*, p. 321-322.

<sup>517</sup> *Infra*, p. 495 et s.

<sup>518</sup> V. Art. L. 1110-1 du CSP.

<sup>519</sup> VIALLA, François, « Prolégomènes sur les notions de permanence des soins, de continuité de soins et de continuité de service public », *RGDM n° spécial La permanence des soins*, 2006, p.

<sup>520</sup> Art. R. 6315-1 du CSP.

## 1. La qualification législative de la permanence des soins ambulatoires en mission de service public

Il convient de préciser, tout d'abord, que pendant longtemps la permanence des soins ambulatoires faisait l'objet d'une auto-organisation de la part de la profession médicale. Ce sont ainsi les médecins généralistes de ville eux-mêmes, sous le pilotage du Conseil départemental de l'Ordre des médecins (CDOM), qui devaient effectuer un tour de gardes pendant les horaires de fermetures des cabinets médicaux. Cette auto-organisation était fondée, à l'époque, sur un devoir déontologique résultant de l'article 77 du Code de déontologie médicale qui disposait qu'il est du devoir de tout médecin de participer aux services de garde de jour et de nuit.

La permanence des soins ambulatoires avait comme spécificité d'être une activité assurée par des personnes ayant un statut privé, mais concourant en même temps à la satisfaction des besoins d'intérêt général dans le domaine de la santé. C'est pour cette raison, que les médecins de ville ont toujours été soumis à un certain nombre de contraintes dans l'accomplissement de leur service de garde. Il faut préciser ainsi que cette obligation déontologique liait tous les médecins de ville, sous réserve d'une exemption de service de gardes, qui pourrait être accordée par le Conseil départemental de l'ordre de médecins pour des motifs tenant notamment à l'âge ou à l'état de santé du médecin, voire à des conditions particulières liées à son exercice professionnel<sup>521</sup>. En ce sens, tout refus injustifié de participation au service de gardes pourrait donner lieu à une sanction disciplinaire pour le médecin, voire à une réquisition prononcée par le représentant de l'Etat dans le département.

Le Conseil d'Etat contrôlait de son côté que l'organisation du service des gardes des médecins de ville permettait de répondre à l'objectif d'assurer une permanence des soins de santé<sup>522</sup>. Il s'agit ici d'une démonstration que le principe de continuité des soins, consacré sous forme d'exigence d'une permanence des soins, était appliqué par le jurisprudence administrative à l'ensemble des offreurs de soins, avant même que ce principe soit expressément qualifié par la loi comme principe fondamental du système de santé. Par ailleurs, le Conseil d'Etat avait clairement précisé que l'activité de garde des médecins de ville devrait s'effectuer dans le respect du principe de continuité du service public.

---

<sup>521</sup> Le CDOM dispose d'un pouvoir d'accorder des exemptions de permanence pour tenir compte de l'âge, de l'état de santé et, éventuellement, des conditions d'exercice de certains médecins. Ce pouvoir est exercé sur le fondement de l'article R. 6315-4, al.5 du CSP.

<sup>522</sup> CE, 8 nov.1993, n° 126599. ; CE, 29 nov. 2002, n° 215593.

La question qui pouvait se poser dès lors était de savoir si la permanence des soins ambulatoires pouvait être envisagée comme une activité de service public virtuel. La théorie du service public virtuel est apparue dans la jurisprudence administrative dans les années 1940<sup>523</sup>. En vertu de cette théorie jurisprudentielle, une activité privée, concourant à un degré suffisamment important à la satisfaction de l'intérêt général, pouvait être conçue comme une activité de service public virtuel. Cela justifiait, par conséquent, qu'une personne publique puisse imposer à la personne privée responsable de la prise en charge de l'activité en question un certain nombre de sujétions de service public. Si l'on se tient à cette définition du service public virtuel, l'activité de garde des médecins de ville semblait incontestablement entrer dans la catégorie des services publics virtuels. Cependant, l'existence d'un service public virtuel implique également la caractérisation d'un certain degré de rattachement de l'activité privée à une personne publique. Ce rattachement pouvait découler du déroulement de l'activité privée sur le domaine public, ce qui est l'hypothèse par excellence de la théorie de service public virtuel<sup>524</sup>, mais il pouvait résulter également du droit de regard et de l'octroi d'un financement de la part de la personne publique à l'activité en question<sup>525</sup>. Or, il reste que pour l'activité de garde des médecins de ville, ce deuxième critère était très faiblement rempli à l'époque. Ainsi, s'il existait un droit de regard sur l'organisation du service de garde, ce droit était conféré à la profession elle-même au travers du Conseil départemental de l'Ordre des médecins. Par ailleurs, l'activité de garde n'était assurée que sur la base d'un devoir déontologique de la profession médicale. Il faut ainsi conclure, que même s'il existait quelques sujétions de service public dans l'exercice cette activité à l'époque, il n'y avait pas, en revanche, un contrôle public suffisamment marqué sur la prise en charge de celle-ci par les médecins de ville pour qu'elle puisse être considérée comme une mission de service public virtuel.

Cependant, il faut relever, que la permanence des soins ambulatoire avait connu un dysfonctionnement grave dans les années 2000 qui s'exprimait par un désistement global des médecins de ville d'assurer le service de gardes pendant la fermeture des cabinets médicaux. Cette situation avait conduit à une série de réquisitions des médecins de ville pour assurer leur mission de garde, mais surtout au basculement des demandes de soins non programmés de premier recours vers les services d'urgence des établissements de santé. Suite à ces

---

<sup>523</sup> CE, 5 mai, 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique-Orientale*, n° 66679, Rec., p. 129 ; CE, 6 févr. 1948, *Sté Radio-Atlantique*, Rec., p. 65.

<sup>524</sup> *Ibid.*

<sup>525</sup> CE, 6 avr. 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 284736

événements, la permanence des soins a fait l'objet d'une réglementation juridique beaucoup plus précise.

En effet, la réglementation juridique de la permanence des soins ambulatoires a été initiée par l'article 40 de la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2003 qui avait qualifié celle-ci comme une activité d'intérêt général qui devrait être assurée par les médecins libéraux<sup>526</sup>. Suite aux propositions émises dans le cadre du rapport DESCOURS,<sup>527</sup> les grands principes relatifs à l'organisation et à la prise en charge de la permanence des soins ambulatoires ont été définis par un décret du 15 septembre 2003<sup>528</sup>. Par la suite, une nouvelle réforme de la permanence des soins ambulatoires est intervenue suite au rapport BOENNEC du 21 octobre 2008<sup>529</sup>. Elle s'appuyait sur la loi du 21 juillet 2009 et a été concrétisée par un décret du 13 juillet 2010<sup>530</sup>. La loi de modernisation de notre système de santé du 21 janvier 2016 n'a pas apporté des modifications substantielles à l'organisation de la permanence des soins ambulatoires, si ce n'est la création d'un numéro national unique pour la régulation des appels relevant de son champ. Les textes juridiques règlent ainsi actuellement tous les aspects de l'organisation la permanence des soins ambulatoires. Le devoir déontologique des médecins de participer à la permanence des soins reste néanmoins inscrit à l'article R. 4127-77 du CSP mais il s'exerce désormais dans le cadre des lois et des règlements qui organisent le dispositif de la permanence des soins ambulatoires.

Il faut préciser que l'ambition des pouvoirs publics, au travers de la qualification de la permanence des soins ambulatoires en mission de service public, était surtout d'aménager un cadre juridique propre à la prise en charge de cette mission relevant de la médecine de ville. Cela a impliqué ainsi de mieux distinguer la permanence des soins ambulatoires des dispositifs voisins comme la permanence des soins en établissements de santé (PDSSES)<sup>531</sup> et

---

<sup>526</sup> Loi n° 2002-1487 du 20 décembre 2002 de financement de la sécurité sociale pour 2003, JO, 24 déc.2002, p. 21482.

<sup>527</sup> DESCOURS, Charles, *Rapport du groupe de travail opérationnel sur la permanence des soins*, 22 janvier 2003.

<sup>528</sup> Décret n° 2003-880 du 15 septembre 2003 relatif aux modalités d'organisation de la permanence des soins et aux conditions de participation des médecins à cette permanence et modifiant le code de la santé publique, JO, 16 sept.2003, p. 15863.

<sup>529</sup> BOENNEC, Philippe, *Rapport n°1205 fait au nom de délégation à l'aménagement et au développement durable du territoire sur la permanence des soins*, octobre 2008.

<sup>530</sup> Décret n° 2010-809 du 13 juillet 2010 relatif aux modalités d'organisation de la permanence des soins, JO, 17 juil. 2010, p. 13240.

<sup>531</sup> V. art. L. 6111-3-1 du CSP et R. 6111-41 et s. du CSP.

l'aide médicale urgente (AMU)<sup>532</sup>. Il existe en particulier deux grandes raisons susceptibles de justifier le choix de clarifier et de renforcer la distinction entre ces trois dispositifs.

Tout d'abord, cette démarche apparaît comme adaptée au parcours de santé du patient en vertu duquel, même en ce qui concerne les demandes de soins non programmés, il faut faire une distinction entre les demandes de soins de premiers recours, pour lesquelles le patient doit s'adresser à la médecine de ville, et les demandes de soins d'urgence ou spécialisés, susceptibles de justifier l'intervention d'un établissement de santé. Par ailleurs, cette démarche vise également à éviter la concentration de la prise en charge des demandes de soins non programmés de premier recours sur les services de l'aide médicale urgente des établissements de santé.

Le Code de la santé publique précise, en ce sens, que la mission de service public de permanence des soins ambulatoires est assurée en collaboration<sup>533</sup>, en liaison<sup>534</sup> avec les établissements de santé. Cette exigence implique, en effet, d'assurer une coordination entre les offreurs de soins pour la prise en charge des demandes de soins non programmés relevant de leurs périmètres d'action respectifs. Il s'agit ainsi surtout d'une logique de répartition des contraintes liées à la mission globale de permanence des soins entre les médecins de ville et les établissements de santé. Par conséquent, la substitution des établissements de santé aux médecins de ville pour la prise en charge de la permanence des soins ambulatoires ne doit être envisagée qu'à titre exceptionnel : par exemple, en cas d'impossibilité de mettre en place un dispositif de permanence des soins ambulatoires fondé sur la médecine de ville.

La qualification de la permanence des soins ambulatoires en mission de service public s'est accompagnée de la mise en place d'un dispositif juridique relatif à l'organisation de cette activité et attestant à nouveau de son caractère d'activité de service public.

## 2. La mise en place d'une nouvelle organisation de la permanence des soins ambulatoires en tant que dispositif de service public en matière de santé

La permanence des soins dispose désormais d'un cadre d'organisation propre, qui est pleinement illustratif de sa nature de mission de service public dans le domaine de la santé. En

---

<sup>532</sup> Art. L. 6311-1 du CSP.

<sup>533</sup> Art. L. 6314-1, al. 1 du CSP.

<sup>534</sup> Art. R. 6315-1, al.4 du CSP.

effet, l'organisation de la permanence des soins ambulatoires s'articule entre deux grandes axes : le pilotage du dispositif est ainsi assumé, au niveau régional, par les agences régionales de santé,(a) alors que la déclinaison opérationnelle de la permanence des soins ambulatoires est assurée par les médecins de ville (b).

- a. Le pilotage de la permanence des soins ambulatoires assuré par les agences régionales de santé

Depuis la loi Bachelot du 21 juillet 2009 et la création des agences régionales de santé, le dispositif de la permanence des soins ambulatoires est organisé au niveau régional sous le pilotage du directeur général de l'Agence régionale de santé<sup>535</sup>. Les agences régionales de santé se sont affirmées, en ce sens, comme les autorités publiques compétentes de la conception et de la gestion de cette mission de service public dans le domaine de la santé. La gestion de la permanence des soins ambulatoires par les agences régionales de santé est censée ainsi s'appuyer sur un cahier des charges régional de la permanence des soins<sup>536</sup>, qui doit prévoir la division de la région en territoires de permanence des soins,<sup>537</sup> et fixer le montant de la rémunération forfaitaire des médecins participant à la permanence des soins<sup>538</sup>

Cependant, l'organisation de la permanence des soins ambulatoires s'inscrit également au sein d'une logique de territorialisation et de démocratie sanitaire. La logique de territorialisation est notamment perceptible au travers de la procédure du découpage de la région en territoires de permanence des soins, qui constituent les territoires de mise en œuvre opérationnelle de l'activité de permanence des soins ambulatoires au sein de chaque département. De la même manière, une veille de l'organisation de la permanence des soins, et de son ajustement aux besoins de la population et au cahier des charges régional, est assurée au niveau départemental par un comité de l'aide médicale urgente, de la permanence des soins et des transports sanitaires (CODAMUPS-TS)<sup>539</sup>. Or, selon une logique de démocratie sanitaire, ce comité départemental doit donner son avis avant l'adoption de l'arrêté fixant le cahier des charges régional de la permanence des soins, ce qui est le cas également d'une série

---

<sup>535</sup> V. VIOUJAS, Vincent, « La réforme de la permanence des soins : un seul pilote pour davantage d'efficacité » *RDSS*, 2012, p. 692.

<sup>536</sup> Art. R. 6315-6 du CSP.

<sup>537</sup> Art. R. 6315-1 al.6 du CSP.

<sup>538</sup> Art. R. 6315-6 al. 4 du CSP.

<sup>539</sup> Art. R. 6313-1 du CSP. V. Décret n° 2010-810 du 13 juillet 2010 relatif au comité départemental de l'aide médicale urgente, de la permanence des soins et des transports sanitaires.



d'autres institutions comme c'est le cas de la Conférence régionale de l'autonomie et de la santé, de l'Union régionale des professionnels de santé, du Conseil départemental de l'ordre des médecins et du le préfet du département<sup>540</sup>. La mise en œuvre du dispositif suppose également l'intervention des conseils départementaux de l'ordre des médecins qui ont une compétence importante en la matière, qui consiste dans la validation et la tenue d'un tableau nominatif de garde établi et transmis par les médecins de chaque territoire de permanence des soins et ayant une durée minimale de trois mois<sup>541</sup>. Il découle de cette compétence une responsabilité pour le Conseil départemental de l'ordre des médecins pour compléter le tableau de garde en cas de constat d'absence ou d'insuffisance des médecins volontaires pour assurer la permanence des soins ambulatoires dans un territoire donné.<sup>542</sup>

Ainsi, en tant que mission de service public, la gestion de la permanence des soins ambulatoires est conférée aux agences régionales de santé et s'opère conformément à une logique de concertation avec les institutions représentatives des offreurs de soins et des usagers du système de santé. Les textes juridiques ont précisé également les modalités de prise en charge concrète de la permanence des soins ambulatoires par les médecins de ville.

- b. La précision des modalités de prise en charge de la permanence des soins ambulatoires par les médecins de ville

Comme cela a été déjà souligné, l'exécution matérielle de la mission de service public de permanence des soins ambulatoires au sein du système de santé français a été conférée à des personnes à statut privé, qui sont, en l'occurrence, les médecins de ville. Or, la prise en charge de la permanence des soins ambulatoires par les médecins de ville comporte deux aspects essentiels qui sont la régulation téléphonique des demandes de soins non programmés des patients et l'intervention des médecins de garde auprès des patients.

En effet, l'activité de régulation des demandes de soins pendant les horaires de la permanence des soins est un composant à part entier du dispositif et elle a été rendue obligatoire sur l'ensemble du territoire par un décret 15 septembre 2003<sup>543</sup>. C'est l'article R. 6315-3 du Code de la santé publique qui prévoit que « l'accès au médecin de la permanence

---

<sup>540</sup> Art. R. 6315-6 al.4 du CSP.

<sup>541</sup> Art. R. 6315-2 du CSP.

<sup>542</sup> Art. R. 6315-4 al.2 du CSP.

<sup>543</sup> Décret n° 2003-880 du 15 septembre 2003 relatif aux modalités d'organisation de la permanence des soins et aux conditions de participation des médecins à cette permanence et modifiant le code de la santé publique, JO, 16 sept.2003, p. 15863.

des soins ambulatoires fait l'objet d'une régulation médicale téléphonique préalable ». La régulation instaurée dans le cadre de la permanence des soins ambulatoires est ainsi une régulation qui est à la fois médicale et téléphonique. Toute régulation des demandes de soins non programmés relevant de la médecine de ville est constitutive d'un acte médical, qui doit être assuré par un médecin et engage sa responsabilité individuelle. Le Conseil national de l'ordre des médecins insiste sur la nécessité que la régulation en la matière reste effectivement médicale, c'est-à-dire effectuée par un médecin régulateur formé et entièrement dédié à cette activité. L'acte de régulation médicale d'une demande relevant de la permanence des soins ambulatoires à la caractéristique d'être un acte médical effectué au téléphone, en distance du patient et s'inscrit, par conséquent, dans le champ de la télémédecine<sup>544</sup>.

La régulation téléphonique de la permanence des soins ambulatoires doit, en outre, être prioritairement assurée par les médecins généralistes eux-mêmes. C'est pour cette raison que cette régulation est souvent qualifiée de régulation libérale. Cette exigence repose sur l'affirmation que les médecins généralistes apparaissent comme « mieux placés pour apporter une réponse à une demande du champ des soins de premier recours, comme les médecins hospitaliers urgentistes, quant à eux, sont les mieux fournis en compétences pour répondre à un appel d'urgence. »<sup>545</sup>

La Haute autorité de santé avait procédé, de son côté, à la publication des recommandations relatives aux modalités de prise en charge d'un appel de demande des soins non programmés dans le cadre de la régulation médicale<sup>546</sup>. Ainsi, la réponse apportée à une telle demande adressée au médecin régulateur peut aller d'un simple conseil médical téléphonique, ou d'une prescription médicamenteuse par téléphone, jusqu'à l'orientation du patient vers un médecin de garde ou vers un lieu fixe de consultation de la permanence des soins ambulatoires<sup>547</sup>. Toujours est-il que le médecin régulateur doit chercher la réponse la plus appropriée à la situation de la personne qui le contacte.

Par ailleurs, la régulation médicale libérale est souvent présentée comme le pilier de la permanence des soins ambulatoires. Celle-ci présente ainsi des intérêts à plusieurs niveaux : tout d'abord, à l'égard des usagers du système de santé, qui pourront ainsi bénéficier d'un conseil médical pertinent, ou même d'une prescription médicamenteuse, fournis par un

---

<sup>544</sup> Art. L. 6316-1 du CSP.

<sup>545</sup> BLEMONT, Patrice, FAVIER, Christian, *Permanence des soins et système des urgences en France*, Paris, Berger Levrault, 2012, p. 153-154.

<sup>546</sup> V. HAS, Modalités de prise en charge d'un appel de demande de soins non programmés dans le cadre de la régulation médicale, mars 2011.

<sup>547</sup> *Ibid*, p. 12-14.

médecin qualifié en médecine générale, apportant une réponse à leur demande de soins aux horaires de la permanence des soins ambulatoires par téléphone, sans qu'ils aient ainsi à se déplacer pour consulter un médecin de permanence lorsque les circonstances ne le demandent pas ; ensuite, à l'égard des médecins de permanence, notamment des secteurs ruraux, dont l'intervention ne pourrait plus être sollicitée que par le médecin régulateur et non plus directement par le patient. Cela permettrait ainsi de limiter l'activité des médecins pendant leur service de garde aux actes médicalement justifiés et aux consultations et visites jugées nécessaires par le médecin régulateur. Cela aurait pour effet de diminuer la pénibilité des gardes pour les médecins de permanence et de leur permettre de travailler dans des conditions améliorées. De plus, la régulation des appels de la permanence des soins ambulatoires assurée par les médecins libéraux aurait pour effet de désengorger la régulation de l'aide médicale urgente assurée par les médecins hospitaliers du service d'aide médicale urgente, qui n'auraient plus à traiter que les vrais appels d'urgence dans des conditions de plus de rapidité et de plus d'efficacité. Finalement, il y aurait également un intérêt non négligeable de l'activité de régulation de la permanence des soins ambulatoires au niveau de la maîtrise des dépenses de santé. En effet, certaines demandes aux heures de la permanence des soins pourraient ainsi être traitées par un simple conseil médical du médecin régulateur sans déclencher l'intervention d'un médecin de permanence et, respectivement, le paiement des honoraires et des majorations spécifiques des actes effectués lors de la permanence des soins. En ce sens, le dispositif de régulation des appels de la permanence des soins ambulatoire pourrait constituer un outil pour lutter contre le phénomène de « consumérisme médical. »

Le deuxième aspect de la prise en charge de la permanence des soins ambulatoires par les médecins de ville se réfère à l'accomplissement des gardes et des astreintes par ces derniers, dont l'intervention auprès d'un patient pourrait être déclenchée par le médecin régulateur.

La permanence des soins ambulatoires relève pour son exécution des médecins de ville, mais il existe, en réalité, plusieurs catégories de médecins qui sont susceptibles d'effectuer des gardes dans son cadre et ils sont mentionnés à l'article L. 6314-1 du Code de la santé publique. Ainsi, comme le révèle le Conseil national de l'ordre des médecins, il s'agit des médecins libéraux ou salariés, installés ou remplaçants, en activité ou à la retraite<sup>548</sup>. La garde médicale aux horaires de la permanence des soins ambulatoires est traditionnellement

---

<sup>548</sup> V. CNOM, *Enquête sur l'état des lieux de la permanence des soins ambulatoires en médecine générale au 31 décembre 2019*, p. 56-59.

assurée par les médecins libéraux exerçant en cabinet et le Code de la santé publique vise aussi bien les médecins conventionnés, que les médecins qui se trouvent en dehors du système de la convention nationale médicale. Cependant, la participation des médecins généralistes salariés exerçant dans le cadre des centres de santé a été également sollicitée par les pouvoirs publics. L'activité de la permanence des soins ambulatoires est également susceptible d'être assurée par des médecins remplaçants ou retraités<sup>549</sup>. Par ailleurs, l'article 28 de l'ordonnance du 17 janvier 2018 relative au service de santé des armées et à l'Institution nationale des invalides avait prévu la possibilité pour les praticiens des armées de contribuer à la mission de permanence des soins ambulatoires<sup>550</sup>. De la même manière, une grande partie de la prise en charge de l'activité de la permanence des soins ambulatoires en milieu urbain et péri-urbain est, en réalité, assurée par des associations de permanence des soins regroupant en son sein des médecins libéraux<sup>551</sup>.

Or, il faut préciser, que malgré l'organisation formelle de l'activité de permanence des soins ambulatoires selon une logique de service public, le régime juridique attaché à cette mission est marqué par un certain nombre d'ambiguïtés qui semblent difficilement conciliables avec son statut de mission de service public.

#### B. Les ambiguïtés du régime juridique de la permanence des soins ambulatoires

Si l'on s'intéresse de manière plus approfondie au régime juridique applicable à la permanence des soins ambulatoires, on peut constater l'existence d'un certain nombre d'éléments qui ne semblent pas en concordance avec le statut de mission de service public de cette activité. Il faut souligner ainsi, en premier lieu, que nonobstant la qualification de la permanence des soins ambulatoires en mission de service public, on retrouve dans le cadre du dispositif juridique concerné les méthodes classiques d'incitation utilisés par les pouvoirs publics à l'égard des professionnels de santé de ville (1). De plus, la position de la jurisprudence quant au régime juridique applicable à la responsabilité civile des médecins prenant en charge cette activité ne s'accorde pas avec la qualification de celle-ci en mission de service public (2).

---

<sup>549</sup> En ce sens, l'art. L. 6314-1 du CSP vise la catégorie des médecins ayant conservé une pratique clinique dont les modalités de participation à la permanence des soins ambulatoires sont précisées par le biais d'un contrat conclu avec les agences régionales de santé.

<sup>550</sup> JO, 28 janv. 2018, texte n° 13.

<sup>551</sup> V. Assemblée nationale, *Rapport d'information n°2873 en conclusion de la mission sur l'organisation de la permanence des soins*, 3 juin 2015, *op.cit.*

1. La consécration du principe du volontariat des médecins dans la prise en charge de la mission de permanence des soins ambulatoires

Le refus de la contrainte juridique à l'égard des médecins de ville dans la prise en charge de la permanence des soins ambulatoires résulte, en effet, de la consécration du principe de leur participation au sein du dispositif sur la base du volontariat<sup>552</sup>. En ce sens, la règle du volontariat s'applique aussi bien pour l'activité de permanence de soins stricto sensu, c'est-à-dire pour l'effectuation des gardes et des astreintes, que pour l'activité de régulation téléphonique des appels relevant de la permanence des soins ambulatoires. L'application du principe du volontariat en la matière signifie, plus concrètement, qu'il n'existe pas une obligation juridique contraignante pour les médecins de participer à la prise en charge de la permanence des soins ambulatoires. Leur choix de ne pas se porter volontaires pour assurer cette mission ne peut donner lieu ainsi à une sanction juridique quelconque, y compris à une sanction disciplinaire<sup>553</sup>. Cela traduit l'existence d'une situation assez paradoxale. Le législateur, au vu de l'importance de la permanence des soins ambulatoires pour la santé publique, avait décidé de qualifier celle-ci comme mission de service public et d'investir les médecins de ville de sa prise en charge au profit de la population. Or, parallèlement, le pouvoir réglementaire avait laissé le libre choix à ces derniers de participer ou non à l'exécution de cette mission de service public. En ce sens, la combinaison entre la notion de service public et le principe de volontariat au sein de ce dispositif est assez difficilement explicable.

Toujours est-il, que le refus de contrainte en la matière traduit une logique d'incitation des médecins de ville pour susciter leur participation au sein du dispositif en question. Or, l'incitation en la matière se présente comme une incitation financière et passe, en ce sens, par la valorisation de la rémunération de la permanence des soins ambulatoires. La valorisation en question a été conçue comme un moyen indispensable pour assurer « l'attractivité » de l'activité de permanence des soins ambulatoires. Or, dans le cadre du financement de celle-ci, on assiste à une combinaison entre la rémunération à l'acte et la rémunération forfaitaire des médecins de ville. Ainsi, les actes effectués par les médecins de garde aux horaires de la permanence des soins ambulatoires sont rémunérés par l'Assurance maladie sur la base des

---

<sup>552</sup> Art. R. 6315-4, al. 1 du CSP.

<sup>553</sup> L'article R. 4127-77 du CSP dispose désormais qu'il est du devoir du médecin de participer à la permanence des soins, mais dans le cadre des lois et des règlements qui l'organisent, c'est-à-dire en tenant compte du principe du volontariat pour la participation à cette activité.

tarifs dont le montant est majoré et varie selon les modalités de prise en charge – consultation au cabinet ou visite au domicile du patient<sup>554</sup>. La nouveauté réside surtout dans la création d'une rémunération complémentaire et forfaitaire de la permanence des soins ambulatoires indépendamment des actes accomplis dans son cadre<sup>555</sup>. Cette rémunération concerne à la fois la participation aux gardes, et la participation à la régulation téléphonique des demandes de soins. Le montant de ce financement forfaitaire est fixé au niveau régional par chaque agence régionale de santé.

Cependant, à l'image du dispositif du contrat d'engagement de service public, le volontariat et l'incitation financière dans le cadre du dispositif de la permanence des soins ambulatoires ont comme contreponds des mécanismes de puissance publique qui peuvent être mobilisés par les autorités administratives afin d'éviter une éventuelle rupture dans la prise en charge de cette mission au profit de la population.

C'est ainsi qu'en dernier ressort, le représentant de l'Etat dans le département est autorisé à utiliser son pouvoir de réquisition pour faire face à l'absence des médecins volontaires pour assurer la permanence des soins ambulatoires sur un territoire de permanence donné<sup>556</sup>. Or, même si l'usage du pouvoir de réquisition est censé rester exceptionnel, pour ne pas faire obstacle à l'application du principe du volontariat en la matière, la consécration d'un tel pouvoir de puissance publique dans le cadre du dispositif semble logique au regard de la qualification de service public attribuée à la permanence des soins ambulatoires. En ce sens, le médecin qui ne défère pas à un acte de réquisition commet une faute professionnelle et peut se voir infliger une sanction disciplinaire, sauf des raisons impérieuses justifiant son comportement<sup>557</sup>.

Néanmoins, cette combinaison entre le volontariat et l'incitation financière est parfois à l'origine de difficultés dans l'organisation de la permanence des soins ambulatoires qui menacent ainsi la stabilité de cette mission de service public conférée à la médecine de ville. En ce sens, le Conseil national de l'Ordre des médecins relève que le manque des médecins participant au dispositif apparaît comme la cause majeure qui se trouve à l'origine de certains dysfonctionnements du dispositif<sup>558</sup>.

---

<sup>554</sup> V. annexe 9 de la convention médicale nationale du 25 août 2015.

<sup>555</sup> Art. R. 6315-6 al. 5 du CSP.

<sup>556</sup> Art. L. 6314-1 al. 2 du CSP.

<sup>557</sup> CE, 23 janv. 2013, *M.A.*, n° 344706.

<sup>558</sup> CNOM, *Enquête sur l'état des lieux de la permanence des soins ambulatoires en médecine générale au 31 décembre 2019*, p. 69-71.

En ce sens, les pouvoirs publics se trouvent à la recherche permanente des moyens pour maîtriser le coût de la permanence des soins ambulatoires. L'une des actions préconisées en la matière consiste dans la fusion des territoires de permanence des soins permettant ainsi de réduire leur nombre. Cette politique de rationalisation du nombre des territoires de permanence est particulièrement développée pour la permanence des soins ambulatoires en soirée et en nuit profonde<sup>559</sup>. Elle permet de réduire la fréquence des gardes pour les médecins de ville, mais également de diminuer le nombre des rémunérations forfaitaires qui devraient être versées par les agences régionales de santé. Cependant, comme le révèle le Sénat, les fusions des territoires de permanence de soins sont en partie motivées par l'insuffisance des médecins volontaires dans certains territoires, mais elles sont également susceptibles de renforcer le processus d'érosion du volontariat en la matière<sup>560</sup>. En effet, toute réduction du nombre des territoires de permanences des soins implique des nouvelles charges pour les médecins de garde notamment en termes d'une augmentation des distances à parcourir aux horaires de la permanence des soins.

Il s'agit ici d'une démonstration concrète que les difficultés liées au financement de la permanence des soins ambulatoires peuvent parfois donner lieu à des solutions contestables sur le plan pratique et juridique. Un autre exemple en ce sens se réfère à la problématique de la détermination du régime juridique de responsabilité civile applicable aux médecins effecteurs de la permanence des soins ambulatoires.

## 2. La solution contestable d'application d'un régime de responsabilité civile de droit privé aux médecins effecteurs de la permanence des soins ambulatoire

Il faut préciser ici que la qualification de la permanence des soins ambulatoires en mission de service public a été fortement sollicitée par le Conseil national de l'ordre des médecins dans l'objectif de permettre à tous les médecins de ville participant à cette activité de bénéficier d'une protection juridique de la part de l'Etat dans le domaine de la responsabilité civile. La position du Conseil était que cette protection juridique devrait couvrir

---

<sup>559</sup> *Ibid*, p. 33. .

<sup>560</sup> Sénat, *Rapport d'information n° 685 fait au nom de la commission des affaires sociales sur les urgences hospitalières*, op.cit., p. 45.

les dommages subis, mais également les dommages causés par les médecins à l'occasion de la prise en charge de la permanence des soins ambulatoires<sup>561</sup>.

Cependant, l'article L. 6314-2 du Code de la santé publique consacre un régime de responsabilité civile de droit administratif uniquement l'égard des médecins de ville assurant la régulation des appels téléphoniques relevant de la permanence des soins. Ces derniers engagent ainsi, en cas de faute commise dans le cadre de cette activité, la responsabilité civile de l'établissement public de santé d'accueil du service de l'aide médicale urgente. En revanche, rien n'est prévu au sein du Code de la santé publique en ce qui concerne le régime de responsabilité civile applicable aux médecins effecteurs de la permanence des soins ambulatoires. C'est la jurisprudence qui a dû apporter une réponse en la matière et la solution semble être fixée de manière claire : le médecin effecteur de la permanence des soins ambulatoires engage sa responsabilité civile personnelle pour les actes de soins commis à l'occasion de la prise en charge de cette activité.

C'est tout d'abord la Cour administrative d'appel de Paris qui avait statué en ce sens, tout en procédant à une définition extrêmement restrictive du champ de la mission de service public de la permanence des soins ambulatoires. Ainsi, pour la juridiction administrative d'appel de Paris, cette mission de service public comportait l'organisation de la régulation des appels des patients et l'accès à ceux-ci à un médecin de permanence. Elle se limitait, par conséquent, à la seule mission de régulation des demandes de soins relevant de la permanence des soins. La Cour administrative d'appel de Paris en avait déduit que les médecins effecteurs de la permanence des soins ambulatoires n'accomplissaient pas une mission de service public et engageaient, par conséquent, leur responsabilité civile personnelle pour tout acte accompli lors de la prise en charge de cette activité<sup>562</sup>. La Cour de cassation avait par ailleurs adopté la même position dans un arrêt du 4 février 2015. Elle avait également refusé de reconnaître au profit d'un médecin libéral effecteur de la permanence des soins ambulatoires le statut de collaborateur occasionnel de service public, même lorsque son intervention auprès d'un patient a été sollicitée par un centre de réception et de régulation des appels de SAMU<sup>563</sup>. Plus récemment, le Tribunal de conflit avait confirmé cette solution, en précisant à nouveau que les interventions effectuées par un médecin de permanence ne constituaient pas en elles-

---

<sup>561</sup> V. CNOM, *Permanence des soins*, lettre adressée au Ministre de la santé et des solidarités, 27 janvier 2006, CNOM, *Organisation de la permanence des soins*, circulaire n° 2007.005 du 11 janvier 2007.

<sup>562</sup> CAA Paris, 10 nov. 2011, *Mme A*, n° 11PA01228.

<sup>563</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 4 févr. 2015, n° 14-10.337.



mêmes une mission de service public, mais une modalité d'exercice de la profession libérale du médecin<sup>564</sup>.

Sur le plan de la responsabilité civile des médecins de ville participant à la permanence des soins ambulatoires, il faut ainsi distinguer entre les médecins régulateurs et les médecins effecteurs. Les médecins régulateurs bénéficient d'un régime de responsabilité civile de droit administratif en vertu du Code de la santé publique. Les juridictions considèrent que ces derniers se trouvent investis de la mission de service public de permanence des soins ambulatoires. L'activité de régulation qu'ils effectuent dans le cadre de cette mission constitue donc une activité distincte et étrangère à leur activité ordinaire de médecine libérale. Tel n'est pas le cas, en revanche, des médecins effecteurs, qui sont personnellement responsables pour les actes commis à l'occasion de la permanence des soins ambulatoires. Selon les juridictions, ces derniers ne se trouvent pas dans le cadre d'une mission de service public, mais dans la continuité de leur activité ordinaire de médecins libéraux.

Il existe pour autant plusieurs arguments qui pourraient jouer en faveur de la reconnaissance d'un régime de responsabilité civile de droit administratif au profit des médecins effecteurs de la permanence des soins ambulatoires.

Il est possible ainsi d'objecter au constat que les médecins effecteurs ne se trouvent pas investis de la mission de service public de permanence des soins ambulatoires. En effet, une telle investiture résulte expressément des dispositions de l'article L. 6314-1 du Code de la santé publique qui énumère dans son premier alinéa les différents statuts des médecins susceptibles d'assurer cette mission de service public en tant que médecins effecteurs. De la même manière, la volonté d'un médecin de participer comme effecteur à la permanence des soins ambulatoires est officialisée par son inscription nominative au sein du tableau départemental de la permanence des soins. Cette inscription devrait normalement suffire pour déclencher la protection juridique de l'Etat à son égard sur le fondement de l'article L. 6314-1 du Code de la santé publique en contrepartie de l'engagement formel du médecin de participer au dispositif de la permanence des soins ambulatoires.

Il existe également différents arguments qui permettent de démontrer qu'un médecin de ville effecteur de la permanence des soins ambulatoires ne se situe pas exactement dans la prolongation de son activité médicale ordinaire.

---

<sup>564</sup> T. Confl., 9 mai 2016, n° 4046.

L'argument le plus significatif consiste dans l'intervention du médecin de permanence en la matière, qui est en principe déclenchée par le médecin régulateur. En ce sens, cette intervention vise à répondre exclusivement à des demandes de soins non programmés, ce qui fait que le médecin de permanence s'écarte, en réalité, de son activité normale où il est censé intervenir essentiellement pour prendre en charge les demandes de soins programmés de sa patientèle et sur rendez-vous préalablement fixé. Par ailleurs, l'existence d'une rémunération forfaitaire attribuée en contrepartie de la prise en charge de l'activité de garde aux horaires de la permanence des soins constitue également un facteur significatif du caractère particulier de cette mission dans le cadre de l'activité globale du médecin de ville qui est en principe rémunérée sur la base du paiement à l'acte. Il existe également une attention particulière portée par les autorités publiques à l'accessibilité financière de la permanence des soins ambulatoires pour la population. En ce sens, le Conseil d'Etat a pu admettre que le non conventionnement d'un médecin était un motif susceptible de justifier son exemption de permanence, dans la mesure où une telle situation pouvait avoir une incidence sur l'accès des patients au service de garde en dissuadant certains d'entre eux d'y recourir<sup>565</sup>.

Tous ses éléments illustrent bien que les médecins effecteurs de la permanence des soins ambulatoires se trouvent dans l'exercice d'une mission particulière de service public qui se distingue nettement de leur activité ordinaire.

La responsabilité civile de droit administratif est susceptible d'être accordée également aux médecins de ville réquisitionnés dans le cadre de la permanence des soins ambulatoires sur le fondement de l'article L. 6314-1 al. 2 du Code de la santé publique. Ils pourront ainsi bénéficier du statut de collaborateur occasionnel de service public, dans la mesure où ils se sont vu imposer par la puissance publique la participation à une mission de service public<sup>566</sup>.

De la même manière, les différents rapports, rendus en la matière, invoquent, à propos de ces solutions jurisprudentielles, une remise en cause de la mission de service public des médecins effecteurs<sup>567</sup> ou encore une reconnaissance insuffisante de la mission de service public accomplie par les médecins de permanence. Il s'agit, de toute manière, d'un facteur

---

<sup>565</sup> CE, 18 oct. 2002, n°222544.

<sup>566</sup> V. CE, 5 mars 1943, *Chavat*, Rec. 62 ; CE, 22 nov. 1946, *Commune de Saint-Priets-la-Plaine*, n° 74725 74726, Rec. 279.

<sup>567</sup> CNOM, *Enquête sur l'état des lieux de la permanence des soins ambulatoires en médecine générale au 31 décembre 2017*, op.cit , p. 54.

complémentaire susceptible de susciter un désengagement de la part des médecins de ville dans la prise en charge de la permanence des soins ambulatoires<sup>568</sup>.

Plus récemment, est apparue dans les textes législatifs, une démarche d'intégration des services de soins de ville au système de santé par le biais d'un recours généralisé à la notion de service public. Cette démarche s'inscrit dans le processus de construction d'un système de santé territorialisé en droit français.

Il faut conclure ainsi que la création des dispositifs du contrat d'engagement de service public et de la permanence des soins ambulatoires au sein de la législation sanitaire avait permis de constater la nécessité d'intégrer de manière plus solide l'offre de soins de ville au sein du système de santé, ainsi que d'assurer la collaboration plus active des professionnels de santé de ville dans la prise en charge de certains besoins collectifs d'intérêt public dans le domaine de la santé. Cependant, l'examen plus approfondi de ces dispositifs permet également de constater l'efficacité médiocre de l'intégration des offreurs de soins de ville au sein du système de santé par le biais de la notion de service public. En effet, malgré le recours à cette notion, les régimes juridiques applicables à ces deux dispositifs font apparaître un écart considérable de la logique classique de service public, en raison de la place prioritaire laissée en leur sein à l'autonomie et à la volonté des professionnels de santé de ville.

Or, malgré ce constat, les réformes juridiques en matière sanitaire ont par la suite cherché à promouvoir la démarche du recours à la notion de service public comme mode d'organisation du système de santé, dans l'objectif d'intégrer de manière plus étendue les services de santé de ville.

## **Section 2. Le recours à la notion de service public comme mode d'organisation de l'offre de soins de ville**

La notion de service public tend à être progressivement utilisée comme instrument au vu de l'intégration de l'offre de soins de ville au sein d'un système de santé coordonné, territorialisé et organisé autour des parcours de santé de la population. Cependant, le législateur français n'est pas arrivé à trouver une formule suffisamment opérationnelle pour faire de la notion de service public un levier véritablement efficace d'intégration des services de santé de ville au sein du système de santé.

---

<sup>568</sup> Sénat, *Rapport d'information n° 685 fait au nom de la commission des affaires sociales sur les urgences hospitalières*, p. 132.

Ainsi, la première tentative d'intégration plus poussée de l'offre de soins de ville au sein du système de santé, par le biais de la notion de service public, a été l'œuvre de la loi Bachelot du 21 juillet 2009 (§1)<sup>569</sup>. Une deuxième tentative en ce sens a été initiée par la réforme Touraine de 2016 par l'intermédiaire des notions de service public territorial de santé et de service territorial de santé au public (§2).

### ***§.1 L'effort imparfait d'organisation de l'offre de soins de ville sous l'égide de la notion de service public au sein de la réforme Bachelot de 2009***

La loi Bachelot du 21 juillet 2009 peut être présentée comme la première réforme sanitaire qui avait engagé un processus d'intégration de l'offre de soins de ville au sein du système de santé sur la base d'une logique de service public.

Or, outre les dispositifs du contrat d'engagement de service public et de la permanence des soins ambulatoires, qui ont été déjà examinés, cette démarche initiée par réforme Bachelot est encore plus perceptible au travers de deux notions que cette loi a introduites en droit de la santé français. La première de ces notions est la notion de soins de premier recours, dont l'exécution a été dévolue aux professionnels de santé de ville (**A**). En deuxième lieu, il s'agit de la notion de mission de service public de santé, qui s'est substituée en 2009 à la notion de service public hospitalier, et qui par son approche exclusivement matérielle impliquait la participation de l'offre de soins de ville dans le cadre de sa prise en charge (**B**). Il s'agit néanmoins de mettre en valeur certaines insuffisances des dispositifs introduits sur ce plan par la réforme Bachelot.

#### **A. Les prémices d'une définition des soins de premier recours en droit français**

L'article 36 de la loi Bachelot, intégré dans un titre II intitulé « Accès de tous à des soins de qualité »,<sup>570</sup> avait posé en droit français le principe de l'organisation de l'offre de soins en niveaux de recours. En ce qui concerne les soins de santé de ville, le législateur avait distingué les soins de premier recours et les soins de deuxième recours<sup>571</sup>. L'objectif de la réforme était ainsi d'assurer l'organisation territorialisée des deux niveaux de l'offre de soins

---

<sup>569</sup> V. art. 1-IV de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 préc.

<sup>570</sup> Cette réforme a été largement préconisée dans la conclusion des Etats généraux l'organisation de la santé qui se sont réunis préalablement au vote de la réforme HPST. V. Ministères des solidarités et de la santé, *Etats généraux de l'organisation de la santé, synthèse des travaux du groupe permanent n°1*, Février 2008, p. 5 et s.

<sup>571</sup> Sachant qu'il existe également des soins de troisième recours qui se caractérisent par un haut degré de spécialisation et qui sont en générale fournis par des établissements de santé.

par les agences régionales de santé au travers des instruments de la planification sanitaire. La loi Bachelot avait fourni ainsi une définition plus détaillée des soins de premier recours. Les soins de deuxième recours ayant été définis en négatif, comme tous les soins non couverts par l'offre de soins de premier recours.

Il faut souligner ainsi que la notion de soins de premier recours constitue, en effet, une déclinaison tardive en droit français<sup>(2)</sup> de la notion de soins primaires originairement définie au niveau international à la fin des années 1970 (1). Ces deux notions peuvent ainsi être comparées à la notion de service universel développée sous l'égide du droit de l'Union Européenne.

1. La notion de soins primaires en droit international confrontée à la notion de service universel en droit de l'Union Européenne

La définition internationale des soins primaires a été posée dans le cadre de la Déclaration d'Alma-Ata du 12 septembre 1978, établie à l'issue de la Conférence internationale sur les soins de santé primaires, organisée sous l'égide de l'Organisation mondiale de la santé<sup>572</sup>. Cette définition est particulièrement large et il est possible de distinguer en son sein deux éléments caractéristiques de la notion internationale de soins primaires.

Les soins de santé primaires apparaissent ainsi comme des soins essentiels visant à résoudre les principaux problèmes de santé de la communauté. Ils comprennent un minimum d'activités de base qui doivent être nécessairement mises en place au profit des individus et des familles. Il s'agit des activités qui s'inscrivent dans le champ sanitaire comme l'éducation pour la santé, la prévention, le traitement des maladies et des lésions courantes, la fourniture des médicaments essentiels. Cependant, les soins primaires regroupent également des activités qui vont au-delà du domaine strictement sanitaire comme l'approvisionnement en eau saine et les mesures d'assainissement de base. Leur prestation repose sur des multiples secteurs comme le secteur de la santé, le secteur de l'industrie, le secteur de l'agriculture, le secteur de l'éducation etc.

Les soins de santé primaires doivent par ailleurs être rendus accessibles à tous les individus et familles de la communauté par les pays membres. Leur prestation implique la

---

<sup>572</sup> V. Art. VI et VII de la Déclaration d'Alma-Ata sur les soins de santé primaires de 1978.

participation des individus et des familles, ainsi que la prise en charge à un prix que la communauté et les pays membres peuvent assumer. Les soins primaires apparaissent, en ce sens, comme un objectif à atteindre par tous les pays membres de l'Organisation mondiale de santé. Ces derniers doivent être aménagés dans des conditions garantissant leur accessibilité à l'égard des populations. Il s'agit ainsi d'un concept large, « porteur d'une ambition de justice sociale. »<sup>573</sup>

Il existe également une autre dimension des soins de santé primaires définis par l'Organisation mondiale de santé. Ils apparaissent, en effet, comme des soins de santé généralistes permettant de répondre à la plus vaste gamme de problèmes de santé rencontrés, à savoir les affections médicalement les moins complexes. En ce sens, les soins de santé primaires sont définis également comme le premier niveau de contacts des individus, des familles, de la communauté avec le système national de santé. Ils sont présentés comme le premier élément d'un processus continu de protection sanitaire. C'est pour cette raison, que les soins de santé primaires doivent être organisés dans des conditions de proximité avec les lieux où les gens vivent et travaillent.

Dans son rapport sur la santé dans le monde 2008, consacré aux soins de santé primaires, l'Organisation mondiale de santé avait insisté sur la nécessité de recentrer les systèmes de santé nationaux sur les de soins de santé primaires et avait rappelé les objectifs attachés à ce type de soins dans le monde, qui sont le développement d'un état de santé qui permettra aux peuples de mener une vie socialement et économiquement productive, le développement d'une meilleure santé pour tous<sup>574</sup>.

Il faut soulever ici l'existence d'une proximité conceptuelle entre la notion de soins primaires en droit international et la notion de service universel en droit de l'Union Européenne. A priori, l'idée d'une proximité entre ces deux notions semble difficile à envisager. En effet, en droit de l'Union européenne, la fonction initiale et essentielle assignée à la notion de service universel a été d'atténuer les conséquences liées à l'ouverture à la concurrence de certains secteurs monopolisés au travers d'une garantie d'accès, au profit de tous les citoyens européens, à un ensemble de services de bases au sein des secteurs en questions. Cela explique que le recours à la notion de service universel en droit de l'Union européenne se concrétise en particulier au sein des secteurs des services en réseaux, tels que

---

<sup>573</sup> VERGA-GERARD, (A.), « Les soins primaires : une définition du champ pour développer le recherche », *RESP*, vol. 66, 2, 2018, pp. 157-162.

<sup>574</sup> OMS, *Les soins de santé primaires : maintenant plus que jamais, Rapport sur la santé dans le monde 2008*,

le secteur des télécommunications, des services postaux et de l'électricité. Par conséquent, le secteur des services de santé apparaît comme totalement étranger à la mise en place d'une logique de service universel.

Il existe néanmoins un concept global de service universel dans le cadre européen. Ainsi, la première définition de celui-ci découle des travaux de la Commission européenne qui a pu envisager le service universel comme « un service de base offert à tous, dans l'ensemble de la communauté, à des conditions tarifaires abordables et à un niveau de qualité standard<sup>575</sup>. » Une définition plus récente a été donnée par la directive européenne du 7 mars 2002 dite directive « service universel » en tant qu'un « ensemble minimal de services déterminés fournis à tous les utilisateurs finals à un prix abordable<sup>576</sup>. » Cette définition a été complétée par le Livre vert de la Commission européenne sur les services d'intérêt général, selon lequel le service universel comprend un « ensemble d'exigences d'intérêt général dont l'objectif est de veiller à ce que certains services soient mis à la disposition de tous les consommateurs et utilisateurs sur la totalité du territoire d'un Etat membre, indépendamment de leur position géographique, au niveau de qualité spécifié et, compte tenu de circonstances nationales particulières, à un prix abordable<sup>577</sup>. »

Il est possible ainsi d'identifier la présence de certaines similitudes entre la notion de service universel et la notion de soins primaires en matière de santé.

Les deux notions sont ainsi traversées par une logique d'équité, qui est de garantir à l'ensemble de la population un accès universel à certains types de prestations. Les prestations en question couvrent un ensemble de services de base, considérés comme des services essentiels et indispensables pour la communauté. D'ailleurs, à l'image des prestations de service universel, les soins primaires doivent être mis à la disposition de la population par les pouvoirs publics dans des conditions de qualité de base et d'accessibilité tarifaire.

A partir de cette observation, le constat s'impose que la technique du service universel est susceptible de recevoir une déclinaison dans tous les secteurs de services, y compris dans le secteur des services de santé. C'est en ce sens, que le législateur sanitaire en 2009 avait

---

<sup>575</sup> V. BRACONNIER, Stéphane, *Droit des services publics, op.cit.*, p. 82 : l'auteur se réfère à une définition fournie dans le cadre du Livre vert de la Commission du 11 juin 1992 sur les services postaux.

<sup>576</sup> Dir. 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002, dite « service universel », JOCE 24 avr.2002, cons. n° 4.

<sup>577</sup> Livre vert de la Commission, du 21 mai 2003, sur les services d'intérêt général, JOCE, 25 mars 2004, cons. n° 3.1.

transposé la notion de service universel dans le domaine de la santé par le biais de la notion de soins de premier recours.

## 2. La notion de soins de premier recours, une déclinaison de la notion de service universel en droit français

Dans le cadre de la réforme Bachelot de 2009, les soins de premier recours<sup>578</sup> apparaissent comme des soins de santé généralistes, c'est-à-dire des soins de santé usuels pour des pathologies légères et pour lesquelles le diagnostic est aisé à poser. L'élément important caractérisant les soins de premier recours en droit français est qu'ils regroupent l'ensemble des soins de santé qui peuvent être reçus lors d'un premier contact avec le système de santé. Ils sont ainsi censés constituer le point d'entrée pour le patient au système de santé. Cela permet de les distinguer des soins de deuxième recours,<sup>579</sup> qui ont une place plus subsidiaire dans la loi Bachelot, mais qui semblent couvrir des soins plus spécialisés, plus complexes qui relèvent de la compétence des médecins spécialistes et dont l'exécution nécessite souvent un plateau technique plus sophistiqué<sup>580</sup>.

La loi Bachelot avait mentionné l'ensemble des soins de premier recours, précisé leurs fonctions au sein du système de santé et désigné les offreurs de soins responsables de leur prestation.

Les soins de premier recours s'articulent ainsi autour de quatre éléments. Ils couvrent nécessairement les activités suivantes : la prévention, le dépistage, le diagnostic, le traitement et le suivi du patient ; la dispensation et l'administration des médicaments, produits et dispositifs médicaux, ainsi que le conseil pharmaceutique ; l'orientation dans le système de soins et le secteur médico-social ; l'éducation pour la santé. La loi Bachelot avait insisté sur la nécessité d'organisation des soins de premier recours dans un cadre de proximité territoriale qui devrait être appréciée en termes de distance et de temps de parcours, de qualité et de sécurité. La proximité territoriale des soins de premier recours apparaît donc comme l'élément fondamental pour garantir leur accessibilité. La définition du champ matériel des soins de premier recours permet de se rendre compte qu'il s'agit des soins de santé généralistes

---

<sup>578</sup> Art. L. 1411-11 du CSP.

<sup>579</sup> Art. L. L. 1411-12 du CSP.

<sup>580</sup> V. SEGOVIA-KUENY, Sandrine, « Soins de premier et de second recours » *RDSS* 2009, p.35 ; MORET-BAILLY, Joël, « La loi HPST et l'accès aux soins » *RDSS* 2009, p. 820 ; GINON, Anne-Sophie, « La réorganisation de l'offre de soins en niveaux de recours : dits et non-dits d'une réforme d'ampleur », in *La loi HPST, regards sur la réforme du système de santé*, op.cit., p. 183.



puisque'ils sont basés sur le patient dans sa globalité physique et psychique. Les soins de santé de premier recours apparaissent non seulement comme un élément d'entrée au système de santé, mais aussi comme un élément d'orientation du patient au sein du système, ce qui permet de les inscrire dans une démarche de continuité et de coordination des soins de santé.

La question qui peut se poser, à partir de cette démarche de définition des soins de premier recours en droit français, est de savoir si celle-ci pourrait être analysée comme une forme de transposition de la notion de service universel dans le domaine des services de soins de santé. En effet, la loi Bachelot avait procédé à l'énumération d'un certain nombre de services de soins de base qui devraient être rendus accessibles à tous les usagers du système de santé. Or, la même opération a été effectuée par le législateur français lorsqu'il a procédé à l'énumération des prestations de base faisant partie du service universel des communications électroniques<sup>581</sup> ou du service universel en matière postale<sup>582</sup>. Cependant, il s'avère que le régime juridique attaché à la notion de soins de premier recours est beaucoup plus lapidaire que le régime juridique des services universels des communications électroniques et de la poste. Ainsi, l'exigence centrale pour la prestation des soins de premier recours est celle de leur proximité territoriale pour les usagers. A titre de comparaison, le régime juridique d'exécution du service universel postal semble beaucoup plus complet dans la mesure où celui-ci doit être assuré selon les principes classiques d'égalité, de continuité et d'adaptabilité, mais aussi selon des normes de qualité déterminées et à des prix abordables pour tous les utilisateurs.

Par ailleurs, la détermination du service universel dans un secteur donné suppose l'identification de l'opérateur ou des opérateurs chargés de la prise en charge de celui-ci au profit de la population<sup>583</sup>. Or, la loi Bachelot n'a pas été suffisamment claire dans l'identification des professionnels et des institutions de santé chargés de la prestation des soins de premier recours.

Il y a ainsi un premier professionnel de santé qui peut paraître comme l'acteur principal dans la prestation des soins de premier recours. Il s'agit du médecin généraliste de premier recours dont les missions au sein du système de santé ont également été définies par

---

<sup>581</sup> Art. L. 35-1 du CPCE

<sup>582</sup> Art. L. 1 du CPCE.

<sup>583</sup> L'art L. 2 du CPCE prévoit ainsi que la Poste est le prestataire du service universel postal pour une durée de quinze ans à compter du 1er janvier 2011. Dans le domaine des communications électroniques, l'art. L. 35-2 du CPCE prévoit que le service universel est susceptible d'être assuré par un ou plusieurs opérateurs désignés après l'organisation d'une procédure d'appel à candidature.

le législateur<sup>584</sup>. En effet, la loi Bachelot avait cherché ici à procéder à une sorte de revalorisation de la médecine générale, afin de lutter contre le phénomène observé de désaffectation de l'exercice omnipraticien par les nouvelles générations des médecins en France<sup>585</sup>. Il s'agissait également de mieux distinguer, au sein de la profession médicale, les médecins généralistes qui consacrent effectivement leur activité aux soins généralistes de premier recours de ceux qui se spécialisent dans un autre domaine (urgentistes, gériatres, homéopathes).<sup>586</sup>

Cependant, la loi Bachelot avait souligné également le rôle important des médecins traitants dans l'exécution des soins de premier recours. Or, le problème est ici que la notion de médecin traitant ne se superpose pas exactement avec celle du médecin généraliste de premier recours, ce qui peut être source de complexité.

Le dispositif du médecin traitant a été introduit en droit français par une loi 13 août 2004 relative à l'assurance maladie<sup>587</sup> et par la convention médicale du 12 janvier 2005<sup>588</sup> pour se substituer à l'ancien dispositif du médecin référent<sup>589</sup>. C'est l'article L. 162-5-3 du Code de la sécurité sociale qui prévoit actuellement l'application d'une pénalité financière pour tout assuré social, âgé d'au moins de 16 ans, qui n'est pas inscrit auprès d'un médecin traitant ou qui consulte un autre médecin sans prescription de son médecin traitant<sup>590</sup>. Cependant, dans l'objectif de concilier le dispositif du médecin traitant avec les exigences du principe du libre choix du malade de son praticien, il a été prévu que le médecin traitant choisi pourrait être un médecin généraliste ou un médecin spécialiste, ainsi qu'un médecin exerçant à titre libéral ou à titre salarié.

Il apparaît ainsi que certains médecins spécialistes, ou des médecins généralistes n'ayant pas une activité exclusive de soins de premier recours, peuvent avoir la qualité de médecins traitants. Or, le médecin traitant constitue également un premier niveau d'entrée au

---

<sup>584</sup> Art. 36, chapitre préliminaire de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 identifie 8 missions du médecin généraliste de premier recours.

<sup>585</sup> Le processus juridique de revalorisation de la médecine générale en droit français a été initié par la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 dont l'article 60 a classé la médecine générale parmi les différentes spécialités médicales.

<sup>586</sup> V. ROLLAND, Jean-Marie, *Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi HPST*, février 2009, t. I, p. 29

<sup>587</sup> JO, 17 août 2004, p.14598

<sup>588</sup> Approbation par l'arrêté du 3 février 2006, JO, 11 févr. 2005, p.2275

<sup>589</sup> L'option du médecin référent a été créée en 1998, mais le dispositif a été basé sur le volontariat des médecins généralistes et des patients et assorti de mécanismes incitatifs positifs : tiers payant pour le patient et montant forfaitaire pour le praticien pour chaque patient inscrit. V. BORGUEIL, Yann, « L'organisation des soins de premier recours en France, une réforme en quête de projet ? », *Santé, société et solidarité* n°2, 2008, p. 105.

<sup>590</sup> V. sur une application du principe de la pénalité financière prévue : CE, 12 févr.2014, n° 354505.

système de santé pour ses patients. Il apparaît donc difficile d'articuler les notions du médecin généraliste de premier recours et du médecin traitant et de bien cerner leurs rôles respectifs dans la prestation des soins de premier recours.

L'incohérence concernant les modes de prestation des soins de premier recours se trouve renforcée en droit français, dans la mesure où la loi Bachelot avait également insisté sur la nécessité de leur prise en charge transversale et pluridisciplinaire. Par conséquent, le législateur avait identifié d'autres acteurs susceptibles de concourir à la prestation des soins de premier recours comme par exemple les pharmaciens d'officine ou les centres de santé<sup>591</sup>. Il a été précisé que la prestation des soins de premier recours devait s'effectuer en collaboration avec les services de santé sociaux et médico-sociaux

En ce sens, il apparaissait que la loi Bachelot avait, en effet, érigé tous les professionnels et toutes les structures de santé de ville en prestataires potentiels des soins de premier recours, sans pour autant proposer des formules juridiques suffisamment pertinentes et élaborées pour la prise en charge de ce type de soins. Il n'existait pas, par conséquent, au sein de cette loi, une approche véritablement systémique et cohérente pour l'organisation des soins de premier recours.

Cela confirme le constat, selon lequel la loi Bachelot avait procédé à une définition essentiellement symbolique des soins de premier recours sans attacher à cette notion des conséquences juridiques suffisamment claires et précises<sup>592</sup>. Cette réforme n'a pas réussi ainsi à établir la hiérarchisation du système de santé français à partir des soins de premier recours. Le cas français continuait ainsi à se caractériser par la place insuffisante accordée aux soins de premier recours en matière de santé, même après l'entrée en vigueur de la loi Bachelot de 2009. Ce constat pourrait être mieux illustré au travers de l'exemple de certains pays européens ayant véritablement construit leurs systèmes de santé à partir des des soins primaires ou des soins de premier recours.

C'est le cas en particulier du Royaume-Uni et de l'Espagne, où les praticiens des soins primaires ont un véritable rôle de filtre, entendu de manière très stricte, pour l'accès de leurs patients aux soins spécialisés et aux soins hospitaliers. De tels pays, ayant une forte tradition de soins de premier recours, ont développé également des formules intéressantes pour la prise

---

<sup>591</sup>CARTIER, Thomas et al., « Constats sur l'organisation des soins primaires en France », in *Revue française de la médecine générale*, vol. 23, n°101, 2012.

<sup>592</sup> MILON, Alain, *Rapport n°380 fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi HPST*, mai 2009.; BRAS, Pierre-Louis, « Peut-on reformer les soins de premier recours ? » in *Les Tribunes de la santé* 2011/1 n° 30, p. 113 et s.

en charge des soins primaires. Ces formules permettent d'assurer un exercice regroupé et pluridisciplinaire des soins primaires. Ces soins peuvent ainsi être fournis à la population dans un cadre territorialisé, soit par des centres de soins primaires réunissant des médecins généralistes et du personnel médical (Espagne), soit par des cabinets médicaux individuels ou de groupe des médecins généralistes qui peuvent être intégrés au sein des centres de soins primaires pluridisciplinaires ou dans le cadre d'équipes pluridisciplinaires avec les prestataires d'offre de soins de deuxième recours (Royaume-Uni)<sup>593</sup>.

Dans ce type de pays, il y a donc deux grands sous-systèmes de prestation de soins qui sont particulièrement bien articulés : le système des soins primaires, qui repose sur les professionnels de santé de ville spécialisés dans les soins primaires et généralistes, et le système de soins secondaires qui repose sur les professionnels de santé pratiquant des soins spécialisés, le plus souvent au sein des établissements hospitaliers. Ces deux sous-systèmes ne se trouvent pas dans un rapport cloisonné, mais dans un rapport coordonné, grâce au rôle du filtre dans l'accès aux soins secondaires qui est attribué aux praticiens responsables de la prestation des soins primaires.

En revanche, la loi Bachelot de 2019 n'avait pas réussi à ériger la notion de soins de premier recours en pivot de l'organisation territoriale de l'offre de soins. Cependant, il faut préciser que les lois sanitaires postérieures, qui sont la loi de modernisation de notre système de santé de 2016 et la loi relative à l'organisation et à transformation du système de santé de 2019, ont permis de construire un modèle plus concret de prise en charge des soins de premier recours au sein du système de santé français, qui repose actuellement sur les équipes de soins primaires et, avant tout, sur les communautés professionnelles territoriales de santé<sup>594</sup>.

De la même manière, il est apparu que la notion de mission de service public mise en place par la loi Bachelot n'était pas, en réalité, suffisamment intégrative de l'offre de soins de ville.

## B. L'intégration insuffisante de l'offre de soins de ville dans le champ de la notion de mission de service public

---

<sup>593</sup> OMS Europe, *Building primary care in a changing Europe*, Rapport, 2015, p. 253 et s.; p. 295 et s. ; HARTMANN, Laurence, ULMANN, Philippe, ROCHAIX, Lise, « L'accès aux soins de premier recours en Europe », in *RFAS*, 2006, 2/3, p. 121 et s.

<sup>594</sup> V. *Infra*, p. 210 et s. ; p. 549.

La notion de mission de service public, avec son approche matérielle et fragmentée, pourrait apparaître comme un instrument particulièrement adapté pour l'intégration de l'offre de soins de ville à l'organisation et au fonctionnement du système de santé. De plus, un tel objectif semble être en coïncidence avec la démarche de définition des soins de premier recours en droit français, qui relèvent également de la compétence des professionnels de santé de ville.

En effet, la fonction primordiale attribuée à la notion de mission de service public dans le cadre de la loi Bachelot, était d'assurer une couverture territoriale complète et optimale en missions qualifiées de service public de santé. Cela impliquait plus précisément, que les quatorze missions de service public identifiées par la loi soient effectivement prises en charge sur tous les territoires de santé au profit de la population. Il s'agissait également d'éviter les doublons dans l'exécution de certaines de ces missions sur un territoire de santé donné<sup>595</sup>. A partir de là, il semblerait logique d'envisager l'association de tous les offreurs de soins à la desserte territoriale des missions de service public.

En ce sens, la loi Bachelot avait prévu l'hypothèse de prise en charge des missions de service public par les professionnels de santé de ville. Il s'agissait ainsi de la première fois en droit français où la notion de service public dans le secteur des soins était étendue en dehors du champ hospitalier<sup>596</sup>. Les agences régionales de santé pouvaient, en ce sens, déléguer par voie contractuelle l'exécution d'une mission de service public de santé à un offreur de soins outre qu'un établissement de santé. Cependant, pour ce qui est des professionnels de santé de ville, cette délégation était envisagée essentiellement au profit des structures dédiées à un exercice regroupé des soins de ville qui étaient, sous l'égide de la loi Bachelot, les centres de santé, les maisons de santé et les pôles de santé.

Or, malgré les apparences, la notion de mission de service public de santé est restée prioritairement attachée aux établissements de santé (1), et cela, même si certaines des

---

<sup>595</sup> ROLLAND, Jean-Marie, *Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi HPST, op.cit.*, p. 14 : « En premier lieu, l'examen des conditions d'accès aux soins montre que sur certains territoires, aucun établissement n'assure les missions de service tandis que dans d'autres, l'exercice de ces missions est parfois redondant. Il importe donc de définir précisément ces missions de service public pour que les autorités sanitaires puissent mieux les répartir. »

<sup>596</sup> Art. 1 de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 : « Outre les établissements de santé, peuvent être chargés d'assurer ou de contribuer à assurer, en fonction des besoins de la population appréciés par le schéma régional d'organisation des soins, les missions de service public définies à l'article L. 6112-1 :

« — les centres de santé, les maisons de santé et les pôles de santé ;

(...)

« — les autres personnes titulaires d'une autorisation d'équipement matériel lourd ;

« — les praticiens exerçant dans les établissements ou structures mentionnés au présent article. »

missions, relevant de son champ, étaient également constitutives des missions de soins de premier recours (2).

### 1. La circonscription de la notion de mission de service public dans le champ hospitalier

C'est le rapport Larcher du 10 avril 2008 qui avait initié une démarche de rupture avec la notion classique de service public hospitalier<sup>597</sup>. Ce rapport militait, en effet, pour la consécration d'une nouvelle notion de service public en matière de santé qui devrait être la notion de service public de santé. Cependant, cette nouvelle notion qui était proposée restait cantonnée dans le champ hospitalier.

En ce sens, le rapport Larcher partait du constat que le système de santé français ne réussissait pas à structurer le parcours de soins des patients en raison d'un manque de coordination entre les différents offreurs de soins. Il insistait donc sur l'amélioration de la coordination des prises en charge et sur le développement d'une offre de soins de proximité. Cependant, la nouvelle notion de service public de santé ne permettait pas véritablement de répondre à l'ensemble ces objectifs. Ainsi, le recours à une nouvelle approche de service public en matière de santé était censé permettre, avant tout, de mettre en concurrence les établissements de santé pour l'exécution des missions de service public. Il s'agissait également de mieux affirmer le rôle assumé, par les cliniques privées en tant que complément, voire alternative à l'hospitalisation publique dans la prise en charge des besoins d'intérêt général de la population en matière de santé. En ce sens, l'effet principalement recherché avec la notion de service public de santé était le renouvellement du cadre contractuel d'exécution du service public par les cliniques privées.

Dans le même sens, la notion de mission de service public était contenue dans le premier titre de la loi Bachelot qui était relatif à la modernisation des établissements de santé, et plus précisément, au sein du premier chapitre de celle-ci qui s'intitulait « Missions des établissements de santé. » Ainsi, dans le cadre de ce chapitre, le législateur avait distingué les missions générales des établissements de santé et les missions de service public des établissements de santé. La nouveauté était que désormais tout établissement de santé pouvait prétendre à l'exercice des missions de service public, quel que soit son statut. La notion de

---

<sup>597</sup> LARCHER, Gérard, *Rapport de la commission de concertation sur les missions de l'hôpital*, avril 2008.

mission de service public apparaissait ainsi comme étroitement liée aux établissements de santé, qui étaient identifiés par la loi comme les gestionnaires de droit commun des missions de service public. En revanche, tous les autres offreurs de soins se trouvaient dans une position secondaire, subsidiaire par rapport aux établissements de santé pour la prise en charge des missions de service public. Ainsi, à l'image de la notion de service public hospitalier, la notion de mission de service public avait un volet prioritairement hospitalier, malgré la logique d'ouverture de son exécution à des offreurs de soins autres que les établissements de santé.

Par ailleurs, une autre incohérence qui pourrait être décelé au sein du dispositif mis en place par la loi Bachelot, résultait du fait que certaines missions qualifiées de service public se recoupaient avec les missions relevant du champ des soins de premier recours. Or, cela pourrait paraître comme problématique, dans la mesure où les missions de service public étaient essentiellement du ressort des établissements de santé, alors que les soins de premier recours relevaient de la compétence des offreurs de soins de ville, et en particulier des médecins généralistes de premier recours.

## 2. La double qualification de certaines activités en missions de soins de premier recours et en missions de service public

Parmi les activités de soins de premiers recours, également qualifiées comme des missions de service public, peuvent être citées les activités de prévention et d'éducation pour la santé.

Ainsi, l'article 1-IV de la loi Bachelot identifiait les actions d'éducation et de prévention pour la santé, ainsi que leur coordination, comme des missions de service public qui devraient être assurées sur chaque territoire de santé. L'article 36 de la même loi prévoyait, de son côté, que la prévention pour les patients et l'éducation pour la santé s'inscrivaient dans le champ des soins de premier recours. A cela s'ajoutait leur mention explicite au sein des missions du médecin généraliste de premier recours.

Il convient de revenir ainsi sur les définitions respectives des activités de prévention et d'éducation dans le domaine de la santé.

L'activité de prévention pour la santé regroupe un ensemble de mesures qui consistent à éviter l'apparition, le développement ou l'aggravation des phénomènes d'altération de l'état de santé, tels que les maladies ou les incapacités. En ce sens, la prévention est un instrument de santé publique pour diminuer la morbidité et la mortalité<sup>598</sup>. L'Organisation mondiale de la santé distingue classiquement trois niveaux dans l'activité de prévention en matière de santé<sup>599</sup>. La prévention est dite primaire lorsqu'elle vise à éviter l'apparition des maladies en agissant sur les causes et les facteurs de risque. La prévention secondaire intervient en tout début de la maladie et son objectif est d'éviter l'évolution de celle-ci. Son instrument principal est le dépistage. La prévention tertiaire intervient dans un stade plus avancé de la maladie, et son objectif est de diminuer les récurrences et les incapacités résultant de la maladie. Plus récemment, a été dégagé un quatrième niveau de l'activité de prévention. Il s'agit de la prévention quaternaire qui intervient au stade avancé, voire final d'une maladie et qui vise à éviter les risques de surmédicalisation et les interventions médicales invasives pour privilégier des soins éthiquement et médicalement acceptables<sup>600</sup>.

En droit français, la prévention en matière de santé est devenue un élément de la politique nationale de santé depuis la loi 9 août 2004 relative à la politique de santé publique. Actuellement, l'article L. 1411-1-3° du Code de la santé publique prévoit que la prévention est un composant de la politique de santé dans ses deux versants, collectif et individuel. Le développement de la prévention pour la santé est également l'une des garanties du respect du droit fondamental à la protection de la santé en vertu de l'article L. 1110-1 du Code de la santé publique. Au vu de son importance au sein du système de santé et de son champ matériel particulièrement vaste, la mission de prévention en matière de santé entre dans le champ d'activités de tous les offreurs de soins.

Pour ce qui est de l'éducation en matière de santé, celle-ci a été définie par l'Organisation mondiale de santé comme une activité regroupant un ensemble de mesures visant à inciter les gens à vouloir être en bonne santé, à savoir comment y parvenir, à faire ce qu'ils peuvent pour conserver leur santé, à recourir à une aide en cas de besoin. En ce sens,

---

<sup>598</sup> V. CALLU, Marie-France, GIRER, Marion, ROUSSET, Guillaume, *Dictionnaire de droit de la santé, secteurs sanitaire, médico-social et social*, Paris, LexisNexis, 2017, p. 307.

<sup>599</sup> V. FLAJOLET, André, *Peut-on réduire les disparités de santé*, Rapport, avril 2008, Paris, La Documentation française, p. 125.

<sup>600</sup> JAMOULLE, Marc, « Quaternary prevention, an answer of family doctors to overmedicalization », in *IJHPM*, 2015.



elle a pour but que chaque citoyen acquiert, tout au long de sa vie, les compétences et les moyens lui permettant de promouvoir sa santé et celle de la collectivité<sup>601</sup>.

Il est possible ainsi de concevoir l'éducation pour la santé comme une action de prévention qui se situe en amont de l'apparition d'une altération à l'état de santé et qui vise à agir sur les modes de vie des citoyens.

En revanche, la notion d'éducation thérapeutique apparaît comme très étroitement liée à la prise en charge des maladies chroniques et vise à donner aux patients une autonomie suffisante, au travers des techniques d'informations et d'apprentissages, afin qu'ils puissent co-participer avec l'équipe médicale et soignante dans le suivi de leur maladie<sup>602</sup>. La notion d'éducation thérapeutique du patient a été ainsi définie en droit français par l'article 84 de la loi Bachelot de 2009 et figure actuellement à l'article L. 1161-1 du Code de la santé publique.

Il semble ainsi légitime et compréhensible que la prévention et l'éducation en matière de santé aient été classées au sein des missions de service public de santé identifiées par la loi Bachelot. En effet, ces deux missions ont progressivement acquis une place primordiale au sein du système de santé français. Celles-ci s'inscrivent actuellement au sein d'un processus de changement de paradigme du système de santé français, qui est historiquement orienté autour de la prestation des soins de santé curatifs. L'importance de ces deux missions, dans le contexte des maladies chroniques et d'augmentation des dépenses de santé, réside dans leur aptitude d'éviter l'apparition et le développement des maladies, d'agir en amont avant l'aggravation de l'état de santé.

Il est également compréhensible que le législateur ait décidé de conférer l'exercice des missions de prévention et d'éducation à tous les offreurs de soins, à savoir aux établissements de santé, mais aussi aux professionnels de santé de ville, compte tenu du caractère transversal de ces missions. Il apparaît ainsi important que des actions de prévention et d'éducation soient effectuées auprès des patients tout au long de leur parcours de santé.

Cependant, il manque davantage de clarté au niveau de la détermination des modalités de prise en charge de ces deux missions au sein du système de santé.

---

<sup>601</sup> KOUCHNER, Bernard, « L'éducation pour la santé : un enjeu de santé publique », *Plan national d'éducation pour la santé*, février 2001.

<sup>602</sup> CALLU, Marie-France, GIRER, Marion, ROUSSET, Guillaume, *Dictionnaire de droit de la santé, secteurs sanitaire, médico-social et social*, op. cit., p. 164.

Il ressort ainsi que les établissements de santé ont un rôle prioritaire dans la réalisation des actions de prévention et d'éducation pour la santé ayant un volet collectif. En revanche, les professionnels de santé de ville, en tant que prestataires principaux des soins de premier recours, ont un rôle essentiel dans l'effectuation des actions de prévention et d'éducation auprès de leurs patients.

Ainsi, au vu de la place importante de l'offre des soins de ville dans la prestation des soins d'éducation et de prévention en matière de santé, il paraît regrettable que la loi Bachelot n'ait pas privilégié une prise en charge partagée de ces missions de service public entre plusieurs offreurs de soins sur un territoire de santé. Il a été même possible d'accorder une priorité en la matière au profit des offreurs de soins de premier recours. Une telle démarche pourrait jouer en faveur d'une structuration plus claire des soins de premier recours au sein de chaque territoire de santé. Ce constat permet de saisir la difficulté, qui existe dans le cadre français, de détacher la notion de service public dans le domaine de la santé, de son aspect hospitalier, attaché aux établissements de santé. Cette difficulté est réapparue même lorsque la notion de service public hospitalier a été remplacée par la notion de mission de service public de santé, qui ne présume pas, a priori, de l'exécution prioritaire de ce type de missions par une catégorie d'offeurs de soins particuliers. En ce sens, tout cela permet de mettre en valeur l'utilité de passer à une nouvelle approche pour la prise en charge des missions d'intérêt public caractérisé au sein du système de santé qui devrait s'appuyer sur une nouvelle notion, telle que la notion de missions de service au public.

Telle a été l'ambition de la réforme de notre système de santé 2016 qui a également voulu procéder à l'intégration plus étendue des professionnels de santé de ville au sein du système de santé par le biais de la notion de service public. Cependant, cette volonté a été matérialisée par la création d'une nouvelle notion, qui est celle de service territorial de santé au public en matière de santé, et qui devrait être propre à l'offre de soins de ville. Néanmoins, à l'image de la réforme Bachelot de 2009, la réforme Touraine de 2016 avait échoué dans sa tentative d'intégration des services de santé de ville au sein d'une logique de service public dans le cadre du système de santé.

## ***§.2 La tentative avortée de mise en place de service public territorial de l'offre de soins de ville par la réforme Touraine de 2016***

La loi de modernisation de notre système de santé du 26 janvier 2016 se réfère à plusieurs reprises au sein de ses dispositions à la notion de service public. En ce sens, cette loi avait mis en place un service public d'information en santé<sup>603</sup> et avait réintroduit la notion de service public hospitalier conçu comme un bloc d'obligations couvrant l'ensemble des missions des établissements de santé et exercé de droit par les établissements publics de santé<sup>604</sup>.

Par ailleurs, la notion de service public a été mobilisée pour l'organisation de l'offre de soins de ville. L'objectif était ici de renforcer l'intégration de celle-ci au sein d'un système de santé territorialisé et orienté autour de la prise en charge des parcours de santé des patients et de la satisfaction des besoins sanitaires d'intérêt général des territoires. Cependant, au cours du projet de la réforme, les notions de « service public territorial de santé,» (SPTS) et par la suite de « service territorial de santé au public » (STSP), conçus pour l'organisation de l'offre de soins de ville, ont été abandonnées (**A**). Elles ont été ainsi remplacées, au sein du texte de la loi Touraine, par deux nouveaux outils dédiés à la coordination territoriale des professionnels de santé de ville, qui sont les équipes de soins primaires et les communautés professionnelles territoriales de santé. En ce sens, la démarche finale, qui a été retenue par le législateur en la matière, est celle du refus de l'approche d'organisation des services de santé sur le fondement de la notion de service public (**B**).

A. L'effort de mise en place de service public territorial de l'offre de soins de ville par le projet de loi de modernisation de notre système de santé

Le projet initial de réforme de modernisation de notre système de santé avait tenté de mettre en place une organisation territorialisée de l'offre de soins de ville fondée sur la notion de service public. Cette idée est apparue, tout d'abord, dans le cadre du rapport Devictor de mars 2014, qui était à l'origine de la conceptualisation de la notion de service public territorial

---

<sup>603</sup> Art. 88 de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé ; art. L. 1111-1-1 du CSP.

<sup>604</sup> Art. 99 de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé ; art. L. 6112-1 et s. du CSP ; *Infra*, p. 311 et s.

de santé<sup>605</sup>(1), c'est par la suite que le projet de loi Touraine avait retenu une nouvelle notion qui est celle de service territorial de santé au public(2).

1. La conceptualisation de la notion de service public territorial de santé par le rapport Devictor

La notion de service public territorial de santé a été énoncée pour la première fois dans le cadre de la Stratégie nationale de santé de 2013. Cependant, les grands axes de cette notion ont été précisés par le rapport Devictor de mars 2014.

En effet, le rapport Devictor avait défini le service public territorial de santé comme « l'offre de service portant les principes de service public, et tout particulièrement la continuité et l'accessibilité, résultant d'une organisation contractuelle entre les offreurs en santé du territoire sous la régulation de l'Agence régionale de santé. »<sup>606</sup> Il s'agissait ainsi d'une utilisation très contemporaine de la notion de service public, qui était entendue sous une approche exclusivement fonctionnelle, (comme un régime juridique particulier), et adaptée aux nouvelles formes de l'action publique (régulation, initiative partagée et contractualisation avec les prestataires de soins). Par ailleurs, il ressortait du rapport Devictor, que tous les offreurs de soins sur un territoire donné devraient participer au service public territorial de santé, y compris les établissements de santé de service public hospitalier<sup>607</sup>. Cependant, le nouveau concept restait spécifiquement conçu pour englober les professionnels de santé de ville, ainsi que les acteurs du champ médico-social et social.

Par ailleurs, de nombreux objectifs ont été assignés au service public territorial de santé. Du côté des offreurs de soins, le service public territorial de santé devait permettre la coordination de leur travail sur un territoire donné autour des valeurs et des principes attachés à la notion de service public. Du côté des usagers du système de santé, le service public territorial de santé était censé permettre la réduction des inégalités territoriales et sociales de santé, l'amélioration, ainsi que l'adaptation de la réponse aux besoins de santé des usagers sur le territoire. La réalisation de ces différents objectifs devait passer par l'application des « attributs » du service public, c'est-à-dire, par l'application du régime juridique de la notion de service public aux offreurs de soins engagés dans le projet. C'est sur ce point que résidait,

---

<sup>605</sup> DEVICTOR, Bernadette, *Le service public territorial de santé, le service public hospitalier. Développer l'approche territoriale et populationnelle de l'offre en santé*, Rapport, mars 2014.

<sup>606</sup> *Ibid.*, p. 17

<sup>607</sup> *Ibid.*, p. 53 : Le service public hospitalier est présenté comme un acteur du SPTS.

selon le rapport Devictor, l'enjeu du maintien de la dénomination **service public** territorial de santé dans le cadre de la réforme à venir<sup>608</sup>, dans la mesure où les « attributs » du service public étaient censés garantir l'égalité d'accès au service public territorial de santé. Les principes privilégiés au sein du régime juridique du service public territorial de santé étaient ainsi le principe d'accessibilité universelle géographique et financière tout au long du parcours, ainsi que les différents versants du principe de continuité (neutralité, non-discrimination, adaptabilité).<sup>609</sup>

Tout d'abord, l'accessibilité géographique du service public territorial de santé était fondée sur la notion de territoire de proximité. Le rapport Devictor insistait ainsi sur la nécessité du déploiement de ce service public au sein des territoires de proximité, c'est-à-dire, à l'échelon d'un quartier, d'une commune ou d'une agglomération des communes, de sorte que les services proposés en son sein soient rendus géographiquement accessibles sur tout point du territoire et au profit de chaque personne, quel que soit son lieu d'habitation<sup>610</sup>. L'accessibilité financière du service public territorial de santé impliquait que les services prodigués dans son cadre soient rendus, au moins, avec un reste à charge accessible pour le patient. Il ne s'agissait pas, par conséquent, d'une interdiction absolue de la pratique du dépassement d'honoraires, mais il existait néanmoins une limitation importante de la marge de manœuvre des praticiens de soins dans la fixation de leurs tarifs<sup>611</sup>.

Le principe de continuité du service public territorial de santé était censé garantir son fonctionnement permanent, ou, au moins, régulier. Cela impliquait ainsi une continuité horaire, une continuité territoriale et une continuité au long du parcours de santé, ce qui correspondait à la démarche de coordination entre les acteurs du service public territorial de santé. Cette coordination était censée garantir, en toute hypothèse, une orientation adaptée au profit de chaque patient. Cela signifiait, plus précisément, que le premier acteur du service public territorial de santé, contacté par un patient, devait être capable d'orienter celui-ci vers l'acteur du service public territorial de santé le mieux à même de répondre de façon pertinente à ses besoins de santé<sup>612</sup>.

Dans le cadre du rapport Devictor, le service public territorial de santé devait par ailleurs émaner d'une démarche ascendante, provenant des acteurs de santé impliqués au sein

---

<sup>608</sup> *Ibid*, p. 38.

<sup>609</sup> *Ibid*, p. 18.

<sup>610</sup> *Ibid*, p. 20.

<sup>611</sup> *Ibid*, p. 18.

<sup>612</sup> *Ibid*, p. 19-20.

du projet. Cela marquait une volonté de rupture par rapport à loi Bachelot de 2009 sur ce point, dans la mesure où celle-ci avait renforcé l'organisation territorialisée du système de santé français, mais selon une logique exclusivement descendante<sup>613</sup>. Ainsi, le service public territorial de santé devait aboutir à un « choc de coordination et de responsabilisation » des offreurs de soins<sup>614</sup>, ce qui signifiait, concrètement, que c'étaient les professionnels et les structures de santé qui devaient assumer conjointement la responsabilité de la réponse à apporter aux besoins de santé des patients sur leur territoire. Cette responsabilité collective de service public devait amener ainsi les acteurs de santé à coopérer entre eux dans le cadre du service public territorial de santé<sup>615</sup>. Il s'agissait ici de l'un des aspects les plus originels de la notion de service public territorial de santé, qui était censé faciliter l'acceptation, voire l'appropriation de ce nouveau mode de prise en charge des soins de ville par les professionnels de santé de ville ayant, pour la plupart d'entre eux, un exercice à titre libéral.

Le rapport DEVICTOIR prévoyait également une gouvernance du service public territorial de santé à deux niveaux. Le premier niveau de pilotage devait être dévolu à un conseil territorial de santé réunissant en son sein les financeurs territoriaux du projet et tous les représentants des acteurs du service public territorial de santé, y compris les patients. Il s'agissait de garantir, au travers de cet organisme, un premier niveau de pilotage décloisonné et intersectoriel du service public en question. La mission principale des conseils territoriaux de santé était ainsi la validation des projets de service public territorial de santé et des contrats territoriaux de santé, le suivi du développement et de la mise en œuvre du service public concerné, ainsi que son évaluation<sup>616</sup>. Le deuxième niveau du pilotage du service public territorial de santé devait être dévolu aux agences régionales de santé, dont le rôle stratégique dans la mise en place des services publics territoriaux de santé était important. Ainsi, les agences régionales de santé avaient la tâche de présider les conseils territoriaux de santé, mais aussi d'accompagner les offreurs de soins dans la démarche de constitution des services publics territoriaux de santé. Cet accompagnement se traduisait par une incitation à la création de ces services publics et par une mobilisation des acteurs. Les agences régionales de santé

---

<sup>613</sup> Dans le cadre de la réforme HPST, la territorialisation du système de santé est projetée au niveau régional par les agences régionales de santé, qui constituent des institutions représentant l'Etat au niveau territorial et chargées de décliner la politique nationale de santé.

<sup>614</sup> DEVICTOIR, Bernadette, *Le service public territorial de santé, le service public hospitalier. Développer l'approche territoriale et populationnelle de l'offre en santé*, op.cit, p. 10

<sup>615</sup> A cette fin, le rapport DEVICTOIR préconisait la réunion de tous les acteurs de santé des territoires de proximité au sein d'un conseil local de santé qui devait avoir la responsabilité de définir les différentes thématiques couvertes par le service public territorial de santé dans son territoire de proximité est d'élaborer le contrat territorial de santé déclinant les différents axes relatifs à la mise en place concrète du SPTS (p. 27).

<sup>616</sup> *Ibid*, p. 27.

devaient également piloter la gouvernance stratégique et réguler la gouvernance opérationnelle des services publics territoriaux de santé en cas de besoin<sup>617</sup>. Cependant, conformément à l'approche ascendante promue par le rapport Devictor en la matière, aucun pouvoir contraignant n'était prévu au profit des agences régionales de santé, notamment dans l'hypothèse de carence de la part des offreurs de soins de s'engager dans une démarche de service public.

L'approche territoriale caractérisant la notion de service public territorial de santé se vérifiait également au niveau de son contenu matériel. En effet, le service public territorial de santé n'avait pas un champ préalablement fixé. Son contenu était ainsi susceptible de varier dans les différents territoires de proximité. Il faut rappeler ici, que l'objet principal du service public territorial de santé était d'améliorer la réponse aux besoins de santé de la population sur son territoire. Pour cette raison, il n'était pas censé regrouper toutes les activités de soins dans un territoire donné, mais, uniquement, les thématiques correspondant à ce qui apparaissait comme un besoin de santé prioritaire, sensible pour la population du territoire. Ces besoins territoriaux de santé devaient être préalablement analysés dans le cadre d'un diagnostic territorial partagé (DTP). Les différents projets de service public territorial de santé devaient être portés par les acteurs de santé conformément aux besoins de santé territoriaux identifiés au sein de ce diagnostic. Les projets en question devaient être déclinés par la suite au sein des contrats territoriaux de santé<sup>618</sup>.

Il faut ainsi conclure, que malgré la référence à la notion de service public dans sa dénomination, le service public territorial de santé s'inscrivait davantage au sein d'une nouvelle approche de service au public en matière de santé.

En ce sens, l'intérêt principal de cette notion était, par référence aux certains principes juridiques attachés au régime de la notion de service public, de garantir l'accessibilité financière et territoriale, ainsi que la continuité dans la prestation de certains services de soins de ville considérés comme essentiels dans le cadre chaque territoire particulier. De la même manière, le service public territorial de santé s'inscrivait au sein d'une approche fonctionnelle, dans la mesure où sa prise en charge était censée être assurée par les offreurs de soins de ville ayant un statut privé qui devaient néanmoins respecter certaines règles de service public dans l'exécution d'une partie de leur activité. Cela explique également le faible aspect organique attaché à la notion de service public territorial de santé. En ce sens, même si la gestion

---

<sup>617</sup> *Ibid*, p. 32.

<sup>618</sup> *Ibid*, p. 44.

stratégique de ce service était conférée aux agences régionales de santé, qui étaient ainsi les personnes publiques responsables de sa gestion, l'initiative de création, ainsi que la déclinaison du service public territorial de santé, étaient laissées aux offreurs de soins placés sous l'égide des conseils territoriaux de santé. Par ailleurs, ces derniers se caractérisaient davantage comme des organismes dédiés à l'expression de la démocratie sanitaire, que comme des organismes administratifs exerçant un contrôle sur les professionnels de santé de ville.

Par conséquent, la notion de service public territorial de santé s'entendait exclusivement comme un régime juridique de service public applicable à l'offre de soins de ville mais elle n'impliquait, en revanche, aucune démarche particulière de servitude de service public à l'égard des offreurs de soins de ville.

Cependant, malgré sa définition originelle et innovante, c'est en raison de la référence au terme classique de service public dans son intitulé, que la notion de service public territorial de santé a finalement été refusée par les professionnels de santé de ville. Cependant, le projet de loi de modernisation de notre système de santé avait substitué à celle-ci la notion idéologiquement plus neutre de service territorial de santé au public.

## 2. L'apparition de la notion de service territorial de santé au public dans le cadre du projet de loi de modernisation de notre système de santé

L'apparition de la notion de service territorial de santé au public, dans le cadre du projet de loi Touraine, traduit une précaution de la part des pouvoirs publics d'éviter la confusion, à laquelle pouvait prêter la notion de service public territorial de santé, entre l'activité matérielle de service public et la personne morale de droit public<sup>619</sup>. L'objectif était ainsi de trouver une autre dénomination qui permettait de mieux mettre en valeur l'approche d'un service rendu à la population par tous les acteurs de santé du territoire dans le but d'améliorer les parcours de santé<sup>620</sup>.

---

<sup>619</sup> Il s'agit de la confusion classique, dans le cadre de la conception française de la notion de service public, entre le critère matériel et le critère organique de la notion. Ainsi, l'usage de la notion de SPTS pourrait faire une allusion à un exercice exclusif, ou au moins prioritaire, des activités entrant dans son champ matériel par les établissements publics de santé.

<sup>620</sup> VERAN, Olivier et al., *Rapport n° 2673 sur le projet de loi relatif à la santé fait au nom de la commission des affaires sociales*, 20 mars 2015.



L'article 12<sup>621</sup> du projet de loi Touraine faisait référence ainsi à la création d'un service territorial de santé au public. Le législateur avait décidé de substituer l'expression du « service au public » à la terminologie classique du « service public. » En effet, cette nouvelle dénomination pourrait apparaître effectivement comme moins idéologiquement chargée que la notion traditionnelle de service public et être plus facilement acceptée par les professionnels de santé de ville libéraux. Elle s'accordait, en outre, avec la tendance de rénovation de la conception de service public en droit français, notamment dans un sens plus adapté avec la logique de territorialisation des politiques publiques.

Il faut souligner ici, que la notion de service au public est apparue initialement en droit communautaire. En effet, cette notion s'inscrivait dans le cadre de la conception européenne d'activités d'intérêt général, qui étaient conçues sous un angle purement fonctionnel en abstraction de leurs régimes de propriété et de leurs modes de gestion<sup>622</sup>.

Dans le contexte français, c'est le rapport Mariotti du Conseil économique et social qui a été consacré à la notion de service au public<sup>623</sup>. En ce sens, l'utilisation de cette nouvelle notion a été préconisée par ce rapport puisqu'elle permettait de regrouper, sous une même dénomination, l'ensemble des services, quel que soit leur statut et leur mode de gestion, « qui s'avèreraient nécessaires à la population et aux territoires à un moment donné de leur évolution. »<sup>624</sup> A ce titre, le rapport Mariotti concevait la médecine libérale comme un service au public dans les territoires, même si celle-ci n'a jamais été conçue et organisée en tant que service public dans le contexte français<sup>625</sup>.

La notion de service au public présente ainsi un certain nombre de caractéristiques<sup>626</sup>. Tout d'abord, cette notion est censée regrouper des services variables selon les territoires afin de mieux prendre en considération les spécificités du chaque territoire. De la même manière, la définition du champ matériel de la notion du service au public doit être opérée en fonction et à partir des besoins de la population qui peuvent différer d'un territoire à l'autre et qui doivent être analysés à partir d'un diagnostic partagé. Les services au public peuvent par

---

<sup>621</sup> Cet article est intégré dans le titre II du projet de loi MNS, qui s'intitulait « *Faciliter au quotidien les parcours de santé.* »

<sup>622</sup> V. ROUVIER-MEXIS, Catherine, « Service public ou service rendu au public » in KOVAR, Robert et SIMON, Denys, *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, Paris, La documentation française, 1998, t. 2, p. 121.

<sup>623</sup> MARIOTTI, Jean-Alain, *Aménagement du territoire, services publics et services au public*, rapport Conseil économique et social, 2006.

<sup>624</sup> GUGLIELMI, Gilles J., KOUBI, Geneviève, LONG, Martine, *Droit du service public*, op.cit., p. 461.

<sup>625</sup> MARIOTTI, Jean-Alain, *Aménagement du territoire, services publics et services au public*, op.cit., II, p. 105.

<sup>626</sup> *Ibid.*, p. 106 et s.

ailleurs être rendus par des acteurs aux statuts juridiques différents et, selon le rapport Mariotti, la notion de service au public est une notion générique qui regroupe aussi bien les services publics marchands ou non marchands assurés par la collectivité, que des services privés de première nécessité.

En ce sens, le projet de loi Touraine avait tenté de procéder à la déclinaison de la notion de service au public dans le domaine de la santé par la création d'un service territorial de santé au public qui devrait être mis en place dans le cadre des territoires spécialement aménagés au vu de son organisation. Par ailleurs, les objectifs assignés au service territorial de santé au public restaient les mêmes que ceux déjà préconisés par le rapport Devictor : renforcer la coordination des acteurs de santé, contribuer à l'amélioration et à la protection de l'état de santé de la population, à la réduction des inégalités sociales et territoriales de santé et à la structuration des soins de proximité et des parcours de santé, notamment au profit de certaines catégories de personnes (les patients atteints d'une maladie chronique, les personnes en situation de précarité sociale et les personnes en situation de handicap ou de perte d'autonomie).

En revanche, malgré le recours à la notion plus souple de service au public, le projet de loi Touraine renforçait, en réalité, le contrôle de l'autorité administrative sur la mise en place et l'exécution de ce type de service et, respectivement, les sujétions pesant sur les offreurs de soins de ville dans le cadre de ce service.

En ce sens, le projet de loi de modernisation de notre système de santé s'est écarté, tout d'abord, de la proposition du rapport Devictor de mettre en place et d'organiser le service territorial de santé au public sur la base d'une démarche ascendante. Ainsi, la mission de création et d'organisation des services territoriaux de santé au public était ici confiée aux agences régionales de santé. En effet, l'organisation du dispositif s'appuyait sur deux instruments principaux. En premier lieu, un diagnostic territorial partagé devait identifier pour chaque territoire les insuffisances dans l'offre de services sanitaires et médico-sociaux et dans l'accessibilité, la coordination et la continuité de ces services, et de préconiser des actions pour y remédier. En second lieu, un projet territorial de santé devait définir les actions à entreprendre dans le cadre du service territorial de santé au public, afin de répondre aux besoins identifiés par le diagnostic territorial partagé. Or, une logique clairement descendante a été promue par le législateur pour l'organisation du service territorial de santé au public dans la mesure où il était prévu que c'était le directeur général de l'agence régional de santé seul qui devait arrêter le diagnostic territorial partagé et le projet territorial de santé. Ainsi, la

seule compétence qui a été conférée aux conseils territoriaux de santé en la matière était d'émettre un avis avant l'adoption de ces deux documents. De plus, il a été précisé que le service territorial de santé au public devait contribuer à la réalisation des objectifs du projet régional de santé, ce qui allait, en quelque sorte, à l'encontre de l'objectif de structuration de ce service au public à partir des besoins de santé spécifiques constatés à l'échelle de son territoire de mise en œuvre. Par ailleurs, le projet de loi Touraine conférait aux agences régionales de santé des pouvoirs étendus qui permettaient à celles-ci d'imposer aux acteurs de santé de s'engager dans une démarche de service territorial de santé au public. Ainsi, les agences régionales de santé disposaient notamment de la possibilité de soumettre l'attribution de certains financements ou la délivrance de certaines autorisations sanitaires et médico-sociales à la participation des personnes intéressées au projet du service territorial de santé au public.

Le projet de loi de modernisation de notre système de santé n'avait pas ainsi repris la dénomination de « service public » pour y substituer la notion a priori plus souple de « service au public. » Or, en réalité, il est apparu que la notion de service territorial de santé au public comportait beaucoup plus de sujétions de service public pour les offreurs de soins que la notion de service public territorial de santé initialement conceptualisée par le rapport Devictor. Il faut conclure, en ce sens, que la notion de service territorial de santé au public était porteuse d'un projet d'organisation de l'offre de soins de ville qui s'inscrivait dans une logique à la fois ascendante et volontaire pour les professionnels de santé. En revanche, la notion de service territorial de santé au public exprimait, sur ce point, une logique qui était à la fois descendante et contraignante.

Pour cette raison, la notion de service territorial de santé au public a été également dénoncée par les professionnels de santé libéraux, en raison de son caractère perçu comme « excessivement rigide », « hyper-administré » et en raison du rôle moteur conféré aux agences régionales de santé dans la mise en œuvre du dispositif qui s'inscrivait, en ce sens, au sein d'une logique « normative descendante de l'Agence régionale de santé vers les territoires et les professionnels. »<sup>627</sup>

C'est pour cette raison que la notion de service territorial de santé au public a été abandonnée lors de la première lecture du projet de loi de modernisation de notre système de santé devant l'Assemblée nationale. L'abandon de cette notion avait ainsi marqué l'abandon

---

<sup>627</sup> MILON, Alain, DEROUCHE, Catherine, DOINEAU, Elisabeth, *Rapport n°563 sur le projet de loi de modernisation de notre système de santé fait au nom de la commission des affaires sociales*, 22 juil. 2015.

de l'approche de service public pour l'organisation de l'offre de soins de ville dont l'intégration au sein du système de santé a dû être effectuée par d'autres moyens juridiques.

B. L'abandon de l'approche de service public pour l'organisation de l'offre de soins de ville par la loi de modernisation de notre système de santé

La version finale de la loi de modernisation de notre système de santé du 26 janvier 2016 ne fait aucune allusion à la notion de service public pour l'organisation des services de santé de ville et introduit à sa place deux nouveaux outils organisationnels de l'offre de soins de ville, qui relèvent d'une logique de système de santé et qui sont les équipes de soins primaires(1) (ESP) et les communautés professionnelles territoriales de santé (CPTS) (2).

Il faut préciser ici, que comme cela a été remarqué au sein du rapport Milion, la rupture avec les notions de « service public » et de « service au public » et les nouvelles notions qui sont utilisées d' « équipes » et de « communautés professionnelles » permettent de se placer « du point de vue non plus du service rendu, mais de l'organisation et de l'activité des professionnels(...)»<sup>628</sup>

Effectivement, on assiste à un renversement de logique par rapport au projet initial de service territorial de santé au public, dans la mesure où la constitution des équipes de soins primaires et des communautés professionnelles de territoire doit émaner de l'initiative des professionnels de santé et doit s'effectuer sur la base des projets de santé élaborés par les professionnels eux-mêmes. Le rôle des agences régionales de santé en la matière se trouve ainsi limité et circonscrit dans une mission en amont de facilitation et d'accompagnement des offreurs en santé dans la montée de leurs projets et d'une mission en aval de contractualisation avec les équipes de soins primaires et les communautés professionnelles territoriales de santé.

Cependant, les deux nouvelles formules créées par le législateur empruntent certaines des caractéristiques du service territorial de santé au public. Il s'agit ainsi d'outils destinés à permettre un exercice mutualisé et coordonné des professions de santé dans la recherche d'un certain nombre d'objectifs de santé publique comme la meilleure structuration des parcours de santé, la réduction des inégalités de santé ou encore l'amélioration de l'état de santé. Pour cette raison, les agences régionales de santé dispose également d'un certain nombre de

---

<sup>628</sup> *Ibid.*

pouvoirs dans le cadre de ces deux dispositifs de coordination de l'offre de soins de ville au sein du système de santé.

1. Les équipes de soins primaires, nouvel outil d'organisation des soins de premier recours

L'équipe de soins primaires est le premier levier de la coordination de l'offre de soins de ville qui a été créé par l'article 64 de la loi Touraine et codifié à l'article L. 1411-1-1 du Code de la santé publique.

Les équipes de soins primaires constituent ainsi une nouvelle formule d'exercice mutualisé et coordonné de l'activité de soins de premier recours. En ce sens, la loi de modernisation de notre système de santé prolonge et approfondit la démarche initiée par la loi Bachelot de 2009<sup>629</sup> en proposant un mode d'exercice plus concret pour les soins de premier recours. Les équipes de soins primaires permettent, en ce sens, d'assurer une prise en charge pluriprofessionnelle des soins de premier recours. Ainsi, l'article L. 1411-11-1 du Code de la santé publique précise que chaque équipe de soins primaires doit comporter au moins un médecin généraliste de premier recours, autour duquel sont appelés à se réunir un ensemble d'autres professionnels de santé de premier recours qui peuvent être des professionnels médicaux, des auxiliaires médicaux, des pharmaciens. Pour autant, la constitution d'une équipe de soins primaires n'impose pas l'instauration d'une hiérarchie entre les professionnels de santé impliqués dans la démarche. En ce qui concerne le patient, celui-ci conserve ainsi sa liberté de choix pour s'adresser à l'un des professionnels au sein de l'équipe en question. La coordination des professionnels de santé faisant partie de l'équipe de soins de premier recours s'exprime au travers du projet de santé qu'ils sont censés élaborer, et sur la base duquel leur activité de soins doit être exercée. Le projet de santé en question doit ainsi formaliser les objectifs et les besoins associés de l'équipe et être organisé autour de la patientèle des professionnels réunis. Par ailleurs, les équipes de soins primaires sont censés être le noyau dur de la prise en charge de certains patients particuliers, à savoir les patients atteints de maladies chroniques ou présentant des besoins complexes médicaux et/ou médico-sociaux. Elles doivent assumer un rôle primordial pour assurer la continuité des soins au profit de leurs

---

<sup>629</sup> La loi du 21 juillet 2009 avait défini les soins de premier recours (art. L. 1411-11 du CSP), ainsi que les missions du médecin généraliste de premier recours (art. L. 4130-1 du CSP).

patients, mais également pour prendre en charge les demandes de soins non programmés de premier recours. Au regard de la composition prévue pour les équipes de soins primaires, on peut constater que le médecin généraliste de premier recours occupe la place centrale au sein du dispositif, dans la mesure où chaque équipe doit s'articuler<sup>630</sup> autour d'un médecin généraliste. Les équipes de soins primaires apparaissent comme une formule juridique assez souple de coordination des professionnels de santé de premier recours puisqu'aucune forme juridique particulière n'est exigée pour leur constitution. Cependant, dans la recherche de promouvoir la généralisation d'un exercice regroupé des soins de ville, la loi précise que les équipes de soins de premier recours peuvent prendre la forme institutionnelle soit d'un centre de santé<sup>631</sup>, soit d'une maison de santé<sup>632</sup>.

En ce sens, la création des équipes de soins primaires constitue une avancée importante pour la structuration des soins de premier recours dans le cadre du système de santé français. En revanche, la mise en place de ces outils, dédiés à l'organisation coordonnée de l'offre de soins de ville, ne s'inscrit pas véritablement au sein d'une logique de service public, dans la mesure où la constitution de ces équipes est laissée à l'initiative des professionnels de santé et les agences régionales de santé ne disposent pas de moyens pour contraindre les offreurs de soins de ville à s'organiser dans le cadre d'équipes de soins primaires.

La logique d'exercice pluriprofessionnel de l'offre de soins de premier recours a été étendue aux soins de santé spécialisés par la loi relative à l'organisation et à la transformation du système de santé de 2019 qui avait créé les équipes de soins spécialisés, qui sont définis comme un ensemble de professionnels de santé constitué autour de médecins spécialistes d'une ou plusieurs spécialités hors médecine générale, choisissant d'assurer leurs activités de soins de façon coordonnée avec l'ensemble des acteurs d'un territoire, dont les équipes de soins primaires, sur la base d'un projet de santé qu'ils élaborent entre eux<sup>633</sup>.

Or, si les équipes de soins primaires et spécialisés sont censés contribuer à la structuration des parcours de santé des patients, les communautés professionnelles territoriales de santé

---

<sup>630</sup> La loi du 26 janvier 2016 a défini les missions du médecin spécialiste de premier ou de deuxième recours (art. L. 4130-2 du CSP). Il s'agit ici d'une reconnaissance expresse du rôle de certains médecins spécialistes dans la prestation des soins de santé de premier recours. Parmi les spécialistes en question, peuvent être cités par exemple les gynécologues, les ophtalmologues, les pédiatres.

<sup>631</sup> Art. L. 6323-1 et s. du CSP.

<sup>632</sup> Art. L. 6323-3 du CSP.

<sup>633</sup> Art. L. 1411-11-1, al. 3 et 4.

sont, au-delà, destinées, comme leur nom l'indique, à la coordination territoriale de l'ordre de soins de ville.

## 2. Les communautés professionnelles territoriales de santé, nouvel outil de coordination territoriale de l'offre de soins de ville

Dans le texte de la loi de modernisation de notre système de santé du 26 janvier 2016, le service territorial de santé au public se trouve, en effet, remplacé par la formule a priori plus souple de communautés professionnelles territoriales de santé qui a été créée par l'article 65 de cette loi et codifiée dans l'article L. 1434-12 du Code de la santé publique. En outre, les communautés professionnelles territoriales de santé se sont substituées à l'ancienne formule de pôles de santé qui a été créée par l'article 40 de la loi Bachelot du 21 juillet 2009<sup>634</sup>.

Les communautés professionnelles territoriales de santé constituent ainsi le deuxième niveau de l'organisation de l'offre de soins de ville mise en place par la réforme Touraine. Il s'agit ici de formules de coordination plus larges permettant le regroupement d'un ensemble assez vaste d'acteurs de santé. Les communautés professionnelles territoriales de santé sont ainsi ouvertes aux équipes de soins primaires du territoire, dont la participation est fortement souhaitable, ainsi qu'aux acteurs de santé médicaux et paramédicaux assurant des soins de premier et de deuxième recours et aux acteurs médico-sociaux et sociaux. La participation des établissements de santé du service public hospitalier est également possible, mais uniquement après leur désignation en ce sens par le directeur général de l'Agence régionale de santé. Cette participation assez secondaire des établissements de santé au sein des communautés professionnelles territoriales de santé est ainsi significative que cette formule est prioritairement destinée à la structuration territoriale de l'offre de santé de ville.

L'article L. 1434-12 du Code de la santé publique prévoit que les membres de chaque communauté professionnelle territoriale de santé doivent élaborer un projet de santé dans lequel doivent être formalisés les objectifs et les besoins associés de la communauté, ainsi que son territoire d'action. Ainsi, à la différence des équipes de soins primaires, les communautés

---

<sup>634</sup> « Les pôles de santé assurent des activités de soins de premier recours au sens de l'article [L. 1411-11](#), le cas échéant de second recours au sens de l'article [L. 1411-12](#), et peuvent participer aux actions de prévention, de promotion de la santé et de sécurité sanitaire prévues par le schéma mentionné à l'article [L. 1434-5](#). Ils sont constitués entre des professionnels de santé et, le cas échéant, des maisons de santé, des centres de santé, des réseaux de santé, des établissements de santé, des établissements et des services médico-sociaux, des groupements de coopération sanitaire et des groupements de coopération sociale et médico-sociale. » (art. L. 6323-4 du CSP dans sa version introduite par la loi de 2009 et abrogée par la loi de 2016).

professionnelles territoriales de santé sont censées s'inscrire dans le cadre d'une approche territoriale et populationnelle. C'est pour cette raison, que leurs projets de santé doivent viser à apporter une réponse aux besoins de santé de la population de leur territoire de desserte. On retrouve ainsi la notion de responsabilité territoriale et populationnelle des offreurs de soins qui était attachée au concept initial de service public territorial de santé. De plus, les communautés professionnelles territoriales de santé doivent concourir à la réalisation des objectifs des projets régionaux de santé dans le cadre de leur région.

Or, comme pour les équipes de soins primaires, la loi Touraine avait prévu que la constitution des communautés professionnelles territoriales de santé devait relever de l'initiative des offreurs de soins, sans qu'il existe de formule juridique particulière imposée pour la formalisation de cette forme de coordination de l'offre de soins de ville.

Cependant, les Agences régionales de santé ont un poids plus important dans le domaine des communautés professionnelles territoriales de santé. En ce sens, l'article L. 1431-2-c) du Code de la santé publique classe parmi les missions des agences régionales de santé, la mission de contribution à la constitution des communautés professionnelles territoriales de santé. De la même manière, l'article L. 1434-12 du Code de la santé publique prévoit qu'en cas de défaut d'initiative de la part des professionnels de santé, il appartient aux Agences régionales de santé, en concertation avec les représentants des professionnels de santé, de prendre les initiatives nécessaires à la constitution des communautés professionnelles territoriales de santé. Néanmoins, l'instruction du 2 décembre 2016 relative aux équipes de soins primaires et aux communautés professionnelles territoriales de santé avait précisé sur ce point, qu'il ne s'agit pas d'un pouvoir coercitif des agences régionales de santé en la matière, mais d'une intervention déclenchée à titre subsidiaire afin de susciter les initiatives nécessaires à la création des communautés professionnelles territoriales de santé, à titre prioritaire, par le biais d'un dialogue avec les professionnels de santé.

Cependant, il faut affirmer que les communautés professionnelles territoriales de santé relèvent d'une logique de service public en matière de santé dans la mesure où leur constitution généralisée sur le territoire apparaît comme indispensable pour la bonne organisation des parcours de santé et pour la réalisation optimale des objectifs prévus dans les projets régionaux de santé. Cette logique a été confirmée par la réforme du système de santé du 24 juillet 2019 qui a renforcé les pouvoirs de régulation des agences régionales de santé à l'égard des communautés professionnelles territoriales de santé en prévoyant que les



directeurs généraux de ces agences devraient désormais approuver les projets de santé des communautés en question<sup>635</sup>.

Il en résulte ainsi, que sans être expressément imposée par les textes juridiques, l'organisation territoriale de l'offre de soins de ville au sein des communautés professionnelles territoriales de santé est devenue quasi-obligatoire dans le contexte français en raison du renforcement des pouvoirs de régulation conférés aux agences régionales de santé en la matière.

Il faut ainsi constater que l'offre de soins de ville tend progressivement à s'inscrire dans une logique de service au public par le biais d'un outil de coordination qui a été adopté, à l'origine, en réponse de l'opposition des professionnels de santé de ville à leur intégration au sein du système de santé par le biais de la notion de service public.

---

<sup>635</sup> Art. L. 1434-12, al. 4 du CSP.



# CONCLUSION TITRE 1

Le premier aspect de l'échec de la notion de service public, dans son rôle de fondement du système de santé français, découle du constat de l'incapacité de cette notion d'intégrer dans son champ les services de santé de ville.

Ainsi, la démarche initiale des pouvoirs publics était d'exclure l'offre de soins de ville du champ de la notion de service public dans le domaine sanitaire. Une telle démarche pourrait s'expliquer par le fait que, dans le contexte français, la prise en charge des soins de santé de ville relève traditionnellement de la compétence de professionnels de santé ayant un statut libéral. Or, les professions de santé libérales ont toujours fait l'objet d'une régulation particulière, relevant d'une logique corporatiste. De la même manière, s'il est apparu un objectif d'instauration d'une régulation publique sur l'offre de soins de ville, cette régulation a été confiée aux organismes de la Sécurité sociale. Par ailleurs, la démarche d'intégration de l'offre de soins de ville dans le champ de la notion de service public était difficilement envisageable au regard du poids des principes d'exercice libéral des professions de santé, qui apparaissent comme difficilement conciliables avec une approche de service public.

Suite à cette carence initiale d'intégration de l'offre de soins de ville dans le champ de la notion de service public, il a existé pendant longtemps une confusion entre la notion de service public hospitalier et le concept de système de santé. Le système de santé français avait, par conséquent, un volet strictement hospitalier.

Ce n'est ainsi qu'à partir des années 2000, que les pouvoirs publics ont cherché à développer une démarche d'intégration de l'offre de soins de ville au sein du système de santé par le biais de la notion de service public. Les tentatives en ce sens pouvaient aller d'un simple recours ponctuel à la notion de service public, uniquement à l'égard de certains aspects de l'offre de soins de ville, jusqu'à un recours généralisé à la notion de service public comme mode d'intégration de l'ensemble de l'offre de soins de ville au sein du système de santé. Dans ce dernier cas, on assistait à une véritable tentative d'ériger la notion de service public en fondement du système de santé dans son ensemble.

Cependant, les tentatives qui ont été réalisées en la matière, n'ont pas donné des résultats significatifs. En ce sens, paradoxalement, à chaque fois que la notion de service public était mobilisée pour intégrer l'offre de soins de ville au sein du système de santé, la

démarche qui prévalait était celle d'une liberté de choix laissée aux professionnels de santé quant à leur participation aux dispositifs de service public mis en place, complétée d'une logique d'incitation, notamment financière, dans le but de susciter leur adhésion aux dispositifs en question.

## **Titre 2- Le service public : fondement dépassé du système hospitalier**

Dans le cadre de la réforme hospitalière de 1970, la notion de service public hospitalier a été conçue comme le fondement du système hospitalier en droit français. Le service public était alors envisagé comme un instrument au vu de la fédération des établissements hospitaliers publics et privés. Malgré cet objectif initial, force est de constater que l'harmonisation du droit applicable aux établissements hospitaliers, ainsi que la construction du système hospitalier français, ont été réalisés en dehors du cadre du service public hospitalier.

Le premier volet du rapprochement juridique entre les établissements hospitaliers, s'est effectué en dehors du spectre du service public hospitalier. Il a consisté dans le mouvement d'alignement de l'organisation et du fonctionnement des établissements hospitaliers publics sur celui des établissements hospitaliers privés à statut commercial. Ce mouvement est venu fragiliser le paradigme classique, selon lequel les établissements hospitaliers publics sont des institutions strictement dédiées à l'exécution du service public hospitalier, qui ne poursuivent aucun intérêt marchand. Les pouvoirs publics ont progressivement décliné une politique, au sein de laquelle les établissements hospitaliers publics sont envisagés comme des opérateurs sur le marché hospitalier. Cette politique vise à optimiser la productivité et la compétitivité de ces derniers face à leurs concurrents à statut privé. C'est ainsi, qu'à partir de la fin des années 1970, les hôpitaux publics, à l'image de l'ensemble des institutions publiques, s'inscrivent dans le cadre d'une réforme de modernisation de l'action publique et des services publics. Cette réforme constitue une réponse aux critiques adressées aux formes traditionnelles de l'action administrative en France, marquée par son coût budgétaire excessif, combiné avec une qualité défailante dans la production et dans la prestation des services au public. En ce sens, l'organisation interne des hôpitaux publics a été bouleversée par l'introduction d'un certain nombre de mécanismes du management public. Or, le management public se caractérise par la transposition des techniques de gestion et d'organisation des entreprises aux institutions publiques, sachant que cette transposition est néanmoins nécessairement adaptée aux spécificités de l'action publique. Ce processus conduit inévitablement à un

affaiblissement de la séparation stricte entre le secteur public, conçu comme le secteur du service public et de la puissance publique, et le secteur privé, conçu comme le secteur du marché et du profit<sup>636</sup>. Or, dans le domaine de la santé, ce processus est à l'origine de dépérissement de la spécificité des établissements publics de santé au sein du système hospitalier.

Parallèlement, malgré l'introduction des mécanismes de type marché dans l'organisation des hôpitaux publics, l'Etat a considérablement accru son contrôle sur l'ensemble de l'offre de soins hospitaliers. Or, ce processus s'est effectué toujours en dehors d'une réflexion fondée sur la notion de service public. En ce sens, l'existence du système hospitalier a été officialisée par la réforme hospitalière de 1991, qui est à l'origine de la notion générique d'établissement de santé<sup>637</sup>. L'objectif, attaché à l'intégration de cette nouvelle notion en droit hospitalier français, n'était pas uniquement de reconnaître aux établissements la possibilité de délivrer des soins selon de nouvelles formes de distribution alternatives à l'hospitalisation complète (des soins sous forme ambulatoire ou à domicile). Il s'agissait également de signifier, en droit positif, le processus de rapprochement juridique progressif, qui a été engagé entre les différents établissements hospitaliers, en les regroupant en une seule et même catégorie. L'idée défendue est que tous les établissements de santé font partie d'un système hospitalier unique, qu'ils possèdent des missions communes et qu'ils sont soumis à un régime juridique harmonisé dans leurs rapports avec l'autorité de régulation dudit système. Cela a conduit d'admettre que non seulement les établissements publics de santé et les établissements de santé privés à but non lucratif participant au service public hospitalier, mais, au-delà, tous les établissements de santé, quel que soit leur statut et leur rapport avec service public hospitalier, ont pour objet de répondre à un objectif d'intérêt général, qui est la satisfaction des besoins de santé de la population.

L'ensemble de ces éléments ont conduit au constat du dépassement du service public hospitalier comme fondement du système hospitalier français. Cela a donné lieu à la disparition de cette notion traditionnelle de la législation sanitaire, à laquelle la réforme hospitalière Bachelot de 2009 avait substitué la notion de missions de service public de santé.

Cependant, la réforme du système de santé Touraine de 2016 a marqué le retour de la notion de service public hospitalier en droit hospitalier français. On pouvait imaginer ainsi,

---

<sup>636</sup> V. LAUFER, Roman, « Sur ce qu'il y a de nouveau en management public » in DAVID, Albert et al. (dir.), *Le service public ? La voie moderne*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 36 et s. ; CHEVALLIER, Jacques, « Management public et droit », *Pratiques et management public*, 2008, p. 93-100.

<sup>637</sup> V. art. L. 6111-1 du CSP.

que cette loi procéderait à la réactivation de la notion de service public comme fondement du système de santé et notamment du système hospitalier. Ce constat est, pour autant, invalide, dans la mesure où la notion de service public hospitalier avait déjà démontré ces limites dans son rôle de fondement du système de santé français. En ce sens, la nouvelle notion de service public hospitalier apparaît davantage comme un levier de la seule hospitalisation publique au sein du système de santé et au sein du secteur hospitalier.

Le service public hospitalier n'a pas été en mesure de constituer le fondement du système hospitalier français. Pour autant, le rapprochement juridique des établissements de santé publics et privés, ainsi que leur coordination au sein d'un système hospitalier, a été engagé en dehors du champ de la notion de service public. En ce sens, il existe des raisons explicatives solides, justifiant l'abandon de la notion de service public hospitalier par la réforme Bachelot du 21 juillet 2009 (**Chapitre 1**). A l'aune de cette évolution du système hospitalier français, le retour et la refondation de la notion de service public hospitalier, opérés par la réforme du système de santé du 26 janvier 2016, apparaissaient comme fortement critiquables (**Chapitre 2**).





# Chapitre 1 - Les raisons explicatives de l'abandon de la notion de service public hospitalier

La réforme Bachelot du 21 juillet 2009 était à l'origine de l'abrogation, en droit français, de la notion de service public hospitalier et de la substitution à celle-ci de la nouvelle notion de missions de service public de santé. Cette évolution législative est intervenue suite à une proposition émise dans le cadre du rapport Larcher du 10 avril 2008. Ce rapport avait envisagé l'identification des missions de service public susceptibles d'être confiées aux établissements de santé publics, ainsi qu'aux établissements de santé privés à but lucratif ou à but non lucratif, sur la base des règles d'attribution claires et transparentes<sup>638</sup>. Cette démarche était censée garantir, en outre, une objectivisation du coût des missions des établissements de santé dans le respect du droit de la concurrence<sup>639</sup>. La rupture avec la notion de service public hospitalier a été officialisée par l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 21 juillet 2009, qui a clarifié la définition et la distinction entre les missions communes et générales des établissements de santé et les quatorze missions qualifiées de service public, à l'exercice desquelles tous les établissements de santé, nonobstant leur statut juridique, pouvaient désormais prétendre. Cependant, l'abandon de la notion classique de service public hospitalier au profit d'une approche par missions de service public a été sévèrement critiqué par une grande partie de la doctrine juridique qui avançait deux raisons en ce sens.

Le premier aspect « inquiétant »<sup>640</sup> de la notion de mission de service public était associé à la suppression « délibérée »<sup>641</sup> de la part du législateur du critère organique de la notion classique de service public hospitalier. La loi Bachelot avait mis fin à l'unité historique et presque sacrale entre l'hôpital public au sens institutionnel et le service public au sens matériel. C'est ainsi que « le service public hospitalier, à l'origine exclusivité des hôpitaux, puis élargi aux cliniques privées, est transformé en mission de service public ouverte à tous les établissements de santé, publics et privés. »<sup>642</sup>

---

<sup>638</sup> LARCHER, Gérard, *Rapport de la commission de concertation sur les missions de l'hôpital*, op.cit., p. 3.

<sup>639</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>640</sup> TABUTEAU, Didier, « 'Loi Hôpital, patients, santé et territoires' (HPST) : des interrogations pour demain », *Santé publique*, 2010/ vol. 22, pp. 78-90.

<sup>641</sup> CLEMENT, Jean-Marie, *La nouvelle loi Hôpital, patients, santé et territoire. Analyse critique et perspectives*. Bordeaux, LEH, 2009, p. 64.

<sup>642</sup> *Ibid.*, p. 121

L'autre aspect de la notion de mission de service public, qui a fait l'objet d'un certain nombre de critiques doctrinales, consiste dans la rupture engagée avec la conception globale du service public, par bloc de missions, qui existait dans le cadre de la notion de service public hospitalier. Ainsi, avec la réforme de 2009, c'est l'activité qualitativement et quantitativement la plus importante des établissements de santé qui ne relevait plus du champ de service public, à savoir l'activité de soins traditionnels, qui a été rangée dans la catégorie des missions générales des établissements de santé.

Or, quelles que soient les critiques adressées à la notion de missions de service public de santé, tous les commentateurs de la réforme Bachelot se sont accordés sur le fait que la consécration de cette notion s'inscrivait dans la continuité d'une série de réformes sanitaires antérieures, qui ont déjà largement préparé et annoncé la logique d'abandon de la notion de service public hospitalier en droit français. Cette démarche a été ainsi simplement finalisée par la loi Bachelot.

En ce sens, toutes les réformes sanitaires, adoptées à partir des années 1990, se caractérisaient par la recherche d'un même objectif principal, qui était la maîtrise des dépenses publiques engagées pour le financement du système de santé. Pour cette raison, deux grands axes, peuvent être identifiés au sein de ces réformes, susceptibles de clarifier la démarche de suppression de la notion de service public hospitalier par le législateur sanitaire français de 2009.

Le premier axe est relatif à la modernisation et à l'amélioration de la performance des établissements publics de santé, qui devait permettre d'optimiser leur gestion. Cet axe de la réforme du système de santé est passé par l'introduction d'une dose importante de droit privé dans l'organisation et dans le fonctionnement des hôpitaux publics, ce qui avait conduit inévitablement à un affaiblissement progressif du lien institutionnel entre l'établissement public de santé et le service public (**Section 1**).

Le deuxième axe est relatif au rapprochement entre le secteur public et le secteur privé du système hospitalier français, ce qui a conduit à faciliter sa coordination par l'Etat. Le processus d'harmonisation des deux secteurs de l'hospitalisation au sein du système hospitalier est fondé sur l'objectif de garantir la concurrence loyale au sein du secteur hospitalier, ainsi que la complémentarité entre les établissements de santé publics et privés dans la prise en charge des activités hospitalières sur leurs territoires. Or, cette démarche s'est appuyée sur un autre dispositif de régulation de l'offre hospitalière qui s'est imposé comme le

fondement du système hospitalier alternatif de la notion de service public : la planification sanitaire (**Section 2**).

## **Section 1. L'affaiblissement progressif du lien institutionnel entre l'hôpital public et le service public**

Il convient de rappeler ici, qu'en droit français, il existe une confusion traditionnelle entre, d'une part, la notion de service public au sens matériel et, d'autre part, l'organisme chargé de son exécution. Il s'agit d'une approche organique et institutionnelle du service public. Par ailleurs, conformément à la théorie générale du service public, les organismes-gestionnaires des activités de service public sont censés avoir en principe un statut juridique de droit public. C'est ainsi que dans le domaine des soins de santé, les établissements publics de santé constituent une forme d'incarnation institutionnelle de la notion de service public<sup>643</sup>. La loi hospitalière de 1970 avait pris en considération ce lien symbolique, en insistant sur l'aspect organique de la notion de service public hospitalier, en vertu duquel les établissements hospitaliers publics exerçaient de droit le service public hospitalier. Il existait logiquement à cette époque une symbiose entre la notion de service public et la notion d'établissement hospitalier public. Pour autant, avec la réforme de 1970, le service public hospitalier a englobé de nombreux établissements de santé privés à but non lucratif, ayant opté pour la formule de participation au service public hospitalier. Il est apparu ainsi une nouvelle forme de distinction en matière de soins hospitaliers entre, d'une part, les établissements assurant le service public hospitalier, soumis à un régime juridique particulier, et, d'autre part, les établissements hospitaliers situés en dehors de service public hospitalier, qui avaient, pour la plupart d'entre eux, le statut des établissements de santé à but lucratif.

Cependant, le mythe du lien entre l'établissement public de santé et la notion de service public hospitalier a progressivement perdu de sa force, sous l'effet des réformes du système hospitalier, adoptées dans les années 1990-2000. Ces réformes ont ainsi remis en cause la représentation classique des établissements publics de santé, en tant que personnes publiques exécutant de droit le service public hospitalier et poursuivant un objectif exclusif d'intérêt général.

---

<sup>643</sup> V. *supra*, p. 63 et s.

Le premier aspect du phénomène d'affaiblissement du critère organique de la notion de service public hospitalier est lié au recours aux dispositifs d'amélioration de la performance des établissements publics de santé (§1).

Le deuxième aspect de ce phénomène se réfère à la transformation de l'organisation interne des établissements publics de santé dans un sens inspiré du modèle de la gouvernance de l'entreprise de droit privé (§2).

### ***§1. Les établissements publics de santé à l'épreuve du paradigme de la performance***

Les réformes juridiques du système de santé ont introduit un certain nombre de dispositifs destinés à améliorer la performance des établissements publics de santé. Or, une telle démarche peut paraître paradoxale, lorsqu'elle concerne des établissements à statut public investis d'une mission de service public. En effet, la performance est un terme qui relève du champ de l'entreprise privée et elle est censée garantir à cette dernière la survie et la pérennité sur le marché, ainsi qu'accroître son avantage concurrentiel<sup>644</sup>. En revanche, la recherche d'un objectif de performance semble a priori étrangère au fonctionnement des institutions publiques assumant la gestion des activités de service public. En effet, ces institutions ne doivent en principe se soucier que de la satisfaction des besoins d'intérêt général auxquels elles ont la charge de répondre. L'intérêt général qui s'attache à leur activité, ainsi que leur appartenance à l'appareil institutionnel public, justifient qu'elles ne poursuivent pas des objectifs liés à leur productivité et, encore davantage, à leur survie économique. Cependant, la démarche de performance, qui consiste dans l'amélioration de l'efficacité et de l'efficience d'une institution au regard des fonctions, qui lui sont assignées ou par comparaison avec d'autres institutions comparables<sup>645</sup>, a progressivement envahi le fonctionnement des organismes publics, et en particulier des établissements publics de santé. Ainsi, de nombreux instruments et techniques ont été mis en place pour permettre non seulement d'optimiser, mais aussi d'évaluer la performance des hôpitaux publics. Il existe ainsi deux grandes facettes de la logique de performance développée au sein des établissements publics de santé.

---

<sup>644</sup> ISSOR, Zineb, « La performance de l'entreprise : un concept complexe aux multiples dimensions », *Projectique*, 2017/2 n°17, p. 93-103.

<sup>645</sup> FERMON, Béatrice, GRANDJEAN, Philippe (dir.), *Performance et innovation dans les établissements de santé*, Paris, Dunod, 2015.

La première dimension de la performance est la performance économique, qui peut être définie comme la démarche de production des services au meilleur coût. La performance économique a été considérée, pendant longtemps, comme l'unique facette de la performance. Son intérêt était de garantir la rentabilité et le profit de l'entreprise.<sup>646</sup> Dans le contexte français, la situation préoccupante des finances de l'assurance maladie avait conduit à renforcer l'exigence de performance économique des producteurs de santé<sup>647</sup> et en particulier des établissements publics de santé. Sur le plan juridique, c'est la réforme du financement des établissements publics de santé, avec l'introduction d'une tarification à l'activité, qui a permis de révéler l'objectif de performance économique de ces derniers (A).

Le développement de la logique de performance au sein des établissements publics de santé a conduit à la prise en compte d'une autre dimension de la performance : la performance-qualité. Concept développé dans le domaine commercial, la performance-qualité est censée permettre la production des services de qualité susceptibles de satisfaire aux attentes des clients de l'entreprise. Dans le champ des soins, la qualité se réfère à la prestation des soins pertinents, adaptés, sécurisés et délivrés dans le respect de la dignité et des aspirations des patients.<sup>648</sup> La transposition de la démarche-qualité dans les établissements publics de santé a conduit à la mise en place d'une véritable démarche d'évaluation au travers de la procédure de certification. (B)

#### A. La logique de performance économique appliquée à l'hôpital : la tarification à l'activité

Le premier volet du paradigme de la performance au sein des établissements publics de santé est un volet économique lié à la réforme de leur financement. En effet, pendant longtemps le régime de financement faisait partie des critères d'identification des établissements du service public hospitalier, (1) mais ce lien traditionnel a été considérablement affaibli par l'introduction de la tarification à l'activité. (2)

---

<sup>646</sup> ISSOR, Zineb, « La performance de l'entreprise : un concept complexe aux multiples dimensions », *op.cit.*

<sup>647</sup> BRAS, Pierre-Louis, « Hôpitaux : vers un même niveau d'exigence pour la performance qualité et pour la performance économique », *Les Tribunes de la santé*, 2102/2, n° 35, p. 29-41.

<sup>648</sup> *Ibid.*

## 1. Le régime de financement comme critère traditionnel d'identification du service public hospitalier

La spécificité de son financement est une caractéristique historique du service public hospitalier, (b) mais le mode de financement n'est pas associé à la notion de service public, où l'utilisateur peut être appelé à contribuer financièrement (a). La dissociation du service public et du financement a ainsi favorisé la réforme du service public hospitalier et un basculement vers la tarification des soins.

### a. L'absence de corrélation entre le service public et le mode de financement

Dans le contexte français, la théorie générale de service public ignorait l'aspect financier et budgétaire de la notion de service public, pour se concentrer avant tout « *sur la dimension sociologique au regard de la théorie de l'Etat et sur la dimension juridique au regard de la délimitation des frontières du droit administratif et de la compétence du juge administratif.* »<sup>649</sup> Dans ce contexte, la question du financement des services publics a été reléguée au second plan.

Une partie de la doctrine avait soutenu ainsi que les activités de service public, assumées par la collectivité devaient être rendues gratuites au profit de tous les bénéficiaires. La gratuité s'entend comme l'absence de participation financière de la part de l'utilisateur d'un service public en contrepartie de la prestation qui lui est fournie. La gratuité aurait de plus l'intérêt de conférer aux services publics « *une nature différente de celle caractérisant les prestations des établissements privés.* »<sup>650</sup> Ainsi, Maurice Hauriou considérait que le principe de gratuité faisait partie du régime de la notion de service public et que celui-ci était « *rendu en principe d'une façon gratuite, sauf la contrepartie de l'impôt qui n'est pas immédiate, ni d'ailleurs, proportionnée au service.* »<sup>651</sup>

Mais cette approche est restée minoritaire au sein de la doctrine juridique<sup>652</sup>. Ainsi, la gratuité n'a jamais fait partie des grandes « *lois* » du service public conceptualisées par Louis

---

<sup>649</sup> BRACONNIER, Stéphane, *Droit des services publics, op.cit.*, p. 23.

<sup>650</sup> GUGLIELMI, Gilles J., « L'introuvable principe de gratuité du service public », in KOUBI, Geneviève, GUGLIELMI, Gilles J. (dir.), *La gratuité, une question de droit ?*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 39.

<sup>651</sup> HAURIUO, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Dalloz, 12<sup>e</sup> éd., 2002, p. 65.

<sup>652</sup> V. DUMONT, Gilles, « Gratuité et service public : (in)actualité d'un principe », *AJDA*, 2020, p. 980.

Rolland. Au contraire, dans la pratique, avec l'apparition des services publics industriels et commerciaux s'est imposée l'évidence que toutes les activités de service public ne pouvaient pas être assumées à titre gratuit. En effet, l'essor de l'intervention de la collectivité publique dans la prise en charge des diverses activités économiques et sociales, s'est réalisé au prix de l'impossibilité de financer l'ensemble des services publics existants par le biais des seules recettes fiscales. Sur le plan juridique, l'apparition de la catégorie de services publics industriels et commerciaux constitue en soi un facteur excluant la gratuité pour tous les services publics. En effet, il existe un « *antagonisme de principe entre la notion même de SPIC et la gratuité de la prestation offerte par ces services* »<sup>653</sup> dans la mesure où les services publics industriels et commerciaux fonctionnent de manière comparable aux activités privées. Les jurisprudences constitutionnelle et administrative sont allées dans le même sens, en considérant que la gratuité des services publics n'est ni un principe à valeur constitutionnelle<sup>654</sup>, ni un principe général de droit<sup>655</sup>.

La question du financement joue cependant un rôle central dans la théorie du service public. Elle est un élément d'identification du service par la jurisprudence et tend à associer la gratuité au fonctionnement des services publics administratifs. Ainsi, dans son arrêt de 1956 *Union syndicale des industries aéronautiques*<sup>656</sup>, le Conseil d'Etat avait considéré que dans le silence des textes, toute activité de service public était présumée être un service public administratif. Cependant, la présomption du caractère administratif du service public pourrait être renversée si trois critères relatifs à la comparabilité de l'activité avec une activité privée étaient réunis, à savoir l'objet du service, les modalités de fonctionnement du service et le mode de financement du service. Ainsi, s'il apparaissait que le service public fonctionnait grâce aux subventions de nature publique (impôt ou d'autres ressources publiques), et qu'il était, par conséquent, rendu gratuit ou quasi gratuit (ressources tarifaires minoritaires) au profit de ses usagers directs, il s'agissait d'un indice de la nature administrative du service public, en raison de l'absence de ressemblance avec le mode de financement d'une entreprise privée. En revanche, si l'essentiel des ressources du service public provenait des redevances payées par les usagers en contrepartie de la prestation accordée, il s'agissait d'un indice permettant de relever le caractère commercial et industriel du service public.

---

<sup>653</sup> LACHAUME, Jean-François et al., *Droit des services public, op.cit.*, p. 649.

<sup>654</sup> Cons.Const., 12 juill. 1979, *Loi sur les ponts à péage*, DC n° 79-107.

<sup>655</sup> CE, Ass., 10 juill. 1996, *Société Direct Mail Promotion et autres*, Rec. 277.

<sup>656</sup> CE, Ass., 16 nov. 1956, *USIA*, Rec. 434.

La conséquence qui pourrait être tirée de cet arrêt, est que le mode de financement d'un service public était déterminant pour son appartenance à l'une des deux catégories de service public en droit français – les services publics administratifs et les services publics industriels et commerciaux. Ainsi, à chaque fois lorsque le service public bénéficiait d'un financement exogène, c'est-à-dire basé sur des fonds versés par la collectivité publique, il devait être regardé comme un service public administratif. Cela impliquait, de son côté, que le principe de gratuité devait s'appliquer pour tous les services publics administratifs. En revanche, à chaque fois lorsque le financement d'un service public était endogène, c'est-à-dire basé sur un prix payé par les usagers en contrepartie du service rendu, il rentrerait dans la catégorie de services publics industriels et commerciaux, en se rapprochant sensiblement par son mode de financement à une activité de type privé<sup>657</sup>.

Pour autant, une telle présentation n'exprime pas la réalité des services publics et « *si l'on peut généralement considérer que le mode normal de financement de tous les SPIC est la redevance perçue sur l'utilisateur, bon nombre de SPA font également appel à ce type de financement.* »<sup>658</sup> Le Conseil d'Etat avait également considéré qu'aucun principe juridique ne faisait obstacle à ce que les services publics administratifs donnent lieu au versement, par l'utilisateur, d'une redevance pour service rendu<sup>659</sup>.

Dans cette configuration, pour répondre à la question dans quelles circonstances un service public administratif pourrait donner lieu au versement d'un prix par les usagers, le professeur René Chapus avait procédé à une distinction entre les services publics administratifs facultatifs et les services publics administratifs obligatoires<sup>660</sup>. Les services publics administratifs facultatifs sont identifiés comme les services publics que les personnes publiques prennent l'initiative de créer, sans pour autant en avoir l'obligation. De tels services publics permettent de satisfaire les besoins spécifiques des usagers identifiés, mais ils ne peuvent pas être considérés comme essentiels à la vie sociale. Il s'agit le plus souvent des services sociaux, culturels et sportifs créés par les collectivités locales. Les pouvoirs publics sont ainsi libres de subordonner la prestation de ce type de services à des redevances exigées sur les usagers ; le principe de gratuité n'étant donc pas applicable aux services publics administratifs facultatifs. En revanche, les services publics administratifs obligatoires sont ceux que les pouvoirs publics doivent obligatoirement mettre en place en vertu de la

---

<sup>657</sup> BRACONNIER, Stéphane, *Droit des services publics*, op.cit., p. 345 et s.

<sup>658</sup> LACHAUME, Jean-François et al., *Droit des services public*, op.cit., p. 642

<sup>659</sup> CE, 27 juill. 1984, *Commune de la Teste de Buch*, Rec. 282

<sup>660</sup> CHAPUS, René, *Droit administratif général*, t. 1, op.cit., p. 619 et s.



Constitution ou de la loi. Ces derniers sont soumis à un principe de gratuité de la prestation faisant l'objet du service et ne peuvent pas, normalement, donner lieu à la perception d'une redevance sur les usagers<sup>661</sup>.

Aujourd'hui, cette dernière présentation mérite d'être aussi davantage affinée. Il apparaît, en effet, que les services publics administratifs gratuits constituent une catégorie en train de s'estomper. Ainsi, restent encore essentiellement financés par une subvention publique, notamment par l'impôt, certains services publics traditionnels comme la justice, l'enseignement, la police, la défense nationale, l'état civil, l'éclairage des voies publiques... Le service public gratuit est ainsi généralement celui qui ne possède pas des usagers identifiables et individualisables. Cela signifie que tout service public produisant des biens et de services susceptibles d'être fournis séparément à des usagers individualisés, pourrait faire l'objet d'un financement endogène sur la base d'un prix payé par ses utilisateurs<sup>662</sup>. Il existe néanmoins certains services publics administratifs faisant partie de cette dernière catégorie mais qui, en raison d'une exigence particulièrement forte d'assurer l'égal accès des usagers à leurs prestations, ont été rendus gratuits par le législateur. Tel est le cas de l'enseignement public primaire et secondaire dont la gratuité est expressément consacrée par les dispositions du Code de l'éducation<sup>663</sup>. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel avait étendu le principe de la gratuité de l'enseignement public à l'enseignement public supérieur, en qualifiant le principe en question comme une exigence constitutionnelle qui, pour autant, dans le domaine de l'enseignement public supérieur, ne fait pas obstacle « à ce que des droits d'inscription modiques soient perçus en tenant compte, le cas échéant, des capacités financières des étudiants<sup>664</sup>. »

Force est ainsi de constater que si à l'époque il y avait une primauté du principe de la gratuité pour les activités de service public, aujourd'hui le principe, voire l'impératif qui l'emporte est celui de la tarification des services publics, qui sont de moins en moins intégralement financés par des finances de type public. Ce postulat se confirme lorsque l'on s'intéresse à l'évolution des modalités du financement des établissements faisant partie du service public hospitalier.

---

<sup>661</sup> Ainsi, par exemple, la gratuité de l'enseignement primaire public est expressément garantie par la loi du 16 juin 1881 établissant la gratuité absolue de l'enseignement primaire dans les écoles publiques, et la gratuité de l'enseignement secondaire, par une loi du 31 mars 1933.

<sup>662</sup> HERTZOG, Robert, « Le prix du service public », *AJDA* 1997, p. 55.

<sup>663</sup> Art. L. 131-1 et L. 131-2 du Code de l'éducation.

<sup>664</sup> Cons. Const., 11 oct. 2019, *Union nationale des étudiants en droit, gestion, AES, sciences économiques, politiques et sociales et autres*, n° 2019-809 QPC, cons. 6.

## b. La spécificité originaire du financement du service public hospitalier

Historiquement, l'institution hospitalière est l'un des services publics institutionnels les plus anciens au sein de la société française. En effet, dès le début du Moyen Age, les hôpitaux assumaient un rôle d'intérêt général au travers de leur mission d'aide et d'assistance sociale, d'hébergement des personnes défavorisées. Pour cette raison, et conformément à une logique de service public, l'accès et le séjour au sein de l'hôpital étaient gratuits et le financement des institutions hospitalières était totalement basé sur la charité. En effet, les ressources financières provenaient des dons et des legs, ainsi que de l'exploitation des valeurs mobilières et immobilières.

Toutefois, à partir du milieu du XX<sup>e</sup> siècle, l'hôpital public français a changé de vocation au sein de la société. En effet, la réforme hospitalière du 21 décembre 1941 avait transformé les hôpitaux en établissements publics autonomes dédiés à la prise en charge sanitaire des usagers et ouverts à l'ensemble des classes sociales de la population. Malgré cette évolution de son statut, l'hôpital public est resté un service public institutionnel quasi-gratuit pour ses usagers. En effet, en droit français, la prestation de soins de santé n'est pas directement financée par les patients-usagers, mais par l'intermédiaire d'un système d'assurance maladie fondé sur le principe de solidarité sociale.<sup>665</sup> S'il existe ainsi une participation des citoyens dans le financement des soins de santé, cette participation reste essentiellement indirecte par le biais des cotisations sociales qu'ils versent dans leur qualité des assurés sociaux.

Il n'en reste pas moins que la gratuité des soins fournis par les établissements publics de santé, n'est pas absolue. En 2016, 91,4% des ressources des établissements de santé français provenaient de l'Assurance maladie<sup>666</sup>, mais les usagers restent directement redevables d'un ticket modérateur<sup>667</sup> et d'un forfait journalier,<sup>668</sup> et cela même en cas de prise en charge par un établissement de santé à statut public.

---

<sup>665</sup> V. *supra*, p. 43-44.

<sup>666</sup> DREES, *Les établissements de santé*, éd. 2018, p. 15.

<sup>667</sup> Le ticket modérateur représente une partie des frais des soins médicaux laissée à la charge de l'assuré sociale (V. art L. 322-2 et R. 322-1 et s. du CSS).

<sup>668</sup> Le forfait journalier représente la participation financière d'une personne hospitalisée aux frais d'hébergement et d'entretien liés à l'hospitalisation. Il est dû pour chaque journée d'hospitalisation. (V. art. L. 174-4 du CSS et arrêté du 21 décembre 2017 fixant les montants du forfait journalier hospitalier prévu à l'article L. 174-4 du code de la sécurité sociale, JO du 24 déc. 2017, texte n° 17).

Cependant, les soins hospitaliers se caractérisent par un degré de gratuité supérieur aux soins de ville, tout d'abord, en raison des nombreux cas d'exonération du ticket modérateur prévus pour les soins hospitaliers<sup>669</sup>, mais surtout, en raison de la pleine applicabilité du principe du tiers payant pour les frais d'hospitalisation. Cela est illustratif que la notion de service public reste prioritairement attachée, en droit français, à l'activité de soins hospitaliers. Il existe par ailleurs un degré supérieur de gratuité des soins de santé fournis par les établissements de santé du service public hospitalier dans la mesure où les praticiens y exerçant sont tenus de prendre en charge les assurés sociaux aux tarifs opposables<sup>670</sup>, ce qui n'est pas le cas des praticiens des autres établissements de santé qui sont libres de pratiquer des dépassements d'honoraires.

Par ailleurs, il faut préciser que pendant longtemps, il existait un financement spécifique des établissements de santé du service public hospitalier. Le mode de financement était ainsi un véritable critère distinctif du service public hospitalier<sup>671</sup>. En ce sens, comme le précise Monsieur Edouard Couty, en droit français, le modèle du financement a toujours suivi le statut de l'établissement de santé et a toujours permis de distinguer les établissements de santé de service public des autres établissements de santé<sup>672</sup>.

Ainsi, initialement et pendant longtemps, les hôpitaux publics étaient financés sur la base d'un prix de la journée dans le cadre duquel l'assurance maladie devait facturer un prix de journée incluant les dépenses d'hébergement et de soins<sup>673</sup>. Cependant, ce mode de financement a été critiqué à partir des années 1970 en raison de son caractère inflationniste. Il est apparu ainsi que le système du prix de la journée favorisait une augmentation du nombre des journées facturées par le biais d'une prolongation de la durée des séjours hospitaliers. Ce système constituait également un obstacle au développement des modes de prises en charge alternatifs à l'hospitalisation complète<sup>674</sup>.

---

<sup>669</sup> Art. R. 160-8 et s. du CSS.

<sup>670</sup> Art. L. 6112-2-4° du CSP.

<sup>671</sup> APOLLIS, Benoît, « Le financement du service public hospitalier », *RDSS* 2017, p. 657.

<sup>672</sup> COUTY, Edouard, « Financer l'hôpital, le professionnel ou le parcours », *Les tribunes de la santé*, 2013/3, n° 40, pp. 23-35.

<sup>673</sup> V. DOMIN, Jean-Paul, « Les assurances sociales et l'ouverture des hôpitaux à l'ensemble de la population : les prémices d'une politique globale de santé publique (1914-1941) », *Revue française des affaires sociales*, 2002/1, pp. 131-154.

<sup>674</sup> COUTY, Edouard, « Financer l'hôpital, le professionnel ou le parcours », *op.cit.*

C'est l'article 8 de la loi n° 83-25 du 19 janvier 1983<sup>675</sup> qui avait prévu un nouveau mode de financement propre aux établissements de santé de service public qui était la dotation globale. La dotation globale constituait une dotation annuelle de fonctionnement versée mensuellement par l'assurance maladie et dont le montant a été arrêté en fonction de la dotation versée à l'établissement au cours de l'année précédente, valorisée chaque année selon un taux directeur national. Ce mode de financement a été conçu, avant tout, comme un outil de régulation des dépenses hospitalières, son objectif était ainsi de freiner la hausse des dépenses hospitalières. Il était applicable à l'ensemble des établissements assurant le service public hospitalier, à savoir les établissements publics de santé, ainsi qu'aux établissements privés participant au service public hospitalier et les établissements privés concessionnaires de service public hospitalier mais seulement pour la partie de l'activité concernée par la concession. Le financement par dotation globale était, en ce sens, un critère d'identification du service public hospitalier puisque ce régime financier en était « *une conséquence indissociable.* »<sup>676</sup> Il se différençait du mode d'allocation des ressources aux établissements de santé privés qui ne faisaient pas partie du service public hospitalier. Ces derniers étaient, en effet, financés sur la base d'une facturation du prix de la journée, combinée d'un paiement à l'acte pour les honoraires des praticiens et d'un paiement à la prestation pour certains actes techniques.

Cependant, le financement par dotation globale présentait également plusieurs défauts qui se sont manifestés lors de son application. Sa principale faiblesse était sa totale déconnexion de l'activité réelle produite par l'établissement de santé. Il a été vite considéré comme une « *frein par essence à la productivité et à la performance de l'hôpital public.* »<sup>677</sup> Il empêçait toute tentative de modernisation, de mutation de l'activité des établissements de santé du secteur public. Il avait conduit à une concentration du secteur privé de l'hospitalisation sur les activités de soins de court séjour (chirurgie, médecine, obstétrique), alors que les établissements assurant le service public hospitalier ont dû essentiellement prendre en charge les activités d'urgences et de prise en charge des personnes en situation de précarité<sup>678</sup>.

---

<sup>675</sup> Loi n° 83-25 du 19 janvier 1983 portant diverses mesures relatives à la sécurité sociale, JO, 20 janv. 1983, p. 374.

<sup>676</sup> APOLLIS, Benoît, « Le financement du service public hospitalier », *op.cit.*

<sup>677</sup> V.BERGOIGNAN ESPER, Claudine, DUPONT, Marc, *Droit hospitalier*, Paris, Dalloz, 10 éd., 2017, p. 554-596.

<sup>678</sup> COUTY, Edouard, « Financer l'hôpital, le professionnel ou le parcours », *op.cit.*

Par conséquent, le financement des établissements de santé du service public hospitalier a été réformé et à la dotation globale s'est substituée la tarification à l'activité (T2A) qui a marqué un affaiblissement significatif du critère financier d'identification du service public hospitalier.

## 2. La tarification à l'activité, facteur d'atténuation du lien entre le service public hospitalier et le régime de financement

Contrairement à la dotation globale, la tarification à l'activité est une forme de tarification destinée à renforcer la performance économique des établissements du service public hospitalier(a). En revanche, son adoption a permis de constater la perte partielle de la spécificité originale du régime de financement de ces derniers (b).

### a. La tarification à l'activité, vecteur de la performance économique des établissements du service public hospitalier

La mise en place de la tarification à l'activité a été annoncée pour la première fois en novembre 2002, dans le cadre du plan Hôpital 2007. La réforme a été par la suite officialisée par la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2004.<sup>679</sup> Ce nouveau mode d'allocation des ressources des établissements du service public hospitalier devait permettre la médicalisation de leur financement et l'alignement de celui-ci à leur activité réelle. La tarification fondée sur l'activité médicale des établissements de santé n'est pas une spécificité française. Ainsi, une « *tarification à la pathologie* » est apparue aux Etats-Unis dès 1983. Plus tardivement, ce mode de financement a été quasiment généralisé sur le continent européen. Il a été introduit, par exemple, au sein du NHS du Royaume-Uni en 2003 afin d'augmenter l'activité hospitalière, notamment programmée, dans l'objectif de réduire les listes d'attente qui constituent l'un des problèmes les plus récurrents du système hospitalier relevant du NHS<sup>680</sup>.

---

<sup>679</sup> Loi n° 2003-1199 du 18 décembre 2003 de financement de la sécurité sociale pour 2004, JO, 19 déc. 2003, p. 21641.

<sup>680</sup> LE MENN, Jacky, MILON, Alain, *Refonder la tarification hospitalière au service du patient*, Rapport d'information n° 703 fait au nom de la mission d'évaluation et de contrôle de la sécurité sociale et de la commission des affaires sociales, juillet 2012.

Dans le contexte français, plusieurs objectifs étaient attendus de l'introduction de la tarification à l'activité en droit hospitalier. Celle-ci était censée garantir une meilleure transparence du financement des établissements de santé, notamment du secteur hospitalier public, en associant l'allocation des ressources à l'activité de soins produite. Par ailleurs, la tarification à l'activité devait améliorer la performance des anciens établissements sous dotation globale, mais également de l'ensemble du marché hospitalier, en introduisant une forme de compétition entre les établissements de santé sur le plan financier et en permettant de procéder à une comparaison de leur activité. Il s'agissait également d'un mode de financement garantissant une égalité du traitement entre le secteur public et le secteur privé de l'hospitalisation conformément aux exigences du droit de la concurrence<sup>681</sup>.

Le principe de base de la tarification à l'activité consiste dans la rémunération de chaque séjour hospitalier sur la base d'un tarif fixé a priori. Pour déclencher le financement, chaque établissement de santé doit préalablement procéder à une classification des séjours hospitaliers à partir de son programme de médicalisation des systèmes d'information (PMSI). Cette classification s'effectue au sein des groupes homogènes des malades (GHM) à partir des données administratives (âge, sexe, date de naissance...) et médicales (diagnostic principal, diagnostics associés éventuels, actes réalisés...) relatives à chaque patient. Des pondérations tarifaires existent pour chaque groupe homogène des malades, qui sont les groupes homogènes de séjours (GHS) et dont le montant est fixé au niveau national par le pouvoir réglementaire<sup>682</sup>.

On peut s'apercevoir ainsi que ce nouveau mode de tarification, comparé à l'ancienne dotation globale, constitue, avant tout, un outil de performance et de productivité des établissements de santé. Son adoption peut néanmoins paraître surprenante au regard de l'objectif de maîtrise des dépenses de santé. Toutefois, la tarification à l'activité se trouve encadrée par l'objectif des dépenses hospitalières<sup>683</sup> au sein de l'Objectif national des dépenses de l'Assurance maladie. En ce sens, un certain nombre de mécanismes ont été prévus pour éviter le dépassement de cet objectif dans l'application de la tarification à l'activité. C'est l'article L. 162-22-9-1 du Code de la sécurité sociale qui prévoit ainsi la possibilité de minoration des tarifs nationaux d'hospitalisation de manière à concourir au respect de l'Objectif national des dépenses de l'Assurance maladie en cas d'augmentation de

---

<sup>681</sup> V. ANGELLOZ-NICOUD, Michel, *La réforme du mode de financement des établissements de santé. La tarification à l'activité : T2A. Les enjeux budgétaires et financiers*, Bordeaux, LEH, 2005.

<sup>682</sup> V. LAMI, Arnaud, VIOUJAS, Vincent, *Droit hospitalier*, Bruylant, Bruxelles, 2018.

<sup>683</sup> Art. L. 162-22-9 du CSS.

l'activité des établissements de santé supérieure aux prévisions. En réalité, l'option de baisse des tarifs a dû être systématiquement appliquée par les pouvoirs publics pour rester dans le cadre de l'Objectif national des dépenses de l'Assurance maladie<sup>684</sup>.

La mise en place de la tarification à l'activité constitue, en outre, une source d'atténuation de la spécificité du régime de financement des établissements du service public hospitalier.

- b. La tarification à l'activité, vecteur de dépérissement de la spécificité du régime de financement des établissements du service public hospitalier

Il existe deux éléments importants permettant d'illustrer l'idée que la mise en place de la tarification à l'activité avait conduit à la disparition, au moins partielle, de la spécificité du régime de financement des établissements du service public hospitalier.

La tarification à l'activité est devenue le mode de financement de droit commun pour l'activité de soins en médecine, chirurgie, obstétrique et odontologie (MCOO) de tous les établissements de santé, quel que soit leur statut. A partir de 2017, la tarification à l'activité englobe également le financement des soins de suite et de réadaptation<sup>685</sup>. Il faut préciser aussi qu'à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2008, les activités MCOO des établissements publics de santé sont intégralement financés par la tarification à l'activité<sup>686</sup> et cela, quel que soit le mode de prestation des soins: hospitalisation sans ou avec hébergement, hospitalisation à domicile ou consultations et soins externes. A la lumière de cette unification du régime de financement des établissements de santé, il apparaît assez compréhensible que la réforme Bachelot de 2009 avait procédé à la suppression de la qualification de service public pour toute la partie de l'activité de soins courants des établissements de santé, qui devrait désormais s'entendre comme une activité exercées selon les mêmes modalités quel que soit le statut de l'établissement.

---

<sup>684</sup> VERAN, Olivier, *Mission sur l'évolution du mode de financement des établissements de santé, Une nouvelle échelle de valeur*, op.cit. p. 6.

<sup>685</sup> V. Art. 82 de la loi n° 2016-1827 du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017, JO du 24 décembre 2016, texte n° 1.

<sup>686</sup> V. Art. 62 de la loi n° 2007-1786 du 19 décembre 2007 de financement de la sécurité sociale pour 2008, JO, 21 déc. 2007, p. 20603.

Le processus d'évidement de la spécificité du régime financier des établissements du service public hospitalier a été accentué par le dispositif relatif à la convergence tarifaire entre les deux secteurs de l'hospitalisation. En effet, initialement, la mise en place de la tarification à l'activité reposait sur l'existence de deux grilles tarifaires différentes respectivement pour le secteur hospitalier de service public et pour le secteur hospitalier privé. Or, c'est le montant du tarif applicable au secteur public qui était généralement plus élevé. Cela pouvait s'expliquer par le fait que le tarif public était un tarif « *tout compris* » incluant notamment la rémunération des médecins-salariés de l'établissement. En revanche, le tarif applicable au secteur privé ne comprenait pas les honoraires des praticiens exerçant au sein de la clinique. Il existait initialement un objectif d'harmonisation des tarifs applicables aux deux secteurs. Cependant, en 2005, il s'est transformé en objectif de convergence intersectorielle des échelles tarifaires qui devait être achevée en 2012 « *dans la limite des écarts justifiés par des différences dans la nature des charges couvertes par ces tarifs.*»<sup>687</sup> La mise en œuvre de la convergence tarifaire intersectorielle a été par la suite rapportée pour 2018<sup>688</sup>. Il n'en reste pas moins, que ce dispositif de convergence des échelles tarifaires entre les deux secteurs hospitaliers a constitué le « *sujet le plus polémique* » de l'instauration de la tarification à l'activité<sup>689</sup>.

Cependant, il subsiste encore, même après l'entrée en vigueur de la tarification à l'activité, une part de spécificité du régime du financement des établissements publics de santé et des activités hospitalières de service public.

Ce constat se vérifie, tout d'abord, par l'abandon de l'objectif de convergence tarifaire intersectorielle opéré par la Loi de financement de la Sécurité sociale pour 2013<sup>690</sup>. En effet, cet objectif était conforme à l'exigence d'égalité de traitement des établissements de santé, mais il était vu comme un danger potentiel pour la prise en charge des activités de service public essentiellement assumées par le secteur hospitalier public. Cette crainte était justifiée dans la mesure où les tarifs du secteur public devaient être ramenés vers les tarifs, généralement moins élevés, du secteur privé, considéré comme le secteur plus efficace de

---

<sup>687</sup> V. Art. 17 de la loi n° 2004-1370 du 20 décembre 2004 de financement de la sécurité sociale pour 2005, JO, 21 déc. 2004, p. 21649.

<sup>688</sup> Art. 48 de la loi n°2009-1646 du 24 décembre 2009 de financement de la sécurité sociale pour 2010, JO, 27 déc. 2009, p. 22392. V. OR, Zeynep, RENAUD, Thomas, *Principes et enjeux de la tarification à l'activité à l'hôpital (T2A). Enseignements de la théorie économique et des expériences étrangères*, IRDEES, mars 2009.

<sup>689</sup> VIOUJAS, Vincent, « Le report de la convergence intersectorielle public/privé » *RDSS* 2009, p. 1075.

<sup>690</sup> Art. 59 de la loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013, JO, 18 déc. 2012, p. 19821. V. VIOUJAS, Vincent, « Le financement des établissements de santé par la tarification à l'activité après la LFSS pour 2013 : stop ou encore ? », *RDSS* 2013, p. 462.



l'hospitalisation. Or, cet aspect de la réforme avait une dimension essentiellement économique et ignorait l'existence des charges complémentaires incombant aux établissements de santé du secteur public, gestionnaires traditionnels du service public hospitalier, qui justifiaient l'application des tarifs plus élevés à leur profit. Les raisons explicatives de l'abandon du dispositif de la convergence intersectorielle ont été résumées par un rapport au Parlement datant de 2010<sup>691</sup>. Ce rapport insistait notamment sur l'existence des missions spécifiques assumées par le secteur hospitalier public qui nécessitent l'intégration de certains coûts non rattachables au séjour dans les tarifs du secteur public, sur la patientèle différente de l'hôpital public composée des patients plus fragiles, plus défavorisés, plus âgés et souvent affectés par des polyopathologies, ainsi que sur les contraintes liées au mode d'intervention non programmée de l'hôpital public. L'ensemble de ces éléments légitimait l'abandon de l'objectif initial de convergence tarifaire, surtout dans la perspective d'une redéfinition du service public hospitalier qui a été effectuée par la loi du 26 janvier de 2016.

Il subsiste toutefois un problème juridique lié à la conformité du maintien des écarts tarifaires au regard du droit de la concurrence. En droit interne, le Conseil d'Etat avait jugé que le différentiel tarifaire n'était pas constitutif d'un avantage économique méconnaissant les règles de la concurrence, dans la mesure où il s'apparentait à une compensation en contrepartie des obligations de service public.<sup>692</sup> Il n'était pas tout à fait certain, pour autant, que le dispositif était conforme au droit européen des aides d'Etat qui prescrit qu'une compensation financière ne serait considérée comme distorsion de la concurrence sur un marché donné, que lorsqu'elle a été versée en contrepartie d'obligations de service public précisément identifiées<sup>693</sup>. Or, il apparaissait difficile de justifier l'existence d'un tarif plus élevé au profit de l'hospitalisation publique pour la tarification des activités qui n'étaient plus expressément qualifiées de missions de service public en droit national suite à la réforme du 21 juillet 2009. Pour remédier à cette difficulté, la loi Touraine du 26 janvier 2016, qui a réintroduit en droit positif la notion de service public hospitalier, avait mis en place une nouvelle procédure de contrôle de surcompensation des établissements du service public hospitalier, sous réserve d'un bénéfice raisonnable, qui a été conféré aux agences régionales de santé<sup>694</sup>.

---

<sup>691</sup> Ministère de la santé et des sports, *Rapport 2010 au Parlement sur la tarification à l'activité*.

<sup>692</sup> CE, 7 juill. 2010, *Syndicat FHP-MCO*, n° 327388 ; CE, 16 févr. 2011, *Syndicat FHP-MCO*, n° 339029.

<sup>693</sup> CJCE, 24 juill. 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff. C-280/00 ; V. *infra*, p. 425 et s.

<sup>694</sup> Art. L. 6116-3 du CSP ; *Infra*, p. 434.

En ce qui concerne les missions spécifiques de service public des établissements de santé, leur prise en considération en droit positif a été confirmée par l'aménagement d'un mode de financement spécifique pour celles-ci, différent de la tarification à l'activité. Il existe ainsi une série de missions qui continuent à être considérées comme particulières dans le champ hospitalier et qui bénéficient, par conséquent, d'un financement forfaitaire par le biais des dotations globales au sein de l'Objectif national des dépenses de l'Assurance maladie qui sont attribuées aux établissements de santé par le directeur générale de l'Agence régionale de santé au travers des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens. Selon la doctrine, ce qui justifie le maintien d'un régime de financement dérogatoire en la matière, c'est la spécificité de certaines activités hospitalières, qui peuvent apparaître comme difficilement identifiables par le patient<sup>695</sup> ou encore comme non rentables et mal financés, mais sans possibilité de ne pas les assurer<sup>696</sup>. Il s'agit ainsi d'activités difficiles ou impossibles à tarifer<sup>697</sup> et qui sont regroupées sous le vocabulaire de missions d'intérêt général et d'aide à la contractualisation (MIGAC)<sup>698</sup>. Ainsi, il reste une grande partie de missions des établissements de santé qui continuent à être financées par le biais d'une subvention de service public. Il faut préciser ici que l'essentiel des crédits MIGAC ont été au départ versés aux établissements publics de santé et aux établissements de santé privé d'intérêt collectif en raison du lien historique entre ces deux catégories d'établissements et la notion de service public hospitalier.

Il n'en reste pas moins que l'objectif essentiel de la réforme de financement des établissements de santé était de rompre avec la tradition selon laquelle le mode de financement était déterminé par le statut de l'établissement. Cette réforme était, par conséquent, un facteur d'affaiblissement du critère organique de la notion de service public hospitalier. L'objectif poursuivi sur le long terme était de mettre en place un financement commun à tous les établissements de santé, conformément à la logique du système de santé<sup>699</sup>. Ce financement devait suivre la nature de l'activité assumée par l'établissement, avec une tarification à l'activité pour les soins de MCOO et des dotations pour les missions d'intérêt général qui devraient progressivement s'ouvrir au secteur privé de l'hospitalisation.

---

<sup>695</sup> Par ex., les activités de prévention en matière de santé.

<sup>696</sup> Par ex. l'activité de prise en charge des urgences hospitalières.

<sup>697</sup> MOQUET-ANGER, Marie Laure, *Droit hospitalier, op.cit.*, p. 311-315.

<sup>698</sup> V. Art. L. 162-22-13 et s. du CSS. La catégorie de MIGAC regroupe les missions d'enseignement, de recherche, de référence et d'innovation (MERRI), les missions de santé publique, la gestion sanitaire, la prise en charge des détenus et des populations en difficultés ect.

<sup>699</sup> APOLLIS, Benoît, TRUCHET, Didier, *Droit de la santé publique, op.cit.*, p. 209.

La tarification à l'activité ne constitue pas ainsi un mode de financement spécifique au service public hospitalier. Cette absence de spécificité a joué un rôle prépondérant dans l'abrogation de la notion de service public hospitalier opérée par la réforme Bachelot de 2009. Au-delà de ce constat, la tarification à l'activité a souvent été présentée comme incompatible, voire antinomique au but du service public dans le domaine hospitalier.

Comme le suggère le Comité consultatif national d'éthique dans un avis rendu en 2016 à ce propos, la tarification à l'activité cache le risque de placer en premier plan la logique de performance économique des établissements de santé au détriment de la prise en considération des missions de service public assumées par la plus grande partie de ces derniers et notamment par les établissements publics de santé<sup>700</sup>.

Dans une approche économique, deux conséquences potentiellement négatives de la tarification à l'activité sur l'activité des établissements de santé ont pu être identifiées. Sur le plan juridique, elles contreviennent aux principes de continuité et d'égalité devant le service public.

La première est la réduction de la durée moyenne des séjours des patients admis au sein de l'établissement de santé. La tarification à l'activité a été ainsi décrite comme un mode de tarification privilégiant l'accomplissement des actes techniques de soins au détriment de l'écoute, des examens et du temps médical qui constituent des facteurs essentiels pour le traitement de certains cas médicalement et socialement complexes. D'un autre côté, la tarification à l'activité pourrait conduire à une démarche de sélection des patients dont le coût réel de séjour apparaît comme égal ou inférieur au tarif national au détriment des patients dont le coût réel de séjour apparaît comme supérieur au tarif national.

La tarification à l'activité était décrite comme un mode de financement globalement adapté aux soins de santé techniques et programmés. Mais elle ne favorisait pas suffisamment le développement d'autres activités importantes, comme c'est le cas de la prise en charge des patients avec une ou plusieurs maladies chroniques ou encore des actions de prévention dans le domaine de la santé et de l'éducation thérapeutique<sup>701</sup>.

C'est dans ce contexte, que le rapport Véran de 2016 avait proposé la combinaison de la tarification à l'activité avec d'autres modes de financement des établissements de santé,

---

<sup>700</sup> CCNE, *Avis n° 101 Santé, éthique et argent : les enjeux éthique de la contrainte budgétaire sur les dépenses de santé en milieu hospitalier*, 2016.

<sup>701</sup> V.OR, Zeynep, RENAUD, Thomas, *Principes et enjeux de la tarification à l'activité à l'hôpital (T2A). Enseignements de la théorie économique et des expériences étrangères*, op.cit.

plus compatibles avec une logique de service public, comme le financement à l'épisode de soins ou le financement au parcours<sup>702</sup>. En vertu de la loi relative à l'organisation et à la transformation du système de santé du 24 juillet 2019, ces nouveaux dispositifs de financement des établissements de santé font l'objet désormais d'une expérimentation dans la pratique<sup>703</sup>.

Le deuxième dispositif de performance, qui a trouvé un champ d'application au sein des établissements du service public hospitalier, est le dispositif de la performance-qualité.

## B. La logique de performance-qualité appliquée à l'hôpital : la procédure de certification

A côté de la performance économique, les établissements du service public hospitalier ont été conduits à améliorer leur performance sur le champ de la qualité de leurs services. La notion de qualité est une notion polysémique qui comporte deux axes essentiels : d'un côté elle est censée permettre l'amélioration de l'efficacité économique du fonctionnement des services publics, d'un autre côté, elle dépasse la logique strictement économique, puisqu'elle vise également l'amélioration de la satisfaction des usagers du service public<sup>704</sup>. Le contenu de la notion de qualité est difficile à cerner, car celle-ci est par nature subjective, dépendant des attentes des usagers, qui diffèrent d'un service à l'autre, mais aussi des missions et des contraintes d'intérêt général particulières à chaque activité de service public<sup>705</sup>. Toujours est-il que le critère de qualité est une technique initialement utilisée dans le secteur privé afin de répondre aux problèmes d'adaptation des entreprises privées sur les marchés concurrentiels. Il n'en reste pas moins que cette technique a rapidement envahi tous les services publics (1) et qu'elle a connu une transposition particulièrement aboutie dans le champ hospitalier (2).

---

<sup>702</sup> VERAN, Olivier, *Mission sur l'évolution du mode de financement des établissements de santé, Une nouvelle échelle de valeur*, Rapport, La documentation française, 2016, p. 7. Ce rapport préconise le maintien d'un financement par le biais de la T2A pour toutes les activités standardisées et pour les séjours ponctuels et simples. Le financement à l'épisode de soins étant proposé pour les actes chirurgicaux lourds et pour les soins médicaux aigus nécessitant une prise en charge en amont et en aval. Le financement au parcours étant réservé à la prise en charge des pathologies chroniques.

<sup>703</sup> V. sur la question : *infra*, p. 557 et s.

<sup>704</sup> En effet, un rapport de 2004 avait identifié plusieurs axes de la qualité d'un service. Le critère déterminant de la notion étant l'aptitude du service à répondre aux besoins qu'il est destiné à satisfaire, complété par l'amélioration du coût du service, la conformité aux attentes légitimes des agents et des prestataires, les effets sur la cohésion sociale. V. CANNAC, Yves, *La qualité des services publics*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, août 2004.

<sup>705</sup> GUGLIELMI, Gilles J., KOUBI, Geneviève, LONG, Martine, *Droit du service public, op.cit.*, p. 331-335.

## 1. La pénétration de la démarche qualité dans la gestion des services publics

Dès les années 1980, un discours sur la qualité administrative s'est développé sous l'influence d'un mouvement général de réforme et de modernisation de l'Etat et des services publics. En ce sens, le professeur Jacques Chevallier a pu désigner la qualité comme un « *nouveau produit idéologique* », « *contrainte d'ordre axiologique pour les services publics.*»<sup>706</sup> Il s'agit, pour autant, de la transposition d'un outil du secteur privé à l'administration afin d'introduire dans son fonctionnement une analyse nouvelle de type qualitatif. Cette démarche permet de rompre avec le postulat traditionnel du « *privilege de l'infailibilité* » de l'administration qui « *ne saurait être mesurée en termes d'efficacité.*»<sup>707</sup> La qualité est ainsi considérée comme le vecteur d'une nouvelle légitimation des services publics dans un contexte où ceux-ci se trouvent confrontés aux mêmes défis que les entreprises privées : les évolutions technologiques, les contraintes d'un environnement concurrentiel, la nécessité des gains de productivité, les attentes des usagers-consommateurs.

Dans les années 1990, la notion de qualité est ainsi apparue dans certains textes de droit français. C'est notamment la circulaire Juppé du 26 juillet 1995<sup>708</sup> qui va classer la qualité parmi les huit « *nouveaux principes* » des services publics censés compléter les principes essentiels et traditionnels du service public.

Cependant, la question du statut exact de la qualité dans le régime juridique des services public n'est pas complètement tranchée(a). Toujours-est-il, que la qualité présente des dimensions multiples lorsqu'elle se trouve appliquée dans le domaine des services publics (b).

### a. Le statut incertain de la qualité au sein du régime juridique des services publics

Une question qui a souvent fasciné la doctrine juridique est, si au vu de l'importance que celle-ci a acquise dans le domaine des services publics, la qualité pourrait-elle être

---

<sup>706</sup> CHEVALLIER, Jacques, « Le discours de la qualité administrative », *RFAP* n° 46, 1988, p. 121.

<sup>707</sup> *Ibid.*

<sup>708</sup> Circulaire du 26 juillet 1995 relative à la préparation et à la mise en oeuvre de la réforme de l'Etat et des services publics, JO du 28 juillet 1995, p. 11217.

envisagée comme principe faisant partie du régime juridique de la notion de service public en droit français.

En effet, c'est en droit de l'Union Européenne que la règle de qualité du service rendu a été érigée au rang de principe juridique, élément indispensable de l'intérêt général au sein de l'Union Européenne. On la retrouve en particulier dans la définition du service universel, qui se présente comme un ensemble de services d'une qualité spécifiée, dont l'accessibilité est garantie, et qui sont rendus à un prix abordables au profit de tous les utilisateurs. Par ailleurs, le principe de qualité s'accorde avec la démarche de libéralisation des services publics au sein de l'Union Européenne et participe plus largement dans l'approfondissement de l'objectif du marché intérieur.

C'est pour cette raison, que sous l'influence des textes du droit dérivé de l'Union Européenne, la qualité a été transposée dans le fonctionnement de plusieurs activités de service public industriel et commercial en droit français. C'est le cas du service universel postal dont les prestations doivent répondre à des normes de qualité déterminées<sup>709</sup> ou encore du service public de l'électricité qui doit être assuré dans les meilleures conditions de qualité.<sup>710</sup>

Néanmoins, si la qualité pourrait être érigée en principe du régime juridique applicable à certaines activités de service public industriel et commercial, il reste difficile d'admettre qu'elle soit un principe général applicable à tous les services publics. En effet, pour que la qualité puisse être considérée comme « *grande loi* » des services publics, elle devrait répondre à un certain nombre d'exigences : il doit s'agir ainsi d'un principe commun aux services publics administratifs et aux services publics industriels et commerciaux, indispensable à l'existence du service public, source des droits pour les usagers et des obligations pour les prestataires. Or, la plupart des éléments caractéristiques de la notion de qualité empêchent de lui reconnaître ce statut, ce qui reste la position dominante au sein de la doctrine juridique. La qualité est ainsi entendue essentiellement comme une « *exigence censée guider la gestion des services publics* » mais dans une démarche, le plus souvent incitative, dépourvue de toute contrainte et de sanction juridique<sup>711</sup>.

En revanche, sa subjectivité, son caractère sectoriel et pluridimensionnel, son imprécision et l'absence de sa consécration par la jurisprudence comme principe applicable

---

<sup>709</sup> Art. L. 1, al.4 du CPCE.

<sup>710</sup> Art. L. 121-1, al.4 du Code de l'énergie.

<sup>711</sup> DONIER, Virginie, « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *RFDA* 2006, p. 1219.

aux services publics en absence d'un fondement textuel, conduisent à constater que la qualité ne peut pas être rangée parmi les principes essentiels du régime juridique de la notion de service public, même si certains auteurs considèrent qu'il s'agit «*d'un principe en voie d'émergence*<sup>712</sup>.»

La qualité a pu être envisagée, en outre, comme un versant du principe d'adaptabilité du service public. C'est ainsi que dans son célèbre arrêt du 10 janvier 1902 *Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen*<sup>713</sup>, le Conseil d'Etat avait consacré l'existence d'un principe d'adaptabilité de la gestion des services publics aux progrès techniques qui pourrait être associé au principe actuel de la qualité<sup>714</sup>. Cependant, comme le démontre le professeur Lucie Cluzel-Metayer dans sa thèse sur l'exigence de qualité dans les services publics, le principe général de mutabilité du service public et la qualité du service public méritent d'être distingués. En effet, pendant longtemps, le principe de mutabilité ne conférait aucun droit particulier aux usagers du service public<sup>715</sup>. Aujourd'hui, il ne découle de ce principe qu'un droit au fonctionnement normal du service au profit de l'utilisateur<sup>716</sup>. Or, la qualité s'inscrit dans une logique très différente, qui est celle de l'adaptation des services publics à la situation, aux attentes et aux difficultés de leurs usagers<sup>717</sup>. L'utilisateur étant donc placé au centre de la démarche qualité dont il est le bénéficiaire ultime.

Dépourvue du statut de principe général du régime des services publics, la démarche qualité a été appliquée aux différentes activités de service public en France selon des approches différentes.

#### b. Les dimensions multiples de la démarche-qualité dans les services publics

Il convient de souligner ici que l'application de la démarche qualité aux services publics doit suivre nécessairement une approche sectorielle. Ainsi, certains auteurs ont pu

---

<sup>712</sup> CLUZEL-METAYER, Lucie, *Le service public et l'exigence de qualité*, Thèse, Paris, Dalloz, 2006, p. 419 et s.

<sup>713</sup> CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen*, n° 94624, Rec., p.5.

<sup>714</sup> VOISSET, Michèle, « La reconnaissance en France d'un droit des citoyens à la qualité dans les services publics », *RFDA* 1999, p. 743.

<sup>715</sup> CE, 27 janvier 1961, *Sieur Vannier*, n° 38661, Rec., p. 60 : le principe d'adaptabilité du service public ne confère pas aux usagers un droit au maintien d'un service public.

<sup>716</sup> CE, 25 juin 1969, *Vincent*, n° 69449, Rec., p. 334.

<sup>717</sup> CLUZEL-METAYER, Lucie, *Le service public et l'exigence de qualité*, *op.cit.*, p. 566 et s.

observer que la mise en œuvre de cette démarche variait sensiblement selon la catégorie des services publics.<sup>718</sup>

Ainsi, pour ce qui est des services publics administratifs, la logique de qualité se confond souvent avec d'autres exigences telles que la transparence, l'accessibilité ou encore la rapidité du service. Les actions de qualité se trouvent ainsi concentrées sur l'amélioration des rapports entre les services et ses usagers sous forme d'une amélioration de l'accueil des usagers, d'une simplification de l'accès pour les usagers ou d'une optimisation des délais de réponses. La qualité participe donc dans un mouvement général d'humanisation des services publics administratifs, elle est prioritairement axée sur la capacité du service de satisfaire les usagers. Certains auteurs affirment ainsi que pour les services publics régaliens et sociaux, « *la démarche qualité ne pas doit s'appuyer principalement sur des critères économiques et techniques, mais sur les droits fondamentaux de la personne.*<sup>719</sup> » De la même manière, la démarche qualité, développée dans le cadre des services publics administratifs, apparaît comme peu contraignante et formalisée. Souvent il ne s'agit, en effet, que de la recherche de réalisation d'un objectif de qualité mais qui n'est pas assorti d'une sanction juridique et qui ne fait pas généralement l'objet d'une démarche d'évaluation à partir des indicateurs objectifs et prédéterminés.

En revanche, dans le cadre des services publics industriels et commerciaux, la démarche qualité est développée de manière beaucoup plus étendue et s'applique à tous les aspects de l'organisation et de la gestion de ce type de services. Par ailleurs, elle s'appuie aussi bien sur la satisfaction des attentes des usagers, par l'amélioration de la qualité de la prestation du service offerte, que sur l'optimisation de l'efficacité économique du service, au travers d'une amélioration de la qualité du fonctionnement interne du service. Cela explique que pour les activités de service public industriel et commercial, il existe une véritable exigence de qualité, qui fait le plus souvent l'objet d'une évaluation sur la base des indicateurs et des normes objectifs, voire d'une sanction juridique en cas de manquement aux critères de qualité.

Or, lorsque l'on observe cette classification, il apparaît assez paradoxal de constater que dans le domaine hospitalier, les établissements du service public hospitalier, en tant que gestionnaires d'un service public administratif de nature sociale, ont été soumis à une logique

---

<sup>718</sup> BRACONNIER, Stéphane, *Droit des services publics, op.cit.*, p. 329-334.

<sup>719</sup> VOISSET, Michèle, « La reconnaissance en France d'un droit des citoyens à la qualité dans les services publics », *op.cit.*



de performance-qualité particulièrement poussée, allant jusqu'à une procédure d'évaluation de la qualité de leurs services par le biais de leur certification. Il s'agit ainsi d'un élément supplémentaire permettant de constater que la qualification de service public administratif, attribuée par le législateur au service public hospitalier, repose essentiellement sur des arguments politiques et idéologiques et se trouve exclusivement justifiée par l'objet spécifique du service en question qui réside dans l'exécution de l'activité de soins de santé. En revanche, il n'existe pas d'arguments juridiques solides permettant d'expliquer cette qualification donnée au service public hospitalier. En ce sens, le service public hospitalier constitue un exemple illustratif de la fragilité de la distinction entre les services publics administratifs et les services publics industriels et commerciaux, qui a été édiflée en droit français<sup>720</sup>.

## 2. La place prépondérante de la démarche qualité dans la gestion du service public hospitalier

Pendant longtemps, les pouvoirs publics ont développé une approche purement quantitative du service public hospitalier dans le cadre d'une politique d'expansion du parc hospitalier dépourvue de toute régulation. Ce n'est que plus tardivement, qu'une analyse qualitative de l'activité des établissements de santé a été développée. En effet, c'est la spécificité de l'objet du service public hospitalier qu'explique l'importance que revêt la démarche qualité en la matière. Le service public hospitalier a ainsi la responsabilité d'assurer, au profit de toute la population, l'activité de soins de santé. Or, le manque de qualité de cette activité est susceptible d'entraîner des conséquences graves pour les usagers du service et de porter atteinte à leur intégrité physique, voire à leur vie.

Il existe ainsi des facteurs propres au système de santé français qui peuvent expliquer la nécessité d'introduction de la logique qualité dans le fonctionnement du service public hospitalier. C'est le cas, tout d'abord, de l'enchaînement d'un certain nombre de « *crises sanitaires* » qui ont jeté la lumière sur l'absence de qualité et de sécurité suffisantes des services et des produits de santé, ce qui a provoqué un phénomène de « *crise de confiance des usagers* » au système de santé français. C'est également le cas de l'impératif d'une meilleure maîtrise des dépenses hospitalières qui passe par l'élimination des soins et des prises en charge dont la qualité n'est pas avérée.

---

<sup>720</sup> V. infra, p. 403 et s.

Cependant, à la différence de la majorité de services publics administratifs, la logique de qualité a été très développée dans le cadre du service public hospitalier. Elle ne se limite pas ainsi à une simple politique d'amélioration des rapports entre le service et les usagers.<sup>721</sup> Elle va jusqu'à la mise en place d'une évaluation de l'activité du service public hospitalier au travers de la mise en place d'une procédure formelle de certification (a) ayant des conséquences juridiques importantes sur les établissements de santé (b).

a. Le formalisme de la procédure de certification des établissements de santé

La certification se présente comme une procédure d'évaluation externe de la qualité d'un organisme et elle a été initialement conçue pour les entreprises privées. C'est pour cette raison, que sa définition figure au sein du Code de la consommation en vertu duquel « *constitue une certification de produit ou de service l'activité par laquelle un organisme, distinct du fabricant, de l'importateur, du vendeur, du prestataire ou du client, atteste qu'un produit, un service ou une combinaison de produits et de services est conforme à des caractéristiques décrites dans un référentiel de certification.* »<sup>722</sup>

La démarche d'évaluation externe de qualité a été progressivement transposée dans le domaine hospitalier. C'est l'ordonnance du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée qui avait introduit une procédure d'accréditation des établissements de santé conduite par l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé (ANAES)<sup>723</sup>. C'est par la suite la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'Assurance maladie, qui a transformé l'accréditation en certification des établissements de santé conduite par la Haute Autorité de santé (HAS). La procédure d'accréditation est désormais réservée à l'évaluation des médecins et des équipes médicales<sup>724</sup>.

L'article L. 6113-2 du CSP prévoit ainsi que tous les établissements de santé publics et privés<sup>725</sup> doivent faire l'objet d'une procédure de certification qui a pour objectif d'évaluer la qualité et la sécurité des soins et de l'ensemble de leurs prestations, et d'aboutir à une

---

<sup>721</sup> En ce sens, V. Circulaire N°DHOS/E1/DGS/SD1B/SD1C/SD4A/2006/90 du 2 mars 2006 relative aux droits des personnes hospitalisées et comportant une charte de la personne hospitalisée; art. L. 1112-3, al. 2 du CSP sur la Commission des usagers dans les établissements de santé.

<sup>722</sup> Art. L. 115-27 du Code de la consommation.

<sup>723</sup> V. Titre II de l'ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée, JO du 25 avril 1996, p. 6324.

<sup>724</sup> Art. L. 1414-3-3-4° du CSP.

<sup>725</sup> La procédure étant également applicable aux réseaux de santé et aux groupements de coopération sanitaires : art. L. 6113-4 du CSP.

amélioration continue de la qualité et de la sécurité des soins et des prestations. Cette évaluation externe s'effectue à partir de normes techniques de qualité, plus précisément, à partir d'indicateurs fixant des objectifs à atteindre et divisés en plusieurs critères énumérés au sein d'un manuel de certification rédigé par la Haute Autorité de santé. Par ailleurs, la certification des établissements de santé se rapporte aussi bien à la qualité de leur gestion interne, qu'à la qualité des prises en charge des patients.

La démarche qualité, appliquée au service public hospitalier, se caractérise ainsi par son ampleur significative. En effet, la procédure d'évaluation-qualité permet d'assurer le passage d'une qualité implicite et incitative, caractéristique pour la majorité des services publics administratifs, à une qualité explicite et imposée, caractéristique pour les entreprises privées et pour les services publics industriels et commerciaux<sup>726</sup>. Par ailleurs, la mise en place de la certification des établissements du service public hospitalier s'explique par le fait que ceux-ci exercent leurs activités au sein d'un marché concurrentiel. En ce sens, la certification est une forme d'attestation officielle de la qualité de leurs prestations sur le marché hospitalier.

L'importance de la procédure de certification dans le champ hospitalier découle également du formalisme de celle-ci, qui se trouve décliné au sein des textes juridiques<sup>727</sup>.

La certification suit ainsi différentes étapes et fait intervenir plusieurs acteurs. Les établissements de santé ont un rôle important au sein de la procédure. Il leur appartient de prendre l'initiative d'engagement de la certification qui doit avoir lieu tous les quatre ans. Cet engagement doit s'effectuer en principe par le biais du contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens de l'établissement de santé<sup>728</sup>. Cependant, cette initiative laissée aux établissements pour déclencher la procédure de certification, n'implique pas le caractère facultatif de cette dernière. La certification est ainsi une procédure obligatoire, imposée à tous les établissements de santé, qui sont tenus de s'y soumettre<sup>729</sup>. C'est ainsi qu'en absence d'engagement explicite de la part de l'établissement, il incombe à l'Agence régionale de santé de saisir celui-ci d'une demande d'engagement de la procédure<sup>730</sup>. Outre cette démarche,

---

<sup>726</sup> CLUZEL-METAYER, Lucie, « L'irruption de la qualité dans le domaine sanitaire », *RDSS* 2014, p. 1002.

<sup>727</sup> V. Art. L. 6113-1 à 6113-14 du CSP ; Art. R. 6113-12 à R.6113-15 du CSP ; Déc. n° 2013.0142/DC/SCES du 27 novembre 2013 du collège de la Haute Autorité de santé portant adoption de la procédure de certification des établissements de santé et des structures visées aux articles L. 6133-7, L. 6321-1, L. 6147-7 et L. 6322-1 du code de la santé publique, JO, 21 déc. 2013, n° 107.

<sup>728</sup> Art. L. 6113-4 du CSP.

<sup>729</sup> V. Art. L. 6113-3 du CSP qui précise que tous les établissements de santé doivent faire l'objet d'une certification.

<sup>730</sup> Art. L. 6113-5 du CSP.

l'établissement de santé participe également à la certification au travers de l'autoévaluation de son activité qui doit être adressée à la Haute Autorité de santé. L'obligation d'autoévaluation s'effectue désormais par un nouvel outil qui est le compte qualité mentionné dans la dernière décision de la Haute Autorité de santé relative à la procédure de certification des établissements de santé<sup>731</sup>.

La certification est conçue, en outre, comme une logique d'évaluation externe « *fondée sur un jugement par des pairs*<sup>732</sup>. » Cela explique l'intervention en son sein à des experts qui procèdent à une visite de l'établissement au vu de l'évaluation sur place de la conformité de son activité aux critères prévus dans le manuel de certification. Ces experts sont, en réalité, des professionnels du monde de la santé (médecins, pharmaciens, soignants, directeurs, cadres de santé). Or, la certification étant une procédure d'évaluation externe indépendante, les textes portent une attention particulière à la garantie d'indépendance et d'impartialité du comité d'experts. C'est ainsi que les membres de celui-ci doivent exercer leur activité professionnelle en dehors de la région de l'établissement visité et souscrire une déclaration d'absence de conflit d'intérêts. A l'issue de sa visite, le comité est tenu de rédiger un rapport adressé à la Haute Autorité de santé qui doit permettre à celle-ci de fonder sa décision de certification.

C'est ainsi que l'acteur majeur de cette procédure d'évaluation externe de qualité des établissements de santé est la Haute Autorité de santé qui va adopter la décision finale de certification des établissements concernés. Ainsi, la phase décisionnelle commence par la rédaction d'un prérapport de certification par la Haute Autorité de santé qui est soumis à une phase contradictoire avec l'établissement. Le rapport final de la Haute Autorité de santé doit contenir la décision relative à la certification de l'établissement. Il peut s'agir d'une décision de certification, d'une décision de certification avec une ou plusieurs recommandations, d'une décision de non certification ou éventuellement, d'une décision de sursis à la certification. Le rapport final doit contenir également des constatations et des observations sur la qualité des prestations et du fonctionnement interne de l'établissement, des recommandations pour remédier aux difficultés rencontrées, ainsi que des modalités de suivi d'amélioration de la qualité de l'activité de l'établissement.<sup>733</sup>

---

<sup>731</sup> Déc. n° 2013.0142/DC/SCES du 27 novembre 2013 du collège de la Haute Autorité de santé portant adoption de la procédure de certification des établissements de santé, JO n° 0296 21 déc.2013, texte n° 107.

<sup>732</sup> DUPONT, Marc, « Sur la nouvelle procédure de certification établie par la HAS », *JDSAM* 2004 n°6, p. 41.

<sup>733</sup> *Ibid.*

Or, malgré le formalisme de la procédure de certification, il existe encore une ambiguïté en ce qui concerne la portée de la décision de certification dans le domaine hospitalier.

b. La portée juridique ambiguë de la décision de certification

A priori, la décision de certification ne devrait pas avoir des conséquences sur le plan juridique. Il ne s'agirait pas donc d'une décision administrative au sens juridique du terme, en ce qu'elle n'est pas censée affecter l'ordonnancement juridique, ni créer des droits ou imposer des obligations aux établissements de santé qui en sont les destinataires. Par conséquent, elle ne devrait avoir de répercussions ni sur les autorisations sanitaires de l'établissement, ni sur sa faculté de recevoir des assurés sociaux<sup>734</sup>. La décision de certification pourrait davantage être envisagée comme un acte incitatif au vu de l'amélioration de la qualité et la sécurité des services.

Par ailleurs, la procédure de certification a été conçue comme une « *procédure managériale de responsabilisation des établissements de santé conduite par un tiers indépendant*<sup>735</sup> » qui est la Haute Autorité de santé. Elle ne doit pas ainsi être confondue avec les procédures de contrôle ou d'inspection conduites par l'autorité de tutelle des établissements de santé qui peuvent donner lieu à une sanction juridique pour l'établissement.

Il n'en reste pas moins que la décision de certification produit des effets de plus en plus apparents sur les établissements de santé. C'est ainsi que celle-ci pourrait sensiblement valoriser le fonctionnement de ces derniers ou mettre l'accent sur leurs défaillances. Il s'ensuit que la décision de certification a des conséquences de plus en plus explicites sur la situation des établissements de santé, ce qui a conduit à admettre la faculté d'exercer un recours contentieux contre ce type de décisions

En effet, initialement, les textes juridiques n'assortissaient pas la décision de certification des effets juridiques directs et concrets. Cependant, la doctrine juridique avait, dès l'origine, saisi l'existence et l'importance des conséquences indirectes que pouvait entraîner une telle décision. Le rapport de certification pourrait ainsi avoir une incidence sur l'autorité de tutelle dans l'adoption de certaines décisions importantes, comme celles relatives

---

<sup>734</sup> DUPONT, Marc, « Sur la nouvelle procédure de certification établie par la HAS », *op.cit.*

<sup>735</sup> CLUZEL-METAYER, Lucie, « L'irruption de la qualité dans le domaine sanitaire », *op.cit.*

à l'allocation des ressources ou encore au renouvellement et à l'octroi des autorisations sanitaires. C'est ainsi qu'une décision de certification, émise avec plusieurs réserves, pouvait entraîner des conséquences particulièrement graves pour l'établissement de santé concerné, comme la mise en place d'une procédure de contrôle ou d'inspection à son égard, ou encore le non renouvellement d'une autorisation sanitaire d'activité dont il était le titulaire<sup>736</sup>.

Il est assez évident également que la certification exerce une influence sur la concurrence entre les établissements de santé. En effet, la procédure de certification, en tant que démarche formalisée d'évaluation de la qualité de l'activité des établissements de santé, a été conçue avant tout dans l'intérêt des usagers-clients de ces établissements. Tout l'intérêt de cette procédure réside donc dans l'information apportée au public sur les résultats de la certification. En ce sens, l'article R. 6113-15-3° du Code de la santé publique indique que la Haute Autorité de santé doit prévoir les modalités relatives à la consultation par le public du rapport et de la décision de certification. Une diffusion publique étant, par conséquent assurée, en particulier au travers de la publication des rapports de certification sur le site internet de la Haute Autorité de santé. Cette publicité des actes de certification explique que la décision rendue en la matière est susceptible d'influencer le choix de l'utilisateur de son établissement de santé, même s'il n'existe pas, à l'heure actuelle, une démarche de classement des établissements de santé en fonction de leur degré de certification. Il n'en reste pas moins, que la décision de certification constitue un véritable critère de concurrence entre les établissements de santé sur le champ de la qualité de leurs prestations.

Par ailleurs, si pendant longtemps l'articulation entre les dispositifs d'autorisations sanitaires et de certification n'était pas suffisamment claire, il existe désormais un lien plus explicite entre l'octroi de l'autorisation et la procédure de certification<sup>737</sup>. C'est l'article L. 6122-2 du Code de la santé publique qui prévoit désormais que « *l'autorisation est accordée, en tenant compte des éléments des rapports de certification émis par la Haute Autorité de santé qui concernent le projet pour lequel elle est sollicitée et qui sont pertinents à la date de la décision.* » De plus, en vertu de l'article L. 6114-3 du Code de la santé publique, les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens des établissements de santé doivent comporter des engagements d'amélioration de la qualité et de la sécurité des soins faisant suite à la

---

<sup>736</sup> V. Art. L. 6113-6 du CSP qui établit une obligation pour la HAS de communiquer tout rapport de certification d'un établissement de santé à l'ARS compétente. V. GHERARDI, Eric, « L'accréditation : instrument ou critère de concurrence » *RGDM*, n° HS, 2005, pp. 60-61.

<sup>737</sup> V. Art. 1 de l'ordonnance n° 2018-4 du 3 janvier 2018 relative à la simplification et à la modernisation des régimes d'autorisation des activités de soins et d'équipements matériels lourds, JO, 4 janv. 2018, n° 12.

procédure de certification. Or, cela implique que les établissements de santé qui ne suivent pas les consignes d'amélioration de la qualité de leurs prestations de soins, émises suite à la procédure de certification, peuvent se voir infliger une pénalité financière pour inexécution des engagements convenus au sein de leur contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens conclu avec le directeur général de l'Agence régionale de santé<sup>738</sup>.

C'est ainsi que la démarche qualité, conçue comme une technique souple et incitative d'optimisation de la gestion des services publics, a acquis un poids fondamental dans le champ hospitalier. Elle a été érigée en «*nouvelle forme de contrôle descendant sur l'offre hospitalière, une action tutélaire sous l'égide de la Haute Autorité de santé*»<sup>739</sup> ayant désormais des conséquences directes sur la régulation des établissements de santé opérée par l'Agence régionale de santé. A la lumière de ce constat, la question qui peut se poser est celle de la faculté pour les établissements de santé d'exercer un recours contre une décision de certification.

En effet, la Haute Autorité de santé avait déjà reconnu au profit des établissements de santé la faculté d'exercer un recours gracieux contre toute décision émise dans le cadre de cette procédure<sup>740</sup>. Cependant, la question qui n'a pas été totalement tranchée est celle de la possibilité pour ces établissements d'exercer un recours contentieux, devant le juge administratif, à l'encontre d'une décision de certification.

Les actes de certification émanent de la volonté d'une autorité administrative, qui est la Haute Autorité de santé, et constituent, par conséquent, des actes administratifs unilatéraux. Cependant, la Haute Autorité de santé est une personne administrative particulière, une autorité administrative indépendante, ce qui explique que la plupart des mesures qu'elle est amenée à adopter sont des mesures de «*soft law*» par lesquels «*il s'agit de privilégier au lieu du commandement, assorti de la menace d'une sanction, une incitation de se comporter d'une certaine manière*»<sup>741</sup>. Or, par définition, un acte incitatif de l'administration «*n'impose rien, n'oblige à rien, ne contraint à rien, (...) «il ne crée aucun droit, ni aucune obligation*» à l'égard de ses destinataires<sup>742</sup>.

---

<sup>738</sup> V. art. L. 6114-1 du CSP.

<sup>739</sup> DUPONT, Marc, « Sur la nouvelle procédure de certification établie par la HAS », *op.cit.*

<sup>740</sup> HAS, *Procédure de certification des établissements de santé et des structures visées aux articles L.6133-7, L.6321-1, L. 6147-7 et L.6322-1 du code de la santé publique*, avr. 2019, p. 11.

<sup>741</sup> PLESSIX, Benoît, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 3<sup>e</sup> éd., 2020, p. 1026.

<sup>742</sup> *Ibid*, p. 1027.

A priori, les décisions de certification de la Haute Autorité de santé sont des actes incitatifs destinés à orienter le comportement des établissements de santé dans un sens donné : celui de l'amélioration de la qualité de leurs prestations. Il convient de les ranger ainsi dans la catégorie des actes administratifs non-décisoires qui s'opposent aux actes administratifs décisoires. Ces derniers sont des actes qui édictent des normes affectant l'ordonnement juridique soit en le modifiant, soit en le maintenant en l'état, soit en générant des obligations positives ou négatives pour leurs destinataires<sup>743</sup>.

Il y avait une conséquence importante de cette distinction sur le plan contentieux, dans la mesure où, pendant longtemps, le juge administratif considérait que seuls les actes administratifs décisoires pouvaient être déférés à son contrôle par voie directe dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir. Par ailleurs, pendant longtemps, le problème du caractère décisoire ou non décisoire des actes administratifs se posait essentiellement pour certains actes d'exercice du pouvoir hiérarchique à l'intérieur des services de l'administration, comme les circulaires ou les lignes directrices. Ainsi, initialement, le Conseil d'Etat avait admis la possibilité que le juge administratif statue sur la légalité d'une circulaire, uniquement lorsque celle-ci présentait un caractère « réglementaire-innovateur<sup>744</sup> », c'est-à-dire lorsqu'elle modifiait l'ordonnement juridique<sup>745</sup>.

Cependant, face à la prolifération des actes administratifs de « *soft law* », le juge administratif s'est vu contraint d'ouvrir son prétoire au contrôle de la légalité de certains actes qui ne répondaient pas aux critères classiques de l'acte administratif décisoire. Une telle évolution a touché ainsi le régime contentieux des circulaires administratives. Dans sa jurisprudence *Mme Duvignières* de 2002, le Conseil d'Etat a été amené à admettre la recevabilité des requêtes de recours pour excès de pouvoir, non seulement à l'encontre des circulaires réglementaire, mais également à l'encontre des circulaires impératives, qui sont celles qui prescrivent une interprétation déterminée de la réglementation en vigueur à laquelle il s'agit de se confirmer<sup>746</sup>.

Plus récemment, le Conseil d'Etat a fourni des précisions importantes sur le régime contentieux des actes de régulation adoptés par les autorités administratives indépendantes. En effet, ces derniers peuvent être désormais contestés devant le juge administratif dans le

---

<sup>743</sup> La distinction entre les actes administratifs décisoires et les actes administratifs non décisoires a été initialement construite par la doctrine juridique (V. CHAPUS, René, *Droit administratif général*, t.1, *op.cit.*) et reprise, par la suite, par le législateur (V. art. L. 200-1 du CRPA).

<sup>744</sup> CHAPUS, René, *Droit administratif général*, t.1, *op.cit.*

<sup>745</sup> CE, Ass., 29 janv. 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*, n° 07134, Rec., p. 64.

<sup>746</sup> CE, 18 déc. 2002, *Mme Duvignières*, n° 233618, Rec., p. 463.



cadre d'un recours pour excès de pouvoir, non seulement lorsqu'ils produisent des effets juridiques ou impératifs, mais également dans les cas où ils sont de nature à produire des effets notables sur la situation de leurs destinataires ou d'influer de manière significative sur leurs comportements<sup>747</sup>.

Or, au vu de l'importance des conséquences que peut produire la décision de certification de la Haute Autorité de santé sur les établissements de santé, il apparaît incontestable que celle-ci est constitutive d'un acte de nature à produire des effets notables sur la situation de son destinataire, que ce soit de point de vue de ses rapports avec l'autorité de tutelle, que de point de vue de ses rapports avec les usagers. Les rapports de certifications de la Haute Autorité de santé apparaissent ainsi, de plus en plus, comme des mesures qui influent de manière significative le comportement des établissements de santé, dans la mesure où ces derniers se trouvent, en effet, contraints de se soumettre aux recommandations émises par la Haute Autorité de santé pour améliorer la qualité de leurs services, s'ils veulent éviter les conséquences défavorables qui peuvent se produire en cas de non-respect de ces décisions. Ce constat est d'autant plus valable à la lumière de la nouvelle réforme de simplification du droit des autorisations sanitaires du 3 janvier 2018 qui avait prévu que les autorisations dans le domaine sanitaire devraient être désormais accordées en tenant compte des éléments des rapports de certification émis par la Haute Autorité de santé<sup>748</sup>.

Il faut souligner également, que même si le Conseil d'Etat n'a pas eu encore l'occasion de se prononcer concrètement sur la question de la recevabilité du recours en annulation contre une décision de certification hospitalière, l'hypothèse d'un tel recours a été déjà admise par le Tribunal administratif du Montreuil dans une décision du 18 juillet 2013<sup>749</sup>. Par ailleurs, le Conseil d'Etat avait déjà admis la possibilité d'exercer un recours pour excès de pouvoir contre les recommandations de bonne pratique<sup>750</sup> qui sont des actes de régulation dans le domaine des soins adoptées par la Haute Autorité de santé et s'adressant aux professionnels de santé pour les guider dans la démarche de diagnostic et de thérapeutique, sans pour autant qu'ils disposent d'un effet juridiquement obligatoire pour ces derniers, comme c'est le cas, par exemple, des références médicales opposables<sup>751</sup>. Cela confirme la volonté de la part du

---

<sup>747</sup> V. CE, Ass. 21 mars 2016, *Sté Fairvesta International*, n° 368082 et CE, Ass. 21 mars 2016, *Sté NC Numéricable*, n° 390023, Rec., p. 76. Le Conseil d'Etat précise que le recours doit être introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à l'annulation de l'acte.

<sup>748</sup> Art. L. 6122-2, al. 1 du CSP.

<sup>749</sup> TA Montreuil, 18 juill. 2013, *CHU de Reims*, n° 1206888.

<sup>750</sup> CE, 27 avril 2011, *Association pour une formation médicale indépendante*, n° 334396.

<sup>751</sup> V. *supra*, p. 126.

juge administratif d'élargir le champ des cas de recevabilité des recours en annulation contre les actes de régulation des autorités administratives indépendante au-delà de l'hypothèse de leur caractère décisoire.

Au vu de tous ces éléments, il convient de conclure que les décisions de certification dans le champ hospitalier constituent des actes faisant grief aux établissements de santé et, qu'il existe, par conséquent, une faculté légitime pour ceux-ci de pouvoir attaquer ces mesures dans le cadre d'un recours contentieux devant le juge administratif.

Les dispositifs d'amélioration de la performance constituent ainsi un élément du new public management appliqué aux établissements public de santé. De la même manière, l'ensemble de l'organisation interne des établissements publics de santé a été saisi par une approche entrepreneuriale.

## ***§2. Les établissements publics de santé à l'épreuve du paradigme de la gouvernance***

Sous l'effet des différentes réformes juridiques du système de santé français, l'organisation interne des établissements publics de santé a subi une véritable transformation. Cette transformation a été réalisée dans une logique de rupture avec les règles classiques d'organisation interne de l'hôpital public, qui reflétaient initialement sa spécificité au sein du système de santé, en tant qu'institution publique assurant l'ensemble de son activité dans le cadre du régime de service public. Or, la nouvelle organisation des établissements publics de santé qui a été progressivement aménagée, se trouve largement inspirée par le modèle de la gouvernance interne des entreprises privées. Le processus de transposition des règles de la gouvernance de l'entreprise a concerné aussi bien l'organisation interne administrative des établissements publics de santé, que leur organisation interne médicale.

Au niveau de l'organisation administrative, la gouvernance peut se définir comme l'ensemble des techniques et des outils d'organisation et de gestion ayant pour effet de délimiter les pouvoirs et d'influencer les décisions des dirigeants<sup>752</sup>. Le principe de base du concept de gouvernance consiste en l'instauration d'un équilibre dans la répartition des pouvoirs entre les organes de l'entreprise. Il existe classiquement trois pouvoirs constitutifs dans l'entreprise, qui sont censés se trouver dans un rapport d'interaction permanente. Le

---

<sup>752</sup> MORDELET, Patrick, *Gouvernance de l'hôpital et crise des systèmes de santé*, Rennes, ENSP, 2006, p. 44.

pouvoir souverain est détenu par les actionnaires et chargé d'assurer la continuité de l'entreprise, en contrôlant son orientation et en légitimant ceux qui prennent les décisions. Le pouvoir exécutif est chargé de définir les stratégies et de mettre en œuvre les décisions opérationnelles qui permettent d'orienter l'entreprise. Le pouvoir de surveillance a la charge de contrôler le pouvoir exécutif, de vérifier la conformité de son exercice avec la pérennité et la performance durable de l'entreprise<sup>753</sup>. Par ailleurs, un élément important de la technique de gouvernance de l'entreprise réside dans la délimitation précise entre les fonctions de décision et d'action, détenues par le directeur, et les fonctions d'orientation et de contrôle qui relèvent du conseil de surveillance.

Pour ce qui est de la *gouvernance clinique*, celle-ci peut être définie comme l'application des règles de gouvernance de l'entreprise à l'ensemble des processus et des activités cliniques d'un établissement de santé<sup>754</sup>, c'est-à-dire à l'activité de soins exécutée au sein de l'établissement.

Ce sont l'ordonnance hospitalière du 2 mai 2005 et la loi Bachelot du 21 juillet 2009 qui ont accéléré le processus de transposition du modèle de gouvernance de l'entreprise privée à l'organisation interne des établissements publics de santé. Ce mouvement a touché, d'un côté, l'organisation administrative des établissements publics de santé, qui s'est ainsi éloignée sensiblement de son modèle classique (**A**), mais aussi l'organisation médicale de ces derniers, qui a évolué dans un sens de gouvernance médico-administrative (**B**).

#### A. La mutation de l'organisation administrative des établissements publics de santé

Le terme d'organisation administrative d'une entité renvoie aux différentes modalités de gestion administrative interne de celle-ci, et plus précisément, aux modalités de séparation des différentes fonctions dans l'exercice de cette tâche. Traditionnellement, l'organisation administrative de l'hôpital public s'inscrivait dans le cadre d'un modèle classique et collégial, permettant de mettre l'accent sur sa nature de service public institutionnel, distinct d'une entreprise de droit privé (**1**). Cependant, au XXI<sup>e</sup> siècle, s'est propagé un nouveau modèle d'organisation administrative des établissements publics de santé, fortement inspiré du

---

<sup>753</sup> MARIN, Philippe, « La 'corporate governance' est-elle soluble dans le statut juridique d'établissement public de santé » in *Mél. en l'honneur de Jean-Marie Clément*, Bordeaux, LEH, 2014, p. 305.

<sup>754</sup> MORDELET, Patrick, *Gouvernance de l'hôpital et crise des systèmes de santé*, op.cit., p. 44.

modèle de gestion de l'entreprise privée, et dont la caractéristique majeure réside dans la forte concentration des pouvoirs de gestion au profit du directeur (2).

1. La collégialité, modèle classique d'administration de l'hôpital public conforme à une logique de service public

Dans une configuration historique et traditionnelle, les établissements hospitaliers publics étaient administrés par un organe délibératif et collégial. Cet organe était la commission administrative, rebaptisée en conseil d'administration en 1970<sup>755</sup>.

En 1941, au moment de l'ouverture de l'hôpital public à toutes les classes sociales de la population, cette commission était dotée de toutes les attributions nécessaires pour assurer seule la gestion administrative de l'établissement, pour engager celui-ci « *dans son activité, dans son fonctionnement et dans la détermination de ses ressources*<sup>756</sup> ». La nature collégiale de celle-ci était censée permettre l'association à l'administration de l'hôpital de l'ensemble des acteurs impliqués dans son fonctionnement : les représentants des collectivités locales, les représentants du corps médical, les représentants des organismes d'assurances sociales et les représentants de l'administration étatique.<sup>757</sup> Cette composition permettait de constater, pour autant, la prédominance initiale des représentants des collectivités locales au sein de la commission administrative. Par ailleurs, depuis la loi du 28 pluviôse an VIII, la présidence de cet organe délibératif étaient assurée de droit par un élu local (essentiellement par le maire, voire par le président du conseil départemental)<sup>758</sup>. Il s'agissait ici d'une conception très classique de l'hôpital public, en tant qu'organisme de service public, qui au-delà de sa mission d'intérêt général, avait un poids considérable en termes de cohésion sociale et territoriale, d'où la prépondérance des élus locaux dans le cadre de son administration interne.

Ainsi, dans le cadre de la loi hospitalière du 31 décembre 1970, le conseil d'administration détenait la majorité des pouvoirs décisionnels au sein des hôpitaux publics. Celui-ci était compétent pour délibérer sur la politique générale de l'établissement et le programme définissant les besoins que l'établissement doit satisfaire, le plan directeur ainsi que les projets de travaux de construction, grosses réparations et démolitions, le budget, les

---

<sup>755</sup> Art. 20 de la loi n°70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière préc.

<sup>756</sup> DUPONT, Marc, « La nouvelle gouvernance des établissements publics de santé : l'aboutissement d'une longue mutation », *RDSS* 2009, p. 791.

<sup>757</sup> VICHARD, Philippe, *La loi hospitalière du 21 décembre 1941, origines conséquences*, {En ligne}, disponible sur :

<http://www.biusante.parisdescartes.fr/sfhm/hsm/HSMx2007x041x001/HSMx2007x041x001x0061.pdf>

<sup>758</sup> ROCHAIX, Maurice, *Les questions hospitalières de la fin de l'Ancien Régime à nos jours*, *op.cit.*, p. 142.

décisions modificatives et les comptes, les propositions de dotation globale, le tableau des emplois permanents, les propositions d'affectation des résultats d'exploitation, les créations, suppressions et transformations des services médicaux et pharmaceutiques, les acquisitions, aliénations, échanges d'immeubles et leur affectation, les emprunts, le règlement intérieur, les règles concernant l'emploi des diverses catégories de personnels, la création d'un syndicat interhospitalier et l'affiliation ou le retrait de l'établissement d'un tel syndicat, l'acceptation et le refus des dons et legs, les actions judiciaires et les transactions, les hommages publics<sup>759</sup>.

La loi hospitalière du 21 décembre 1941 a été à l'origine de l'institution d'un nouvel organe d'administration interne des établissements d'hospitalisation publique qui est le directeur. Dans sa version datant de la loi de 1941, le directeur de l'hôpital était cantonné essentiellement à une fonction d'organe exécutif de la commission administrative, mais il se voit confié également certains pouvoirs stratégiques au sein de l'hôpital comme la nomination du personnel ou la gestion du patrimoine de l'établissement<sup>760</sup>.

Les réformes successives du système de santé ont procédé à une redéfinition des rôles respectifs des instances administratives des établissements publics de santé. En ce sens, les réformes hospitalières de 1958<sup>761</sup> et de 1970<sup>762</sup> ont renforcé les pouvoirs décisionnels du directeur de l'hôpital. Le directeur est devenu ainsi compétent pour régler les affaires de l'établissement autres que celles qui ont été expressément conférées au conseil d'administration.

Cette configuration classique d'administration interne des établissements hospitaliers publics a été totalement transformée par l'intrusion d'une nouvelle forme de gouvernance inspirée par le modèle de l'entreprise privée.

## 2. Les pouvoirs du directeur, clef de voûte du nouveau modèle de gouvernance de l'hôpital public inspiré par la logique de l'entreprise privée

L'institution du directeur est la clef de voûte du nouveau modèle de gouvernance des hôpitaux publics inspiré par la logique entrepreneuriale. Cette logique a été confortée par les

---

<sup>759</sup> Art. 22 de la loi 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière préc.

<sup>760</sup> *Ibid.*, p. 279 et s.

<sup>761</sup> V. art. 27 du décret n° 58-1202 du 11 décembre 1958 relatif aux hôpitaux et hospices publics, JO, 12 déc. 1958, p. 11179.

<sup>762</sup> Art. 22-2 de la loi 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière préc.

réformes hospitalières de 2005 et de 2009. C'est l'ordonnance hospitalière du 2 mai 2005 qui avait introduit les premiers éléments d'une nouvelle gouvernance des établissements publics de santé en procédant à une rénovation des instances et à une responsabilisation des acteurs afin de simplifier et d'assouplir le fonctionnement interne des hôpitaux<sup>763</sup>. L'objectif était aussi de mieux préciser les vocations des organes décisionnelles de l'hôpital en définissant leurs fonctions respectives. Depuis cette ordonnance, le principe était posé que le conseil d'administration est recentré sur des fonctions stratégiques, d'évaluation et du contrôle de la politique de l'établissement. En revanche, celle-ci est pleinement conduite par le directeur de l'établissement, assisté par une instance nouvellement créée qui est le conseil exécutif<sup>764</sup>. Pour autant, le rapport Larcher d'avril 2008 avait émis le constat d'un caractère « *inachevé* » de la mise en place de la « *nouvelle gouvernance* » au sein des établissements publics de santé<sup>765</sup>. Sous les préconisations de ce rapport, le processus entamé en 2005, a été parachevé par la loi Bachelot de 2009<sup>766</sup>. Le législateur a procédé à un retrait important des attributions délibératives du conseil d'administration pour que celui-ci puisse valablement se concentrer sur ses nouvelles fonctions de stratégie et de contrôle, ce qui supposait qu'il se transforme pleinement en une instance « *chargée d'élaborer en amont les objectifs et de contrôler les résultats en aval*<sup>767</sup>. » Par conséquent, la quasi-totalité du pouvoir décisionnel s'est trouvée concentrée aux mains du directeur conforté dans son rôle de gestionnaire opérationnel, véritable « *patron* »<sup>768</sup> unique de l'hôpital. La loi Bachelot a rompu, par ailleurs, avec l'usage du vocabulaire administratif classique, pour adopter la terminologie utilisée pour désigner les instances de gestion des sociétés anonymes<sup>769</sup>. Elle a transformé ainsi le conseil d'administration en conseil de surveillance et le conseil exécutif en directoire.

Suite à ces réformes juridiques, a émergé une nouvelle figure du directeur des établissements publics de santé, qui apparaît désormais comme pleinement responsable de la gestion opérationnelle de ces derniers, à l'image d'un véritable chef d'entreprise privé. La situation actuelle diffère ainsi drastiquement avec l'état de droit au moment de l'adoption de

---

<sup>763</sup> V. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2005-406 du 2 mai 2005 simplifiant le régime juridique des établissements de santé, JORF, 3 mai 2005, p. 7620.

<sup>764</sup> V. Titre Ier de l'ordonnance n° 2005-406 du 2 mai 2005 simplifiant le régime juridique des établissements de santé, JO du 3 mai 2005, p. 7626.

<sup>765</sup> LARCHER, Gérard, *Rapport de la commission de concertation sur les missions de l'hôpital*, op.cit., p. 27.

<sup>766</sup> V. Chapitre II de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires préc. qui s'intitule « *Statut et gouvernance des établissements publics de santé* ».

<sup>767</sup> LAMI, Arnaud, VIOUJAS, Vincent, *Droit hospitalier*, op.cit., p. 179.

<sup>768</sup> La formule a été utilisée par l'ancien Président de la République M. Nicolas Sarkozy qui, dans son discours relatifs aux défis et aux priorités de l'hôpital de demain, prononcé à Bordeaux le 16 octobre 2007, milite pour un directeur- seul patron reconnu au sein de l'hôpital public.

<sup>769</sup> V. art. L. 225-58 et s. du Code de commerce.

la première réforme hospitalière contemporaine en 1941. En effet, le directeur s'est éloigné sensiblement de son rôle historique d'organe exécutif des délibérations de la commission administrative. Il dispose désormais de la grande majorité des pouvoirs décisionnels. En ce sens, la loi Bachelot avait investi celui-ci de la compétence de conduire la politique générale de l'établissement, antérieurement dévolue au conseil d'administration<sup>770</sup>. Le directeur est le détenteur d'une compétence générale de gestion au sein de l'établissement, ce qui l'autorise à régler seul toutes les affaires qui ne relèvent pas explicitement de la compétence réservée au conseil de surveillance et qui ne requièrent pas expressément la consultation du directoire. Celui-ci est également le représentant légal de l'hôpital public pour tous les actes de la vie civile, compétent pour agir en justice en son nom et ordonnateur de ses dépenses. Le directeur dispose même d'un certain nombre de pouvoirs propres, précisés au sein du Code de la santé publique<sup>771</sup>. Il s'agit du pouvoir de nomination au sein de l'établissement, du pouvoir d'exercer son autorité sur l'ensemble du personnel, dans le respect des règles déontologiques et professionnelles qui s'imposent aux professionnels de santé, du pouvoir d'ordonner les recettes et les dépenses de l'établissements, du pouvoir de transiger et du pouvoir de déléguer sa signature dans des conditions prévues par décret. Néanmoins, la plus grande partie de ses pouvoirs sont exercés après concertation avec le directoire<sup>772</sup>, voire après consultation ou information des instances représentatives du personnel<sup>773</sup>.

L'approche managériale de l'emploi du directeur a été accentuée par la loi Bachelot. Le législateur a ainsi ouvert la possibilité de recruter sur cet emploi, par voie contractuelle, des personnes n'ayant pas la qualité des fonctionnaires publics, en dérogeant, ainsi à l'article 3 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires<sup>774</sup>. Il ressort de l'exposé des motifs de la loi que l'objectif de cet aménagement a été de mettre l'accent sur l'importance des compétences managériales du directeur en recrutant à cet emploi un certain nombre de professionnels ayant une expérience dans le secteur privé ou des médecins ayant développé des capacités de gestion et de management.

---

<sup>770</sup> Art. L. 6143-7 du CSP

<sup>771</sup> Art. L. 6143-7, al. 1 à 6 du CSP.

<sup>772</sup> V. art. L. 6143-7- 1° à 18° du CSP.

<sup>773</sup> Les principaux organes de représentation des personnels au sein des établissements publics de santé sont la commission médicale d'établissement (CME), organe de représentation du personnel médical, et le comité technique d'établissement (CTE), organe de représentation du personnel autre que médical.

<sup>774</sup> V. art. 3 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière. Le Conseil Constitutionnel avait confirmé la constitutionnalité de cette disposition de la loi HPST au regard de l'art. 6 de la DDHC de 1789 garantissant le principe d'égal accès aux emplois publics, en précisant que celui-ci n'interdisait pas au législateur de prévoir que des personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaire puissent être nommées à des emplois permanents de direction d'établissement public, qui sont en principe occupés par des fonctionnaires : Cons.Const., déc. DC, 16 juill. 2009, préc., cons. 12 .

Le renforcement du poids du directeur dans la gestion des établissements publics de santé s'est accompagné d'un mouvement constant d'affaiblissement de l'instance collégiale qui a été réduite à un simple conseil de surveillance. Ce dernier a été ainsi dépossédé de sa compétence traditionnelle d'administration générale de l'hôpital public. Son rôle délibératif a été considérablement réduit, dans la mesure où la plupart de ses missions décisionnelles ont été transférées au directeur. Il ne dispose actuellement que d'une compétence délibérative d'attribution pour une liste de huit matières limitativement énumérées par l'article L. 6143-1 du Code de la santé publique. Cet article insiste désormais sur un nouveau rôle consultatif et de contrôle du conseil de surveillance. De plus, en ce qui concerne les matières réservées à sa compétence délibératives, certains auteurs ont souligné qu'on peut y trouver des questions importantes qui engagent « *le développement futur, voire l'existence de l'établissement de santé* »<sup>775</sup>, mais qui ne devraient pas constituer, en revanche, des sujets très fréquents de délibérations. Il n'échappe non plus que le conseil de surveillance ne dispose plus de pouvoirs décisionnels ni en matière financière, ni en matière budgétaire. Il conserve néanmoins certains pouvoirs délibératifs importants, notamment la délibération sur le projet d'établissement<sup>776</sup>.

Le législateur de 2009 a voulu également mettre fin à la prépondérance des collectivités locales dans la gestion des établissements publics de santé. C'est ainsi que la loi Bachelot a mis fin à la règle historique de présidence de droit du conseil administratif par un élu local. L'article L. 6143-5 du Code de la santé publique prévoit désormais que les membres du conseil de surveillance doivent procéder à l'élection de leur président parmi les membres des premiers (représentants des collectivités territoriales) et troisièmes collèges (personnalités qualifiées) du conseil. Cette modification est venue souligner le changement de configuration à l'égard des établissements publics de santé, qui sont conçus désormais comme des institutions devant faire preuve d'une capacité d'efficacité économique et gestionnaire. Cette logique commence ainsi à primer sur leur vocation historique de services publics organiques indispensables pour la cohésion sociale et territoriale.

Le constat s'impose donc : suite aux réformes hospitalières de 2005 et de 2009, le directeur s'est substitué au conseil d'administration comme autorité décisionnelle de droit

---

<sup>775</sup> DUPONT, Marc, « La nouvelle gouvernance des établissements publics de santé : l'aboutissement d'une longue mutation », op.cit. ; V. aussi VIOUJAS, Vincent, « La 'nouvelle' nouvelle gouvernance hospitalière après la loi HPST », *RGDM* n° 33, déc. 2009, p. 69 et s. A titre d'exemple, le conseil de surveillance délibère sur les conventions constitutives des centres hospitaliers universitaires (art. L. 6143-1-2° du CSP) ou encore sur les projets de fusion avec un ou plusieurs établissements publics de santé (art. L. 6143-1-4° du CSP).

<sup>776</sup> Art. L. 6143-1-1° du CSP.



commun au sein de l'hôpital. Le directeur dirige désormais l'établissement sous le contrôle du conseil de surveillance et non plus comme un organe exécutif de ce dernier<sup>777</sup>.

L'influence du modèle de gouvernance de l'entreprise dans la réforme de l'organisation administrative des établissements publics de santé se manifeste également par la création d'une nouvelle instance de direction par l'ordonnance hospitalière de 2005, qui est le conseil exécutif et dont la dénomination a été changée en directoire par la loi Bachelot de 2009. Cet organe a été créé dans l'objectif d'associer davantage les praticiens à la gouvernance administrative de l'hôpital. Il est ainsi composé en majorité du personnel médical. Son vice-président est le président de la Commission médicale de l'établissement<sup>778</sup>. Dans l'exposé des motifs de la loi Bachelot, le directoire a été présenté comme un organe doté de compétences larges en matière de gestion. Il ressort cependant, de l'analyse des dispositions législatives, que celui-ci ne constitue pas une instance d'encadrement et de contrepoids au directeur de l'hôpital. En effet, sa compétence essentielle est une compétence de consultation et de concentration. En vertu de l'article L. 6143-7-4 du CSP, le directoire conseille le directeur dans la gestion et la conduite de l'établissement. L'article L. 6143-7 du Code de la santé publique énumère une liste de 18 pouvoirs décisionnels du directeur que celui-ci ne peut exercer qu'après concertation avec le directoire. Les fonctions de conseil et de concertation conférées au directoire reflètent donc sa vocation au sein de l'hôpital : celle d'être un « *lieu d'échange permettant de dégager une aide à la décision.* »<sup>779</sup> En revanche, le législateur n'a pas consacré au profit du directoire un pouvoir d'émettre des avis conformes au directeur. Par ailleurs, le directeur exerce une influence significative sur le directoire qu'il préside et dont il nomme et révoque les membres. Le directoire au sein des hôpitaux publics se trouve au final réduit à un organe d'assistance au directeur dans le processus décisionnel. En ce sens, le directoire ne dispose que d'un seul pouvoir décisionnel qui est celui d'approuver le projet médical de l'établissement<sup>780</sup>.

A vu de ces éléments, il existe un phénomène de rapprochement de l'hôpital public d'une entreprise du secteur privé. Il faut néanmoins relativiser la portée du processus de transposition du modèle de la gouvernance privée dans les établissements publics de santé.

---

<sup>777</sup> V. LEMOYNE DE FORGES, Jean-Michel, « L'apport de la loi HPST sur le fonctionnement et l'organisation des établissements publics de santé » *RGDM* n° 33, 2009, p. 51.

<sup>778</sup> Art. L. 6143-7-5 du CSP.

<sup>779</sup> DUPUY, Olivier, *La réforme de l'hôpital (loi du 21 juillet 2009) en 120 questions réponses*, Paris, HDF, 2009, p. 61.

<sup>780</sup> Art. L. 6143-7-4 du CSP.

Il faut ainsi constater, tout d'abord, que le conseil de surveillance au sein des hôpitaux publics n'est pas tout à fait comparable au conseil de surveillance classique des sociétés anonymes. Ainsi, même s'il emprunte le rôle du contrôle permanent sur la direction de l'hôpital<sup>781</sup>, le conseil de surveillance des établissements publics de santé reste investi de certains pouvoirs décisionnels<sup>782</sup>. Cela permet de le distinguer du conseil de surveillance au sein des entreprises qui est dépourvu de toute attribution délibérative. De la même manière, la composition du conseil de surveillance de l'hôpital reste marquée par l'esprit d'association à sa gestion de toutes les catégories d'acteurs concernés par son fonctionnement<sup>783</sup>.

Il existe également un certain nombre de différences qui séparent le directoire d'un hôpital de celui d'une entreprise. Dans le cadre des sociétés anonymes, le directoire est censé être l'organe principal de gestion<sup>784</sup>, disposant, en ce sens, des pouvoirs étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société<sup>785</sup>. En revanche, au sein des établissements publics de santé, le directoire est un organe de concertation et d'assistance au directeur sans véritable poids décisionnel.

Il en résulte ainsi que c'est avant tout la fonction du directeur qui a évolué dans un sens entrepreneurial. Les textes juridiques ont procédé ainsi à une concentration des pouvoirs à son profit, pour qu'il devienne un manager capable de gouverner seul l'établissement, à l'image du directoire ou du directeur des sociétés anonymes. Or, le directeur au sein des établissements publics de santé ne pourrait pas, pour autant, être comparé à un « véritable patron du secteur privé » disposant d'une liberté d'entreprendre illimitée, dans la mesure où son autonomie décisionnelle reste très fortement encadrée par le pouvoir de tutelle exercé par le directeur général de l'Agence régionale de santé<sup>786</sup>.

Le modèle de gouvernance de l'entreprise privé a eu des répercussions non seulement sur l'organisation administrative stricto sensu des établissements publics de santé, mais également sur leur organisation médicale.

---

<sup>781</sup> V. art. L. 225-68 du Code de commerce : « Le conseil de surveillance exerce le contrôle permanent de la gestion de la société par le directoire. »

<sup>782</sup> Art. L. 6143-1-1° à 8° du CSP.

<sup>783</sup> En ce sens, l'art. L. 6143-5 du CSP prévoit que le conseil de surveillance des établissements publics de santé est composé de trois collèges : un collège composé de représentants des collectivités territoriales, un collège composé de représentants du personnel médical et non médical de l'établissement et un collège composé de personnalités qualifiées dont deux représentants des usagers du système de santé.

<sup>784</sup> V. Art. L. 225-58 du Code de commerce.

<sup>785</sup> Art. L. 225-64 du Code de commerce.

<sup>786</sup> V. SAISON-DEMARS, Johanne, « Un patron de l'hôpital : mythe ou réalité », *AJDA* 2010, p. 888.

## B. Le déploiement d'une nouvelle gouvernance médicale des établissements publics de santé

L'approche entrepreneuriale a progressivement envahi toute l'organisation interne des établissements publics de santé. Elle a été étendue en particulier à la gestion médicale des hôpitaux publics, qui a évolué dans le sens d'une nouvelle gouvernance médico-administrative (1). L'illustration la plus manifeste de ce phénomène réside dans la nouvelle logique de déconcentration du pouvoir administratif au profit des chefs de pôles d'activité au sein de l'hôpital (2).

### 1. Une nouvelle gouvernance médico-administrative sur la base des pôles d'activités

A l'image de son organisation administrative, l'organisation médicale de l'hôpital public suivait au départ un modèle traditionnel permettant de souligner sa singularité institutionnelle en tant qu'organisme de service public. Cette organisation classique résultait des dispositions de la loi hospitalière du 21 décembre 1941 et de son décret d'application du 17 avril 1943. Ces textes juridiques avaient posé les bases d'une organisation médicale des hôpitaux publics fondée sur la division en service médicaux à la tête desquels étaient placés des médecins-chefs de service nommés par décret du Ministre de la santé. En effet, les chefs de services étaient choisis en vertu de leurs capacités en matière de soins mais ne disposaient pas, en revanche, d'une formation managériale préalable<sup>787</sup>. L'organisation traditionnelle des soins suivait ainsi une logique exclusivement médico-soignante. Cette organisation était, d'ailleurs, « *promise à une longévité exceptionnelle.*<sup>788</sup> » Ce n'est que l'ordonnance hospitalière du 2 mai 2005 qui a substitué au découpage en service médicaux une nouvelle division obligatoire en pôles d'activités cliniques et médico-techniques. Cette évolution a été rendue nécessaire en raison de l'existence de certaines limites de l'organisation médicale classique sur la base des services. D'un côté, il est apparu que cette organisation était peu efficace sur le plan économique, dans la mesure où elle empêchait le développement d'une pratique de mutualisation des ressources au sein de l'hôpital. D'autre côté, elle ne permettait

---

<sup>787</sup> DUPONT, Marc, « La nouvelle gouvernance des établissements publics de santé : l'aboutissement d'une longue mutation », *op.cit.*

<sup>788</sup> VIOUJAS, Vincent, *Droit hospitalier, op.cit.*, p. 202. En ce sens, une tentative de mise en place des départements médicaux a été opérée par la loi n° 84-5 du 3 janvier 1984 portant diverses mesures relatives à l'organisation du service public hospitalier, mais celle-ci s'est soldée finalement par un échec dans la pratique.

pas de répondre à l'impératif de prises en charges cohérentes et pluridimensionnelles des patients.

L'article L. 6146-1 du Code de la santé publique pose désormais le principe de libre définition par les établissements publics de santé de leur organisation médicale. Pour autant, cette liberté se trouve conditionnée par l'obligation pour les établissements de mettre en place cette organisation interne à partir des pôles d'activité<sup>789</sup>. La loi de modernisation de notre système de santé du 26 janvier 2016 avait prévu la subdivision obligatoire des pôles d'activités en structures internes divers qui sont les services, les départements et les unités<sup>790</sup>.

L'objectif poursuivi par la création des pôles d'activité était ainsi d'introduire une dimension médico-administrative et économique dans l'organisation interne des établissements publics de santé. Par ailleurs, l'aspect essentiel de cette nouvelle structure hospitalière interne réside dans l'ampleur de sa taille par rapport à celle des anciens services médicaux. En effet, les pôles d'activités sont censés présenter une taille critique suffisante pour permettre la réalisation des démarches de concentration des ressources et de pluridisciplinarité des prises en charge. L'idée est ainsi « *de constituer des entités suffisamment importantes en regroupant des services ayant des activités communes ou complémentaires pour développer un projet de soins élaboré*<sup>791</sup>. » La nouvelle dimension administrative et économique de l'organisation des soins des établissements publics de santé est désormais évidente, à partir du moment où le Code de la santé publique précise que les chefs des pôles d'activité doivent participer à la mise en œuvre de la politique générale de l'établissement de santé<sup>792</sup>. Cette participation se concrétise dans le cadre des contrats de pôle signés entre le directeur de l'établissement et le chef de pôle. Ces contrats sont censés définir les objectifs d'activité, de qualité et financiers, les moyens et les indicateurs des pôles, ainsi que les modalités de leur intéressement aux résultats de leur gestion<sup>793</sup>. Il s'agit ici d'un exemple d'une nouvelle gouvernance des pôles d'activité des établissements publics de santé qui passe par la détermination des objectifs à atteindre (aussi bien en ce qui concerne l'activité médicale stricto sensu, que des objectifs orientés vers la productivité économique du pôle), par la définition des moyens censés permettre la réalisation des objectifs et par la fixation des

---

<sup>789</sup> La loi Touraine de 2016 avait précisé que la structuration des pôles d'activités était simplement facultative pour les établissements publics de santé dont le nombre d'agents était en dessous d'un seuil fixé par décret.

<sup>790</sup> Sous l'égide de l'ordonnance hospitalière du 2 mai 2005 et de la loi HPST de 2009, la subdivision des pôles d'activités en structures internes n'était que facultative.

<sup>791</sup> SAISON-DEMARS, Johanne, « Modernisation du système de santé, une gouvernance hospitalière à géométrie variable », *RDSS* 2016, p. 633.

<sup>792</sup> Art L. 6146-1, al. 10 du CSP.

<sup>793</sup> Art. R. 6146-8-I du CSP.

indicateurs permettant d'évaluer la gouvernance des pôles de santé. La nouvelle organisation médicale des établissements publics de santé constitue, en outre, une manifestation de la logique d'association du corps médical à la gestion administrative de l'établissement, un aspect du nouveau paradigme de cogestion des établissements publics de santé par le directeur et par le personnel médical.

2. Une démarche apparente de déconcentration du pouvoir décisionnel vers les chefs de pôle

La nouvelle logique médico-administrative de l'organisation médicale des établissements publics de santé suppose que les personnes assumant la responsabilité des pôles d'activité soient dotées d'un pouvoir décisionnel pour pouvoir participer efficacement dans la mise en œuvre de la politique générale de l'établissement. C'est pour cette raison, que les textes juridiques ont aménagé un processus de déconcentration du pouvoir décisionnel dans la recherche de plus de subsidiarité dans la prise des décisions dans un cadre de proximité avec les acteurs concernés. Cette déconcentration du pouvoir décisionnel s'opère par le directeur de l'établissement vers les chefs de pôles d'activité.

Différentes techniques ont été ainsi mises en place pour rendre opératoire le processus de déconcentration du pouvoir décisionnel. Cependant, les instruments en question présentent un certain nombre de limites, ce qui conduit à constater le caractère imparfait de la réforme sur ce point.

En premier lieu, l'article L. 6146-1 alinéa 10 du Code de la santé publique prévoit désormais, que pour la mise en œuvre de la politique de l'établissement, le praticien chef de pôle d'activité dispose d'une autorité fonctionnelle sur les personnels médicaux, soignants, administratifs et d'encadrement du pôle qui doit s'exercer dans le respect de la déontologie, des responsabilités et des missions de chaque praticien. La question se pose, toutefois, de la portée de l'autorité fonctionnelle attribuée au chef de pôle, ainsi que de son articulation avec les attributions du directeur de l'établissement de santé qui dispose d'un pouvoir propre de nomination et d'autorité sur l'ensemble du personnel de l'établissement<sup>794</sup>. La plupart des commentateurs du dispositif ont ainsi souligné que la notion d'autorité fonctionnelle du chef de pôle ne devrait pas s'entendre au sens d'un « *pouvoir hiérarchique sur le personnel* » par manque d'un certain nombre de prérogatives classiques comme la nomination, la mutation ou

---

<sup>794</sup> Art. L. 6143-7 al. 3 et 4 du CSP.

encore la sanction du personnel. Il ressort, en effet, des dispositions de l'article R. 6146-8 du Code de la santé publique que l'autorité fonctionnelle du chef du pôle implique essentiellement des pouvoirs d'encadrement et d'organisation du travail au sein du pôle. En revanche, la notion d'autorité fonctionnelle ne confère à son titulaire aucune prérogative « hiérarchique » ayant des incidences sur les carrières du personnel de l'établissement comme la nomination, l'avancement, la notation, la discipline et la désinvestiture<sup>795</sup>. Ces attributions restent ainsi pleinement détenues par le directeur de l'établissement. L'autorité fonctionnelle, mentionnée à l'article L. 6146-1 du Code de la santé publique, ne confère au final au chef du pôle qu'un pouvoir d'organisation interne du pôle assez limité qui lui permet de déterminer, par exemple les méthodes du travail, la répartition des tâches ou encore l'affectation du personnel au sein du pôle.<sup>796</sup>

En deuxième lieu, le chef de pôle est censé bénéficier d'une délégation de signature de la part du directeur de l'établissement dans des conditions définies par le contrat de pôle. En effet, l'ordonnance hospitalière de 2005 avait initialement prévu une technique de délégation de gestion au profit du chef de pôle, à laquelle la loi Bachelot de 2009 avait substitué le procédé de délégation de signature. En ce sens, les deux termes successivement utilisés restent imprécis. La délégation de gestion est un terme emprunté au vocabulaire entrepreneurial, mais qui ne possède pas une consistance précise sur le plan juridique<sup>797</sup>. En revanche, le droit public fait l'usage des notions de délégation de pouvoir et de délégation de signature et surtout de délégation de compétence qui englobe les deux autres techniques. La délégation de compétence est en principe exclue, dans la mesure où les personnes publiques ne disposent pas de leur compétence. Cependant, il s'avère parfois utile dans la pratique administrative de procéder à des délégations de pouvoir et de signature, pour libérer les préfets, les ministres ou les chefs de services de certaines tâches. Le professeur Georges Vedel avait procédé à une distinction entre les notions de délégation de pouvoir et de délégation de signature en droit public. En effet, la délégation de pouvoir est un procédé emportant un véritable transfert de pouvoir à une autorité inférieure. Une fois cette délégation effectuée, l'autorité de délégation reste ainsi dessaisie de l'exercice du pouvoir pendant toute la durée de la délégation. La délégation de pouvoir fait ainsi du délégué l'auteur réel de l'acte pris dans le cadre cette délégation. En revanche, la délégation de signature devrait normalement s'entendre comme

---

<sup>795</sup> V. DI MALTA, Pierre, *Essai sur la notion de pouvoir hiérarchique*, Thèse, Paris, LGDJ, 1961, p. 77 et p. 131.

<sup>796</sup> V. Art. R. 6146-8-III-1° à 7° du CSP.

<sup>797</sup> Ce terme n'a jamais été défini dans le champ hospitalier malgré son emploi par certains textes juridiques. V. PELJAK, Dominique, *La gestion de pôle à l'hôpital*, Bordeaux, LEH, 2<sup>e</sup> éd., 2010, p. 93.

un mécanisme transférant à l'autorité subordonnée uniquement la tâche matérielle de signature de certains actes. Elle n'implique pas, en revanche, un dessaisissement complet de l'autorité supérieure de l'exercice de son pouvoir et elle préserve à celle-ci le rôle d'auteur de l'acte<sup>798</sup>. En ce sens, l'article R. 6146-8-II du Code de la santé publique précise que la délégation de signature, prévue au profit des chefs de pôles, devrait leur permettre d'engager des dépenses dans un certain nombre de domaines prévus au 1° à 5° du même article. Il s'agit ici d'une délégation de signature dans le cadre du pouvoir propre du directeur de l'établissement d'ordonner les dépenses de l'établissement<sup>799</sup>. Cependant, le champ matériel de cette délégation de signature reste limité et le Code de la santé publique précise, en plus, que les contours exacts de la délégation restent à déterminer par le directeur de l'établissement dans le cadre du contrat du pôle signé avec le chef de pôle.

Il en résulte de cette analyse, que contrairement à ce qui a été décrit dans l'exposé des motifs de la loi Bachelot de 2009, le chef de pôle ne bénéficie pas d'une « *délégation de gestion large*. » Ainsi, le champ matériel de la délégation de signature dont il est le titulaire est très restreint et celle-ci reste totalement maîtrisable par le directeur de l'établissement. C'est ainsi que le chef de pôle apparaît, au final, comme un agent soumis à l'autorité du directeur de l'établissement. Le directeur impose ainsi à tous les chefs de pôles des objectifs du résultat dans un cadre contractuel, il décide également du champ et des modalités de la délégation de signature dont ils peuvent bénéficier et les nomme aux fonctions du chef de pôle d'activité<sup>800</sup>.

L'incidence du nouveau management public sur l'organisation et la gestion des établissements publics de santé avait conduit à un affaiblissement du lien institutionnel entre l'hôpital public et le service public. En effet, les établissements publics de santé ont progressivement été réorganisés par référence au modèle de gestion des entreprises privées. Cela a conduit de les rapprocher, sur le plan juridique, aux établissements de santé privés. En outre, la défaillance de la notion de service public comme fondement du système hospitalier résulte de l'intégration des établissements de santé privés au sein du système hospitalier par le biais d'un outil alternatif à la notion de service public qui est la planification sanitaire. En ce

---

<sup>798</sup> VEDEL, Georges, DEVOLVE, Pierre, *Droit administratif*, Paris, PUF, 9<sup>e</sup> éd., 1984, p. 259 et s.

<sup>799</sup> Art. L. 6143-7 al. 5 du CSP.

<sup>800</sup> V. Art. R. 6146-4 et R. 6146-5 du CSP. La loi MNS de 2016 avait apporté des aménagements à la procédure de nomination des chefs de pôle afin de limiter le pouvoir très discrétionnaire du directeur en la matière sous l'égide de la loi HPST. C'est ainsi que la nomination s'effectue désormais sur proposition du président de la CME (art. L. 6146-1 al.5 du CSP).

sens, la planification sanitaire peut être considérée comme le fondement alternatif au service public dans la construction du système hospitalier français.

## **Section 2. La planification sanitaire, fondement alternatif à la notion de service public dans la construction du système hospitalier**

Il convient de rappeler que dans le cadre de la loi hospitalière de 1970, la notion de service public hospitalier était censée réunir tous les établissements hospitaliers, quel que soit leur statut juridique. Cependant, le service public hospitalier s'est imposé comme une formule étant un succès pour l'intégration des établissements hospitaliers privés à but non lucratif, mais qui n'a pu absorber qu'une très faible proportion des établissements hospitaliers privés à but lucratif. Pour autant, ces derniers établissements ont été intégrés au sein d'un système hospitalier régulé par l'Etat par le biais de la planification sanitaire.

La planification dans le domaine hospitalier peut être définie comme un dispositif destiné à projeter la répartition géographique des installations, équipements et activités hospitalières afin d'assurer une satisfaction optimale des besoins de la population. Il existe deux justifications classiques de la planification dans le domaine hospitalier. La première justification est d'ordre économique et vise la rationalisation de l'offre hospitalière dans l'objectif de maîtriser les dépenses publiques de santé. La deuxième justification est d'ordre juridique et consiste dans la réalisation du droit d'égal accès aux soins, en garantissant l'accessibilité géographique de l'offre de soins au profit de tous, ainsi que son répartition territoriale équitable.

Dans le contexte français, la planification a progressivement incorporé l'ensemble de l'offre de soins. C'est ainsi que « exclusivement hospitalière à l'origine, la planification porte dorénavant sur l'ensemble de l'organisation des soins », <sup>801</sup> ce qui conduit à affirmer que son caractère n'est plus purement hospitalier, mais pleinement sanitaire <sup>802</sup>.

Cependant, dans le champ hospitalier, les réformes juridiques successives ont considérablement renforcé le poids de la planification sanitaire, de sorte à en faire le fondement principal du système hospitalier français. C'est ainsi qu'une approche

---

<sup>801</sup> LAMI, Arnaud, VIOUJAS, Vincent, *Droit hospitalier*, op.cit., p. 104.

<sup>802</sup> V. *infra*, p. 537 et s.



principalement technique, au travers des instruments de la planification sanitaire, s'est substituée à l'approche initialement conceptuelle, au travers de la notion de service public, qui a été utilisée en vue de la construction du système hospitalier en droit français. La consolidation de la planification comme fondement du système hospitalier alternatif à la notion de service public s'est réalisée en plusieurs étapes.

En effet, la loi Boulin de 1970 était à l'origine d'une forme embryonnaire de planification hospitalière. A cette époque, la planification apparaissait comme un instrument secondaire dans la construction du système hospitalier. La motivation principale de sa mise en place était d'ordre économique. Il s'agissait d'un dispositif destiné à rationner l'offre hospitalière. En ce sens, cette planification originaire était purement quantitative.

Cependant, à partir des années 1990, la planification hospitalière a été consolidée dans une approche plus qualitative. Elle s'est imposée comme un dispositif destiné à favoriser la complémentarité entre les établissements de santé afin de garantir une répartition équilibrée des équipements et des activités sanitaires sur le territoire. En ce sens, la réforme hospitalière de 1991 a ajouté à la carte sanitaire un nouvel instrument matériel de planification, qui était le schéma d'organisation des soins, et qui devait être établi pour chaque région sanitaire afin de prévoir la répartition géographique des installations et des activités de soins permettant d'assurer la satisfaction optimale des besoins de la population. Ainsi, si la carte sanitaire était un instrument de planification quantitative de l'offre hospitalière, le schéma devait déterminer « le dispositif idéal » de l'organisation sanitaire sur le territoire<sup>803</sup>. C'est également avec la loi de 1991, qu'une annexe du schéma d'organisation des soins devait prévoir les restructurations sanitaires souhaitables pour réaliser les objectifs du schéma. Cette annexe était initialement indicative, mais elle a été rendue opposable aux établissements de santé par l'ordonnance hospitalière du 24 avril 1996. Les réformes sanitaires des années 1990 ont ainsi accordé un nouveau rôle à la planification dans le domaine hospitalier : celui de susciter un processus de restructuration du champ hospitalier, en s'appuyant souvent sur une démarche de complémentarité entre les établissements de santé dans un secteur sanitaire donné. Cette logique a été confirmée par les réformes Bachelot du 21 juillet 2009 et Touraine du 26 janvier 2016, qui ont restructuré la planification sanitaire dans un cadre régional sous l'organisation des agences régionales de santé. Actuellement, l'instrument matériel de base de la planification sanitaire est le schéma régional de santé, qui comporte trois volets (ambulatoire,

---

<sup>803</sup> COUTY, Edouard, TABUTEAU, Didier, *Hôpitaux et cliniques, les réformes hospitalières*, Paris, Berger-Levrault, 1993, p. 39 et s.

hospitalier, social et médico-social) et dont le volet hospitalier est opposable aux établissements de santé.

Or, ce qui explique la substitution de la planification sanitaire à la notion de service public comme fondement du système hospitalier, est le caractère opposable de la planification à tous les établissements de santé, quel que soit leur statut juridique<sup>804</sup>. Il s'agit ici d'une véritable singularité de la planification dans le domaine sanitaire, dans la mesure où les schémas sont censés en principe avoir un caractère indicatif<sup>805</sup>. La planification sanitaire avait, en ce sens, imposé l'unification progressive du régime de régulation de tous les établissements de santé.

En ce sens, l'opposabilité de la planification sanitaire aux établissements de santé implique l'existence des mécanismes de sanction de la planification, qui se sont imposés comme des instruments de régulation unifiée du système hospitalier (§1). De la même manière, la nécessité de respecter et d'atteindre les objectifs de la planification sanitaire a suscité le renforcement de la coopération entre les établissements publics de santé et les établissements de santé privés (§2).

### ***§ 1. Les mécanismes de sanction de la planification, instruments d'une régulation unifiée du système hospitalier***

La planification sanitaire est opposable aux établissements de santé et l'Etat est tenu de s'assurer du respect par ces derniers de ses prévisions et objectifs. Il existe, en ce sens, deux mécanismes juridiques principaux de sanction de la planification sanitaire, qui composent le régime de régulation unifié, exercé par les agences régionales de santé sur l'ensemble de l'offre hospitalière.

Le premier instrument de mise en œuvre de la planification à l'égard des établissements de santé est l'autorisation administrative préalable, qui permet de réguler l'accès au marché hospitalier et dont l'octroi aux établissements de santé est censé garantir l'adéquation de l'offre de soins hospitaliers aux besoins de santé de la population identifiés dans les documents de la planification (A).

---

<sup>804</sup> V. sur cette question : *Infra*, p. 538 et s.

<sup>805</sup> V. FAURE, Bertrand, « Le schéma en droit administratif » *RDP*, 2018, p. 437 ; PONTIER, Jean-Marie, « Les schémas dans l'ordonnement juridique » *AJDA*, 2018, p. 957.

Le deuxième instrument de mise en œuvre de la planification sanitaire est le contrat pluriannuel d'objectif et de moyens (CPOM) conclu entre les agences régionales de santé et les établissements de santé. Le contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens est un instrument de régulation du fonctionnement des établissements de santé. Par sa forme contractuelle, il laisse l'illusion d'une préservation de l'autonomie de gestion des établissements de santé régulés. En réalité, il constitue un instrument aux mains des agences régionales de santé pour orienter la stratégie d'action pluriannuelle de tous les établissements de santé de leur ressort régional dans un sens conforme aux objectifs de la planification sanitaire (B).

#### A. La régulation par l'autorisation préalable de l'accès au système hospitalier

La loi hospitalière du 31 juillet 1991 a soumis l'ensemble des établissements de santé publics et privés à un régime d'autorisation administrative préalable. Avant cette réforme, ce régime n'était applicable qu'aux établissements d'hospitalisation privés, les établissements d'hospitalisation publics relevaient, quant à eux, d'un régime d'approbation administrative. Actuellement, l'article L. 6122-1 du Code de la santé publique précise le champ d'application de l'autorisation en matière sanitaire. Celle-ci est accordée par le directeur général de l'Agence régionale de santé et concerne tout projet relatif à la création d'un établissement de santé, à la création, le regroupement et la conversion des activités de soins, y compris sous forme d'alternatives à l'hospitalisation, et à l'installation des équipements matériels lourds. Ce champ d'application est extrêmement large en ce qui concerne les activités de soins, d'autant plus que l'article R. 6122-25 du Code de la santé publique distingue entre un double niveau général et spécial des activités de soins. Le régime d'autorisation préalable apparaît, en revanche, plus restrictif en ce qui concerne l'installation des équipements matériels lourds<sup>806</sup>. Pour autant, une autorisation indirecte reste nécessaire pour leur installation au travers de l'autorisation des activités pour lesquels ils sont utilisés<sup>807</sup>. Le régime de l'autorisation administrative préalable dans le domaine sanitaire est basé sur l'ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003, partiellement modifiée par l'ordonnance n° 2018-4 du 3 janvier 2018 et par son décret d'application n° 2018-117 du 19 février 2018<sup>808</sup>.

---

<sup>806</sup> V. art. R. 6122-26 du CSP.

<sup>807</sup> BERGOIGNAN ESPER, Claudine, DUPONT, Marc, *Droit hospitalier*, op.cit, p. 335-359.

<sup>808</sup> V. Décret n° 2018-117 du 19 février 2018 relatif à la simplification et à la modernisation des régimes d'autorisation des activités de soins et d'équipements matériels lourds, JO du 21 févr. 2018, texte n° 12. V.

Or, le régime d'autorisation sanitaire s'applique de manière identique aux établissements de santé publics et privés, ce qui conforte l'affirmation qu'ils sont soumis à un système de régulation fortement harmonisé de la part des agences régionales de santé. Cependant, il découle un certain nombre de conséquences de l'unité du régime juridique de l'autorisation sanitaire à l'égard des établissements de santé. Tout d'abord, ce régime apparaît comme particulièrement contraignant pour les établissements de santé privés, qui se trouvent ainsi pleinement insérés dans le cadre d'une logique d'intérêt général (1). En outre, l'autorisation sanitaire apparaît comme un objet de concurrence entre les établissements de santé composant le système hospitalier français (2).

### 1. Un régime d'autorisation spécialement contraignant pour les établissements privés

En droit administratif général, l'autorisation préalable est un mécanisme permettant aux autorités administratives de contrôler que l'exercice des activités privées n'est pas incompatible avec l'intérêt général<sup>809</sup>. Dans le domaine hospitalier, le dispositif de l'autorisation administrative préalable s'applique de manière identique aux établissements de santé public et privés. Cependant, le mécanisme de l'autorisation sanitaire est fortement contraignant pour les établissements de santé privés, ce qui permet de garantir pleinement l'intégration de ces derniers au sein du système hospitalier. En ce sens, le mécanisme de l'autorisation sanitaire est porteur d'une restriction de la liberté d'entreprendre des établissements de santé privés au sein du secteur hospitalier (a). De la même manière, il permet à l'autorité administrative d'assortir l'activité de ces établissements d'un certain nombre de sujétions d'intérêt général supplémentaires (b)<sup>810</sup>.

#### a. Un régime restrictif de la liberté d'entreprendre des établissements de santé privés

L'application du mécanisme de l'autorisation sanitaire aux établissements publics de santé soulève, tout d'abord, la question de l'existence à leur égard d'une liberté

---

CRISTOL, Danièle, « Le régime des autorisations sanitaires : simplification et modernisation sur ordonnance », *RDSS* 2018, p. 271.

<sup>809</sup> GUGLIELMI, Gilles, *Introduction au droit des services publics, op.cit.*, p.155.

<sup>810</sup> V. APOLLIS, Benoit, *Autorisations sanitaires et hospitalisation privée*, Thèse, Bordeaux, LEH, 2008.

d'entreprendre au sein du secteur hospitalier, ce qui semble, a priori, incompatible avec leur statut de personnes morales de droit public chargés de l'exécution du service public hospitalier. En revanche, les établissements de santé privés sont des créanciers de la liberté d'entreprendre et le régime d'autorisation sanitaire porte atteinte à cette liberté

En droit français, la liberté d'entreprendre a une valeur constitutionnelle expressément reconnue par le Conseil Constitutionnel depuis 1982<sup>811</sup>. Cette liberté comporte deux volets importants : la liberté d'accès à une profession ou à une activité économique, ainsi que la liberté dans l'exercice de cette activité professionnelle ou économique<sup>812</sup>. Pour autant, son exercice n'est pas reconnu de manière absolue. Elle peut ainsi faire l'objet à des limitations, à condition qu'elles soient prévues par le législateur, qu'elles soient justifiées par l'intérêt général ou liées au respect des exigences constitutionnelles et qu'elles n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée<sup>813</sup>, voire qu'il n'en résulte pas des atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi<sup>814</sup>.

Dans le domaine sanitaire, il existe une double justification des limitations éventuelles de la liberté d'entreprendre. Il s'agit, d'une part, du principe à valeur constitutionnelle de protection de la santé publique et, d'autre part, de l'objectif à valeur constitutionnelle d'équilibre financier de la Sécurité sociale. Cependant, l'autorisation sanitaire est un acte administratif préalable qui conditionne l'accès au marché hospitalier. En ce sens, elle se caractérise comme un mécanisme particulièrement restrictif pour la liberté d'entreprendre des établissements de santé privés. Il s'agit, en effet, d'un régime préventif d'exercice de la liberté d'entreprendre. Cela implique, que dans le champ hospitalier cette liberté ne peut s'exercer de manière immédiate, mais nécessite le consentement préalable de l'autorité publique<sup>815</sup>. Par ailleurs, au regard du caractère particulièrement rigoureux du régime de l'autorisation sanitaire, le constat s'impose que cette technique n'a pas simplement pour objet de protéger l'intérêt général face à un exercice non conforme de la liberté d'entreprendre. Elle va ainsi beaucoup plus loin et implique d'orienter l'exercice de l'activité privée en fonction des exigences de l'intérêt général dans le domaine sanitaire qui sont formalisées dans le schéma régional de santé.

---

<sup>811</sup> Cons. const., 16 juin 1982, *Loi de nationalisation*, préc., cons. 16. Le Conseil constitutionnel rattache la liberté d'entreprendre à l'article 4 de la DDHC aux termes duquel « *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui.* »

<sup>812</sup> Cons.const., 30 nov. 2012, *M. Christian S.*, n° 2012-285 QPC, cons. 7.

<sup>813</sup> Cons.const., 13 janv. 2000, *Loi relative à la réduction négociée de temps de travail*, n° 99-423 DC, cons. 27.

<sup>814</sup> Cons.const., 30 nov. 2012, préc., cons. 6.

<sup>815</sup> V. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 2018 p. 9.

En illustration de ce constat, il convient, tout d'abord, de préciser que la loi prévoit les conditions d'octroi des autorisations sanitaires qui sont identiques pour tous les établissements de santé. Or, si ces conditions s'imposent naturellement dans l'activité des établissements publics de santé, elles apparaissent, en revanche, comme particulièrement exigeantes pour les établissements de santé privés. En ce sens, l'article L. 6122-2 du Code de la santé publique énumère trois conditions générales et cumulatives d'octroi de l'autorisation sanitaire. Il existe ainsi deux conditions permettant de s'assurer que le projet pour lequel l'autorisation est sollicitée s'inscrit dans le cadre de la planification sanitaire<sup>816</sup>. Tout d'abord, le projet doit impérativement répondre aux besoins de santé de la population identifiés par le schéma régional de santé. Pour l'application de cette condition, l'administration se trouve par ailleurs en situation de compétence liée pour refuser l'autorisation dès lors qu'il n'existe pas, en vertu de la planification, un besoin de santé à satisfaire<sup>817</sup>. Mais le Code de la santé publique précise, de plus, que les projets d'autorisation doivent être compatibles avec les objectifs fixés par le schéma régional de santé. La troisième condition à remplir est celle de la satisfaction par le promoteur à des conditions d'implantation et à des conditions techniques de fonctionnement. Son existence est démonstrative de l'existence d'impératifs d'ordre public, liés à la nécessité de garantir un niveau de sécurité et de qualité des soins de santé, qui existent derrière le régime de l'autorisation sanitaire. En ce sens, l'ordonnance du 3 janvier 2018 avait prévu également que l'autorisation sanitaire devrait être désormais accordée en tenant compte des rapports de certification émis par la Haute Autorité de santé. Cela signifie, que sans en être impérativement tenue, l'autorité administrative est désormais susceptible de refuser une demande d'autorisation lorsque le projet présente un défaut de qualité ou de sécurité.

Par ailleurs, l'autorisation dans le domaine sanitaire est octroyée pour la même durée, quel que soit le statut du titulaire. L'ordonnance du 4 septembre 2003 avait fixé cette durée à cinq ans, notamment pour faire coïncider la durée des autorisations avec celles des schémas régionaux d'organisation des soins. Cependant, l'ordonnance du 3 janvier 2018 et son décret d'application avaient porté cette durée à sept ans dans l'objectif d'accorder plus de visibilité aux établissements, notamment lorsque ces derniers réalisent des investissements lourds pour

---

<sup>816</sup> Il existe, néanmoins, une possibilité d'octroi des autorisations sanitaires dérogatoires à des projets qui ne répondent pas à la planification et dans l'intérêt de la santé publique (art. L. 6122-2, al. 2 du CSP), soit pour permettre l'utilisation de techniques nouvelles ou de traitements de caractère hautement spécialisé (CE, 4 nov. 1988, *Centre obstétrico-pédiatrique du Tertre-Rouge*, n° 53902, Rec., p. 392), soit en cas d'urgente et impérieuse nécessité en matière de santé publique (CE, 16 déc 1994, *Polyclinique des Minguettes*, n° 119420, Rec., p. 566).

<sup>817</sup> V. CAA Bordeaux, 9 sept. 2014, n°13BX00656.

la réalisation de l'activité autorisée<sup>818</sup>. En ce sens, le renouvellement de l'autorisation sanitaire n'est pas automatique et implique, pour les titulaires des autorisations déjà accordée, le respect des mêmes conditions prévues pour l'octroi de l'autorisation à l'article L. 6122-2 du Code de la santé publique<sup>819</sup>.

De la même manière, il faut souligner que le respect des conditions d'octroi de l'autorisation sanitaire s'impose tout au long de la durée de celle-ci. En ce sens, l'autorité administrative peut procéder unilatéralement à la modification, voire au retrait de l'autorisation lorsqu'il est constaté que les conditions initiales de son octroi ne se trouvent plus réunies<sup>820</sup>. Par ailleurs, l'Agence régionale de santé est susceptible de retirer une autorisation sanitaire déjà octroyée au titre de mesure de police administrative lorsqu'il est constaté un manquement aux lois et règlements pris pour la protection de la santé publique ou à la continuité des soins assurée par le personnel médical imputable à la personne titulaire de l'autorisation<sup>821</sup>.

A la lumière de ces éléments, il semble difficile d'admettre que les établissements de santé privés disposent d'une liberté d'entreprendre au sein du secteur hospitalier. En revanche, le mécanisme de l'autorisation sanitaire a permis d'intégrer ces établissements dans une démarche de système hospitalier régulé par l'Etat, ce qui n'a pas été atteint par le recours à la notion de service public hospitalier. Cette intégration a impliqué d'imposer un certain nombre de sujétions supplémentaires aux établissements de santé privés dans le cadre du dispositif de l'autorisation sanitaire.

b. L'autorisation sanitaire, source de sujétions supplémentaires pour les établissements de santé privés

Dans le domaine sanitaire, l'autorisation administrative préalable est un dispositif destiné à garantir la comptabilité de l'activité des établissements de santé sur le marché hospitalier avec un certain nombre d'impératifs d'intérêt général (l'égal accès aux soins de la population, la maîtrise des dépenses hospitalières, la sécurité et la qualité des soins de santé). A ce titre, son octroi est soumis à des conditions légales permettant de respecter ces considérations d'intérêt général. Mais une fois octroyée, l'autorisation sanitaire entraîne, de

---

<sup>818</sup> Art. R. 6122-37 du CSP.

<sup>819</sup> V. Art. L. 6122-10 du CSP.

<sup>820</sup> V. Art. L. 6122-12 du CSP.

<sup>821</sup> V. Art. L. 6122-13 du CSP.

plus, un droit de regard pour l'autorité administrative afin de s'assurer du respect continu des conditions initiales de sa délivrance. Cette prérogative permet ainsi aux agences régionales de santé d'étendre son contrôle sur le fonctionnement des établissements de santé privés qui ne sont pas soumis à la tutelle administrative qui pèse sur les établissements publics de santé. En ce sens, l'article L. 6122-7 du Code de la santé publique prévoit la possibilité pour l'autorité administrative d'assortir l'octroi de l'autorisation sanitaire de conditions supplémentaires dont le non-respect est susceptible d'entraîner des sanctions lourdes, comme la suspension ou le retrait de l'autorisation. Ces conditions particulières peuvent être imposées « *dans l'intérêt de la santé publique* » ou pour satisfaire des besoins spécifiques de la défense identifiés par le schéma régional de santé. De la même manière, la délivrance d'une autorisation sanitaire peut être subordonnée à l'engagement de mettre en œuvre des mesures de coopération favorisant l'utilisation commune de moyens et la permanence des soins. On peut ainsi constater que la technique de l'autorisation permet à l'autorité administrative d'imposer aux établissements de santé des sujétions d'intérêt général supplémentaires qui ne figurent pas parmi les conditions légales d'octroi de l'autorisation prévues par le législateur. Il s'agit, en ce sens, d'un instrument pour les agences régionales de santé qui pourrait être utilisé pour orienter et réguler le comportement des établissements de santé au sein du système hospitalier. En ce sens, on peut remarquer que la notion de sujétions imposées dans « *l'intérêt de la santé publique* » laisse une marge d'appréciation importante au directeur général de l'Agence régionale de santé pour décider des différentes conditions permettant de satisfaire à un intérêt de santé publique, dans la mesure où cette notion n'est pas objectivement définie par le législateur. Par conséquent, le contrôle du juge en la matière se limite à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation<sup>822</sup>. Cette disposition pourrait ainsi permettre aux agences régionales de santé d'imposer des mesures de coopération et de coordination des soins au niveau local dépassant le champ strict de l'utilisation commune de moyens ou de la permanence des soins.

La possibilité laissée à l'autorité administrative d'assortir les autorisations sanitaires de conditions d'intérêt général supplémentaires, notamment lorsque le promoteur est un établissement de santé privé, renvoie à la théorie classique du service public virtuel. Cette théorie a été consacrée en droit français suite à une série de jurisprudences rendues dans les années 1940-1950<sup>823</sup>. Dans ces affaires, le Conseil d'Etat avait admis la possibilité pour l'autorité administrative d'accorder une autorisation d'occupation privative du domaine public

---

<sup>822</sup> CAA Bordeaux, 29 mai 2008, *SERALR Verrougstraete-Gayon-Sin*, n° 06BX02042.

<sup>823</sup> CE, 5 mai 1944, *Cie maritime de l'Afrique orientale*, Rec., p. 129 ; CE, 6 févr. 1948, *Sté Radio-Atlantique*, Rec. p. 65, CE, 19 juin 1964, *Sté des pétroles Shell-Berre*, rec. p. 344.



tout en assujettissant son titulaire d'un certain nombre de contraintes qui s'apparentaient à des obligations de service public. Cependant, en raison de son caractère fortement attentatoire pour les libertés économiques<sup>824</sup>, la théorie du service public virtuel devait être entendue de manière stricte. Ainsi, une activité privée ne pourrait devenir un service public virtuel que si différentes conditions se trouvaient réunies, à savoir le lien de l'activité privée avec l'intérêt général, l'exploitation de l'activité en question sur le domaine public et la présence des véritables obligations de service public<sup>825</sup>. Or, lorsque l'on applique cette théorie à l'autorisation sanitaire accordée aux établissements de santé privés et assortie de sujétions supplémentaires, on peut quand même constater que les sujétions en question, malgré leur nature de contraintes d'intérêt général, ne conduisent pas à soumettre ces établissements à un régime de service public. Cependant, avant la réforme Touraine de 2016, le Code de la santé publique prévoyait la possibilité de subordonner l'octroi d'une autorisation sanitaire à un établissement de santé privé à son engagement d'intégrer le régime de service public dans le domaine hospitalier<sup>826</sup>. C'est ainsi que non seulement l'autorisation était un instrument d'intégration des établissements privés au système hospitalier, mais pouvait potentiellement se transformer en instrument d'intégration de ces derniers au service public hospitalier. Cependant, la loi de modernisation de notre système de santé de 2016 a clairement distingué les deux régimes, en précisant expressément que la prise en charge du service public hospitalier par l'établissement n'est pas prise en compte dans la décision d'autorisation<sup>827</sup>.

L'autre conséquence qui résulte de l'unification du régime d'autorisation administrative applicable aux établissements de santé publics et privés est que l'autorisation sanitaire est devenue un objet de concurrence entre les établissements au sein du secteur hospitalier.

---

<sup>824</sup> V. DEVOLVE, Pierre, « Service public et libertés publiques », *op.cit.*

<sup>825</sup> V. LACHAUME, Jean-François et al., *Droit des services publics*, *op.cit.*, p. 215., GUGLIELMI, Gilles J., KOUBI, Geneviève, LONG, Martine, *Droit du service public*, *op.cit.*, p. 646.

<sup>826</sup> Ainsi, sous l'égide de la loi Boulin de 1970, l'octroi de l'autorisation sanitaire pouvait être assorti de l'obligation pour l'établissement de santé privé de conclure une concession d'exécution du service public hospitalier ou d'être associé ou fonctionnement du service public hospitalier. Sous l'égide de la loi Bachelot de 2009, l'autorisation sanitaire pouvait être subordonnée à l'engagement par l'établissement de santé privé de prendre en charge une ou plusieurs missions de service public.

<sup>827</sup> Art. L. 6112-6 du CSP.

## 2. L'autorisation sanitaire, objet de concurrence entre les établissements de santé

Selon le professeur Didier Truchet, les autorisations sanitaires peuvent être présentées comme « le véritable ‘marché’ sur lequel les établissements se font concurrence en première intention<sup>828</sup>. » En ce sens, dans le domaine hospitalier « l'objet de la concurrence n'est pas immédiatement la clientèle mais l'autorisation elle-même<sup>829</sup>. »

La démonstration la plus claire de ce constat réside dans la faculté de procéder à la cession des autorisations sanitaires, qui a été accordée non seulement aux établissements de santé privés, mais également aux établissements publics de santé, ce qui n'est pas sans poser certaines difficultés au regard du statut de service public attaché à leur activité. Il existe néanmoins deux conditions pour pouvoir procéder à la cession d'une autorisation sanitaire : la cession ne pourrait ainsi être effectuée avant le début des travaux, l'installation de l'équipement matériel lourd ou la mise en œuvre de l'activité de soins et elle doit obligatoirement être soumise à la confirmation par l'autorité administrative du nouveau cessionnaire<sup>830</sup>.

De la même manière, le régime d'octroi de l'autorisation sanitaire a considérablement évolué dans l'objectif de garantir l'égalité de traitement des établissements de santé dans le cadre du dispositif.

En premier lieu, il faut rappeler que c'est la loi qui a énuméré expressément les conditions d'octroi des autorisations sanitaires dans l'article L. 6122-2 du Code de la santé publique. Ces conditions législatives sont limitatives et il est, par conséquent, impossible que la décision administrative en la matière soit fondée sur un motif non prévu par le législateur<sup>831</sup>.

Par ailleurs, la transparence procédurale apparaît comme une exigence primordiale pour garantir la mise en concurrence des établissements de santé en la matière. Ainsi, le Conseil d'Etat avait précisé qu'en présence de plusieurs demandes concurrentes, les agences régionales de santé étaient tenues de respecter le principe d'égalité entre les candidats<sup>832</sup> et de veiller à ce que la délivrance de l'autorisation n'ait pas pour effet de mettre son titulaire en

---

<sup>828</sup> TRUCHET, Didier, « Quels espace de concurrence pour les services de santé » in *Service de santé et concurrence*, RGDM, n° HS, 2005, p. 17.

<sup>829</sup> *Ibid.*

<sup>830</sup> Art. L. 6122-3 du CSP.

<sup>831</sup> CE, 24 juill. 2009, *Clinique Durieux*, n° 321804.

<sup>832</sup> CE, 19 nov. 1997, *Clinique Lamarque*, n° 149376, Rec., p. 436.

contravention aux règles de la concurrence<sup>833</sup>. Afin de garantir la mise en concurrence des promoteurs, toutes les demandes d'autorisations portant sur des activités de soins ou des équipements de même nature doivent être déposées au cours d'un calendrier précis dans l'année, une fenêtre de réception des demandes d'autorisation déterminée par le directeur général de l'Agence régionale de santé<sup>834</sup>. Par ailleurs, toutes les demandes reçues lors de la période de réception, doivent être examinées au cours d'une étape d'instruction des demandes et non pas selon la règle d'antériorité de la demande<sup>835</sup>.

De la même manière, la transparence des critères du choix des titulaires des autorisations sanitaires tend à être assurée par le biais de deux outils principaux. D'une part, il existe une obligation pour l'autorité administrative de procéder, avant l'ouverture de chaque fenêtre de réception des demandes, à la publication d'un bilan quantitatif de l'offre de soins faisant apparaître les zones du schéma régional de santé dans lesquelles cette offre est insuffisante<sup>836</sup>. D'autre part, il appartient aux promoteurs de construire, sur la base de ce bilan quantifié, un dossier justificatif au dépôt duquel est soumise la recevabilité de leur demande et dont le contenu est précisé par l'article R. 6122-32-1 du Code de la santé publique. Ce dossier est particulièrement important, dans la mesure où le candidat doit y apporter tous les éléments nécessaires pour démontrer la comptabilité de son projet avec le schéma. C'est également sur la base des différents éléments de ce dossier que les agences régionales de santé doivent examiner la demande par rapport aux conditions et aux critères d'octroi de l'autorisation déterminés par le législateur. Ainsi, les différents aspects procéduraux devraient en théorie permettre le choix du titulaire de l'autorisation en fonction des mérites de son dossier justificatif.

Cependant, aucun texte juridique ne précise pour le moment les critères qui doivent être retenus par les agences régionales de santé dans l'appréciation de la condition de comptabilité des projets avec les objectifs de soins précisés par le schéma<sup>837</sup>. Il s'agit ici d'un défaut de transparence pour les candidats. En effet, la notion de comptabilité entre le projet d'autorisation et les objectifs du schéma régional de santé apparaît comme imprécise. Selon le juge administratif, cette exigence devrait être interprétée comme impliquant que le projet présenté par le promoteur ne doit pas rendre impossible la réalisation des objectifs en

---

<sup>833</sup> CE, 24 juill. 2009, *Clinique Durieux c/ ARH Réunion-Mayotte*, N° 321804 et 321837.

<sup>834</sup> Art. R. 6122-29 du CSP.

<sup>835</sup> Art. L. 6122-9 al. 4 du CSP.

<sup>836</sup> Art. R. 6122-30 du CSP.

<sup>837</sup> V. CORMIER, Maxence, « La régulation de la concurrence par les agences régionales de l'hospitalisation », *RGDM* n° 7, 2005, p. 21-40.

question<sup>838</sup>, ce qui en fait une condition assez souple à satisfaire et à apprécier. Dans l'application de cette condition, l'autorité administrative dispose ainsi d'une marge d'appréciation, ce qui semble justifié lorsqu'il s'agit de choisir parmi plusieurs demandes d'autorisation concurrentes portant sur un même type de projet et ayant pour objectif de répondre à un besoin de santé non satisfait. Dès lors, le contrôle du juge de l'excès de pouvoir se limite en la matière à un contrôle restreint<sup>839</sup>. Pour palier partiellement à cette insuffisance, le législateur a néanmoins prévu que les décisions en matière d'autorisations sanitaires devraient être motivées, notamment en exposant les motifs de refus de l'autorisation<sup>840</sup>.

Le deuxième mécanisme de sanction de la planification sanitaire à l'égard des établissements de santé permet d'instaurer une régulation sur l'orientation stratégique, ainsi que sur le fonctionnement de ces derniers. Il s'agit du contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens conclu entre l'Agence régionale de santé et les établissements de santé.

#### B. La régulation du fonctionnement du système hospitalier par les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens

Le contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens constitue, à côté de l'autorisation sanitaire, le deuxième instrument essentiel de mise en œuvre de la planification sanitaire et le deuxième outil principal de régulation des établissements de santé par les agences régionales de santé, qui permet d'orienter le fonctionnement de l'ensemble du système hospitalier autour des objectifs de la planification. Le recours à cet outil contractuel en matière hospitalière s'inscrit, en effet, dans un mouvement généralisé de contractualisation de l'action publique (1). Cela conduit à s'intéresser de manière plus approfondie à la portée des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens comme instruments de régulation du système hospitalier (2).

---

<sup>838</sup> V. CAA Nantes, 15 févr. 2001, *Centre d'imagerie médicale de Basse Normandie c/ Sté d'imagerie Saint-Martin*, n° 99NT02784.

<sup>839</sup> CE, 24 mars 2004, *CH privé Saint-Martin*, n° 2494866.

<sup>840</sup> Art. L. 6122-9 al. 6 du CSP.

## 1. L'affirmation du contrat comme instrument privilégié d'action de l'Etat-régulateur

A partir de la dernière moitié du XX<sup>e</sup> siècle, on observe un phénomène de contractualisation de l'action publique, dans le cadre duquel le contrat se substitue à l'acte administratif unilatéral comme instrument principal d'exercice de l'activité administrative. Ce phénomène est très largement lié à l'avènement de la nouvelle figure de l'Etat-régulateur, dont la fonction essentielle est de veiller au maintien des grands équilibres économiques et sociaux<sup>841</sup>. L'une des déclinaisons de « *l'administration contractuelle* » consiste ainsi dans le recours généralisé à l'acte contractuel pour l'exercice d'une nouvelle forme du contrôle sur les entités responsables de la mise en œuvre d'une politique publique ou de l'exécution de certaines missions d'intérêt général(b). Cette nouvelle forme de régulation se substitue ainsi progressivement aux procédés classiques de la tutelle administrative(a).

### a. La vision classique de la tutelle administrative

En droit administratif général, la notion de tutelle administrative désigne le contrôle exercé par le pouvoir central sur les entités décentralisées. Ce type de contrôle administratif s'applique aussi bien aux collectivités locales, dans le cadre de la décentralisation territoriale, qu'aux certains organismes publics, voire privés, dans le cadre de la décentralisation fonctionnelle, par service. Il existe ainsi une certaine complémentarité entre les notions de décentralisation et de tutelle administrative et souvent cette dernière est rangée par la doctrine parmi les éléments constitutifs de la notion de décentralisation. Dans le cadre du mouvement de la décentralisation, la tutelle serait ainsi « *un moyen pour concilier l'unité et le pluralisme*<sup>842</sup>. » En ce sens, l'existence de ce type de contrôle administratif sur les entités décentralisées se justifie par le but de protection d'intérêt général qui répond ici à la fois à la nécessité de sauvegarder l'unité politique de l'Etat, qu'à celle de protéger l'intérêt de la personne décentralisée, ainsi que celui des administrés<sup>843</sup>. Cependant, la tutelle administrative est un contrôle administratif, par principe étroit, voire exceptionnel, dans la mesure où il porte sur des personnes juridiques distinctes et autonomes par rapport à l'Etat central. Dans l'objectif de respecter le principe d'autonomie des entités décentralisées, la tutelle administrative s'exerce toujours dans le cadre d'une habilitation textuelle. Le caractère

---

<sup>841</sup> V. CHEVALLIER, Jacques, « L'Etat régulateur », *RFAP* 2004 n°3, p. 473-482.

<sup>842</sup> V. REGOURD, Serge, *L'acte de tutelle en droit administratif français*, Thèse, Paris, L.G.D.J., 1982.

<sup>843</sup> WALINE, Jean, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 28<sup>e</sup> éd., 2020, p. 41.

exceptionnel de la tutelle administrative permet de la distinguer du pouvoir hiérarchique dans le cadre de la déconcentration, qui est un contrôle administratif conçu de manière beaucoup plus large et générale. Par ailleurs, les modalités d'exercice de la tutelle administrative ont été progressivement assouplies en droit français<sup>844</sup>. Il existe néanmoins de nombreuses techniques d'exercice de la tutelle administrative. Celle-ci est susceptible de se matérialiser par un pouvoir d'approbation préalable, un pouvoir d'annulation, un pouvoir d'autorisation préalable et un pouvoir de substitution d'action de la part de l'autorité de tutelle<sup>845</sup>.

Or, dans une vision historique et classique de la tutelle administrative, celle-ci s'exerce par le biais des procédés unilatéraux. Cela se comprend aisément, dans la mesure où la tutelle administrative suppose la dépendance des entités contrôlées à l'égard de l'autorité de tutelle. Il n'existe donc a priori aucune réciprocité dans le rapport de tutelle, ce qui explique la place peu propice de l'acte conventionnel en la matière<sup>846</sup>. Il y aurait même un antagonisme de principe entre la tutelle et le contrat, dans la mesure où l'acte de tutelle ne pourrait se présenter que sous forme d'un acte unilatéral, émanant de la volonté de l'autorité de tutelle. Il produit ainsi toujours une valeur juridique indépendamment du consentement de ses destinataires<sup>847</sup>.

Cette forme traditionnelle de la tutelle administrative se trouve aujourd'hui complétée, voire supplantée, par une nouvelle forme du contrôle contractuel sur les entités participant à la mise en œuvre des politiques publiques.

#### b. La nouvelle logique de contractualisation des rapports de régulation

L'avènement de la figure de l'Etat régulateur a pour corollaire le développement d'une nouvelle forme de contrôle sur les entités régulées par le biais de l'instrument contractuel. Ce phénomène a parfois été analysé comme l'apparition d'une nouvelle forme de « *tutelle contractuelle* » se substituant progressivement à la tutelle administrative classique exercée par

---

<sup>844</sup> La loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions (JO, 3 mars 1982, p. 00730) procède même à la suppression de la tutelle administrative et financière sur les collectivités territoriales qui se trouve désormais remplacées dans les textes juridiques par le terme de « *contrôle*. » Cependant, il subsiste un usage doctrinal de la notion de tutelle administrative en raison de la signification trop générale de la notion de « *contrôle*. »

<sup>845</sup> V. sur la question : CHAPUS, René, *Droit administratif général*, t.I, *op.cit.*, p. 408 et s., PLESSIX, Benoit, *Droit administratif général*, Paris, *op.cit.* p.1383.

<sup>846</sup> HOURSON, Sébastien, *Les conventions d'administration*, Thèse, Paris, L.G.D.J., 2014, pp. 322-326.

<sup>847</sup> REGOURD, Serge, *L'acte de tutelle en droit administratif français*, *op.cit.*, p. 413.

le biais des procédés unilatéraux, sans pour autant conduire à la disparition complète de cette dernière. Le contrat s'est progressivement imposé comme le « *mode ordinaire pour encadrer les relations entre l'autorité de tutelle et les entités qu'elle contrôle*<sup>848</sup>. » Le passage vers cette « *nouvelle forme de tutelle contractuelle* » pourrait être expliqué par une série de facteurs contemporains comme la remise en cause de la prééminence de l'Etat central agissant par la voie de la contrainte ou encore la complexité grandissant des structures administratives<sup>849</sup>. La « *nouvelle tutelle contractuelle* » pourrait a priori être considérée comme conduisant à un assouplissement du contrôle administratif qui serait désormais fondé sur une logique de partenariat entre l'autorité de tutelle et la personne contrôlée. En ce sens, la tutelle par le biais du contrat apparaît aussi comme plus compatible avec le principe d'autonomie de gestion des entités soumises au contrôle de l'Etat<sup>850</sup>.

Cependant, il faut souligner que le recours à l'instrument contractuel s'inscrit dans le cadre de l'activité de régulation de l'Etat, qui s'exerce désormais sur plusieurs secteurs d'utilité publique, mais qui existent sous forme de marchés économiques où cohabitent des entités publiques et privées qui se caractérisent par leur indépendance organique par rapport à l'Etat-régulateur et qui déploient normalement des stratégies concurrentielles. En ce sens, le contrôle par le contrat aurait l'atout à la fois de laisser davantage de liberté de gestion aux entités publiques, mais aussi de faciliter l'association des entités privées à l'action publique<sup>851</sup>.

Néanmoins, la doctrine juridique reste partagée sur la nature exacte de ce phénomène de contractualisation des rapports de régulation. Ainsi, pour certains auteurs, il s'agit d'une nouvelle forme de tutelle « *douce* » complétant les procédés classiques de tutelle administrative<sup>852</sup>. On peut néanmoins affirmer, à l'image du professeur Didier Truchet, que le phénomène en question traduit davantage la mise en œuvre d'un pilotage stratégique qui porte sur l'activité, non plus des entités décentralisées stricto sensu, mais des personnes agissant sur un marché donné en tant qu'opérateurs et pouvant avoir un statut public ou privé, mais qui exercent toujours une activité d'intérêt général justifiant la régulation opérée par l'Etat<sup>853</sup>. Le

---

<sup>848</sup> HOURSON, Sébastien, *Les conventions d'administration*, *op.cit.*, p. 325.

<sup>849</sup> V. DE SAINT MARC, Renaud Denoix, « La question de l'administration contractuelle », *AJDA* 2003, p. 970.

<sup>850</sup> V. en ce sens Groupe de travail du comité interministériel des entreprises publiques, *Rapport sur les entreprises publiques*, avr. 1967, pp. 91-92. Ce rapport, connu sous l'appellation rapport Nora, est l'un des précurseurs de la contractualisation de l'exercice du pouvoir de tutelle en ce qui concerne, en l'occurrence, les entreprises publiques.

<sup>851</sup> CHEVALLIER, Jacques, « Contractualisation(s) et action publique », *RFDA* 2018, p. 209.

<sup>852</sup> DE SAINT MARC, Renaud Denoix, « La question de l'administration contractuelle », *op.cit.*

<sup>853</sup> TRUCHET, Didier, « Contractualisation et décentralisation fonctionnelle », *RFDA* 2018, p. 221.

pilotage stratégique en question est censé se décliner par le biais des contrats d'objectifs et de moyens dans lesquels doivent être formalisés des objectifs de gestion et des indicateurs de performance ou d'évaluation pour les opérateurs, en contrepartie des moyens octroyés par l'autorité de régulation au vu de la réalisation des objectifs<sup>854</sup>. En ce sens, les contrats d'objectifs et de moyens doivent solenniser des obligations auxquelles les personnes régulées ont préalablement consenties et dont le contenu a été négocié entre les deux parties.

Cependant, comme l'affirme une partie de la doctrine juridique, l'allègement de la tutelle par le recours à l'outil contractuel apparaît comme un faux processus, purement illusoire. Ainsi, les contrats d'objectifs et de moyens permettent, en réalité, à l'autorité de régulation d'orienter la gestion stratégique de tous les opérateurs intervenant au sein d'un secteur donné. De la même manière, le rapport inégalitaire, l'essence unilatérale qui caractérise le mécanisme classique de tutelle administrative, ne disparaît pas avec le recours au contrat et très souvent « *derrière le montage contractuel, c'est un mode de décision unilatérale qui continue de s'imposer.* »<sup>855</sup>

Ces problématiques sont présentes pour les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens dans le secteur hospitalier qui apparaissent, au final, comme des outils du renforcement du contrôle des agences régionales de santé sur le système hospitalier.

## 2. La portée des contrats pluriannuels d'objectifs et moyens comme instrument de régulation du fonctionnement du système hospitalier

Les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens sont parmi les instruments d'intervention de l'Etat régulateur du système hospitalier. Ils constituent, en outre, une manifestation du phénomène de l'administration contractuelle dans le champ de la politique de santé<sup>856</sup>. Ces contrats sont apparus avec l'ordonnance Juppé du 24 avril 1996<sup>857</sup> en se substituant aux conventions tripartites entre l'Etat, les organismes de sécurité sociale et les établissements de santé. Leur importance comme outil de régulation du système hospitalier a été affirmée par les réformes sanitaires postérieures. L'article L. 6114-1 du Code de la santé publique prévoit que l'Agence régionale de santé conclut un contrat pluriannuel d'objectifs et

---

<sup>854</sup> V. Conseil d'Etat, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, Paris, La Documentation française, 2008, p. 139.

<sup>855</sup> CAILLOSSE, Jacques, « Interrogations méthodologiques sur le 'tournant' contractuel de l'action publique. Les contrats publics entre droit public et sciences de l'administration » In *Mél. en l'honneur de Michel Guibal*, PFDDM, vol. II, 2006, pp. 469-492.

<sup>856</sup> V. LAMI, Arnaud, VIOUJAS, Vincent, *Droit hospitalier, op.cit.*, p. 151.

<sup>857</sup> Art. 8 de l'ord. n° 96-346 du 24 avr. 1996 *préc.*



de moyens d'une durée maximale de cinq ans avec chaque établissement de santé, mais également avec tout autre titulaire d'autorisation sanitaire, de son ressort territorial. L'objet des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens est de déterminer les objectifs et les ressources des établissements de santé et des titulaires des autorisations, ainsi que leurs orientations stratégiques dans une perspective pluriannuelle. En ce sens, les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens constituent une nouvelle forme de régulation contractuelle des opérateurs de santé. Ils s'ajoutent aux procédés classiques de tutelle administrative applicables aux établissements publics de santé dans leur qualité de personnes publiques décentralisées. Mais de manière plus importante, les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens permettent aux agences régionales de santé d'étendre le champ de leur régulation aux établissements de santé privés et aux autres titulaires d'autorisations sanitaires. Les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens participent, en ce sens, dans le processus d'harmonisation des régimes juridiques des établissements de santé et de construction du système hospitalier. Ces contrats apparaissent a priori comme des outils souples de régulation des opérateurs de santé, respectueux de leur autonomie de gestion, dans la mesure où ils sont censés procéder d'une démarche d'accord commun entre les agences régionales de santé et les entités régulées. Cependant, les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens apparaissent davantage comme des instruments aux mains des agences régionales de santé pour orienter et maîtriser le fonctionnement de tous les opérateurs de santé, mais en particulier, du système hospitalier(a). Par ailleurs, la prépondérance des agences régionales de santé dans le régime juridique de ces contrats conduit à une interrogation sur qualification juridique exacte de ce type d'actes (b).

- a. La maîtrise de la gestion interne des établissements de santé par les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens

A l'image de l'autorisation sanitaire, le contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens est un outil de déclinaison de la politique régionale de santé par les agences régionales de santé. Il s'agit ainsi d'un instrument censé permettre à ces dernières de veiller à ce que la gestion des opérateurs de santé s'effectue conformément aux objectifs de la planification sanitaire. En ce sens, les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens doivent formaliser des obligations d'intérêt général à l'égard des offreurs de soins, et notamment des établissements

de santé contractant avec l'Agence régionale de santé, qui s'imposent ainsi dans leur fonctionnement<sup>858</sup>.

Il faut souligner que la détermination, dans le cadre des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens, des orientations stratégiques des établissements de santé ne s'effectue pas sur la base d'un accord préalable entre ces derniers et les agences régionales de santé. En effet cette détermination se trouve considérablement encadrée. En ce sens, l'article L. 6114-2 du Code de la santé publique prévoit que dans le cadre de cette démarche, doivent être pris en considération les documents de la planification sanitaire, à savoir le plan et le schéma régional de santé. Cela implique que la politique de gestion interne des établissements de santé soit déterminée en fonction des prévisions de la planification sanitaire. Les établissements de santé peuvent ainsi être amenés à s'engager, au sein de leurs contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens, de procéder à des transformations des activités, voire aux actions de coopération, dans le but de respecter les objectifs de la planification sanitaire<sup>859</sup>. En ce sens, il apparaît clairement que l'objectif principal des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens est de décliner, sous le contrôle des agences régionales de santé, les orientations de la planification régionale au niveau du fonctionnement du système hospitalier. Il n'existe pas, par conséquent, une possibilité pour les établissements de santé de déterminer librement les orientations stratégiques de leur fonctionnement.

Par ailleurs, le contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens constitue un outil qui permet à l'Agence régionale de santé de contrôler l'exploitation des autorisations sanitaires accordées aux offreurs de soins. En effet, c'est au sein de ces contrats que se trouvent fixés les objectifs quantitatifs et qualitatifs des activités de soins et des équipements matériels lourds pour lesquels une autorisation a été délivrée et ils en définissent également les conditions de mise en œuvre<sup>860</sup>. En vertu de l'article L. 6114-3 du Code de la santé publique, c'est également par l'intermédiaire des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens que doivent être fixés, à l'égard des établissements de santé, les objectifs en termes de qualité et de sécurité des soins, ainsi que les engagements d'amélioration de la qualité et de la sécurité des soins faisant suite à la procédure de certification. Les contrats pluriannuels d'objectifs et de

---

<sup>858</sup> V. sur les CPOM : HARDY, Jacques, « Le contrat dans la réforme hospitalière du 24 avril 1996 », *RDSS* 1997, p. 949 ; BRAILLON, Laurence, PEISER, Laurent, « Les contrats d'objectifs et de moyens des établissements de santé privés : les avatars d'un outil juridique hybride », *Dr.soc.*, 2002, p. 641. ; MORDELET, Patrick, « Les contrats d'objectifs et de moyens des établissements de santé », *RGDM* n° 10, 2007, pp. 151-160. TRUCHET, Didier, « Le contrat dans la loi HPST », *RGDM* n° 15, 2011, pp. 137-156.

<sup>859</sup> Art. L. 6114-2, al. 4 du CSP.

<sup>860</sup> Art. L. 6114-2, al. 5 du CSP.

moyens sont censés également régler certaines missions spécifiques de soins et de santé publique pris en charge par les établissements de santé. C'est le cas notamment de la mission de soins palliatifs<sup>861</sup>.

Il résulte ainsi de l'analyse de ces éléments, que les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens ne peuvent pas être considérés comme des instruments d'allègement du contrôle sur les établissements de santé. En revanche, ils permettent aux agences régionales de santé d'étendre le champ de la régulation sur le système hospitalier fondée sur la planification sanitaire au fonctionnement du système en question qui doit s'inscrire au moins dans un rapport de comptabilité avec les objectifs de la planification. Ce constat implique inévitablement une réflexion plus approfondie sur la nature juridique des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens.

b. L'incertitude sur la nature juridique des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens

Comme cela vient d'être démontré, dans le cadre du système de santé les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens sont des outils de régulation du fonctionnement du système hospitalier aux mains des agences régionales de santé qui leur permettent de fixer le cadre stratégique de l'action pluriannuelle des établissements de santé sur la base de la planification sanitaire. Les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens sont qualifiés par la loi comme des actes contractuels, mais, en réalité, ils sont marqués par un déséquilibre entre les parties contractantes du fait du rapport, par essence inégalitaire, entre l'Agence régionales de santé, en tant qu'autorité de régulation, et les offreurs de soins, en tant que entités régulées.

La qualification juridique d'acte contractuel du contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens permet de les distinguer de l'acte administratif unilatéral. Ainsi, un acte est contractuel lorsqu'il procède d'un accord de volontés entre deux ou plusieurs parties pour produire des droits et des obligations entre ces parties, c'est-à-dire, pour régir leurs relations réciproques<sup>862</sup>. En revanche, un acte juridique est unilatéral lorsqu'il est destiné à régir le comportement des personnes qui sont étrangères à son édicition<sup>863</sup>. Or a priori, il existe dans le cadre des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens, des obligations réciproques entre les deux parties. Il appartient ainsi aux établissements de santé de s'engager à réaliser les

---

<sup>861</sup> Art. L. 6114-2, al. 2 du CSP.

<sup>862</sup> V. art. 1101 du Code civil.

<sup>863</sup> CHAPUS, René, *Droit administratif général*, t.1, *op.cit*, p. 491-492.

objectifs qui leur sont assignés par l'autorité de régulation. Il appartient en contrepartie aux agences régionales de santé d'accorder les moyens financiers nécessaires aux établissements pour la réalisation des objectifs en question<sup>864</sup>. Il s'agit, par ailleurs, d'un contrat administratif, y compris lorsqu'il est signé entre l'Agence régionale de santé et des établissements de santé privés, notamment en raison de la présence d'un certain nombre de clauses exorbitantes de droit commun<sup>865</sup>. Cependant, en procédant à une analyse des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens, une partie de la doctrine juridique avait invoqué le caractère discutable de leur nature contractuelle<sup>866</sup>.

Dans le cadre de la théorie classique du contrat, il existe deux éléments fondamentaux d'identification de l'acte contractuel, à savoir l'échange d'un accord de volontés, d'un côté, et l'existence des effets de droit d'autre côté. Toute la question est ainsi de savoir si ces deux critères d'identification du contrat se trouvent réunis pour les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens en matière de santé.

Le premier critère d'identification du contrat est la présence d'un accord de volontés des parties qui décident de s'engager. L'acte contractuel est censé résulter de l'échange d'un accord de volontés entre les parties qui se manifeste par l'expression de leurs consentements réciproques pour rentrer dans un cadre contractuel. Ce critère suppose également que chacune des parties contractantes dispose de la liberté contractuelle. En droit civil, cette liberté est consacrée par l'article 1102 du Code civil et elle englobe la liberté de contracter ou de ne pas contracter, la liberté de choisir son cocontractant et la liberté de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi et par les règles qui intéressent l'ordre public au sens de l'article 6 du Code civil. Par ailleurs, le Conseil Constitutionnel a explicitement consacré la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle en précisant, toutefois, qu'elle était susceptible de faire l'objet de limitations imposées par le législateur<sup>867</sup>. Ainsi, à l'image des personnes privées, les personnes publiques bénéficient de la liberté contractuelle<sup>868</sup>.

Cependant, dans le domaine des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens en matière de santé, la liberté contractuelle des parties semble totalement niée. Il n'existe pas, en particulier, une liberté dans la détermination du contenu du contrat dont les grands axes sont

---

<sup>864</sup> MORDELET, Patrick, « Les contrats d'objectifs et de moyens des établissements de santé », *op.cit.*

<sup>865</sup> V. TA Lille, 24 janv. 2006, *Clinique Saint-Roch*, n° 0503649.

<sup>866</sup> BERGOIGNAN ESPER, Claudine, DUPONT, Marc, *Droit hospitalier*, *op.cit.*, p. 421-426 ; MOQUET-ANGER, Marie Laure, *Droit hospitalier*, *op.cit.*, p. 175-180.

<sup>867</sup> Cons. const., déc. du 13 juin 2013, préc., cons. n° 6.

<sup>868</sup> V. CE, 2 févr. 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, n° 34027, Rec., p. 33.

précisés, de manière détaillée, par les textes juridiques<sup>869</sup>. S'il reste une certaine marge de liberté dans la fixation du contenu des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens, elle est censée profiter en priorité aux agences régionales de santé. Pour cette raison, certains auteurs rangent les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens au sein de la catégorie des contrats d'adhésion<sup>870</sup>. Les contrats d'adhésion sont définis par l'article 1110 du Code civil comme des contrats qui comportent un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties. En ce sens, les contrats de l'administration ont souvent la nature de contrats d'adhésion, dont le contenu est entièrement déterminé par l'autorité administrative contractante<sup>871</sup>. Pour ce qui est des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens, leur qualification de contrats d'adhésion découle du rapport inégalitaire entre les cocontractants qui se manifeste par la domination des agences régionales de santé sur les offreurs de soins. Cependant, les contrats d'adhésion restent des actes ayant une nature contractuelle. Cela suppose que les cocontractants de l'administration conservent la faculté de conclure ou de ne pas conclure le contrat d'adhésion. Le problème est ici que les établissements de santé et les titulaires des autorisations sanitaires ne disposent pas de la faculté de refuser la conclusion du contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens puisqu'elle résulte d'une obligation légale. Par ailleurs, à défaut de signature du contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens, il appartient aux agences régionales de santé d'agir par voie unilatérale et de fixer des objectifs quantifiés et qualitatifs pour l'exploitation de l'autorisation sanitaire, ainsi que des pénalités ad hoc<sup>872</sup>. Cela implique, qu'au-delà d'un contrat d'adhésion, le contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens pourrait être analysé comme un contrat imposé, dans la mesure où c'est non seulement le contenu mais également la conclusion-même du contrat qui est imposée aux offreurs de soins.

Le deuxième critère d'identification du contrat est la production des effets juridiques, ce qui suppose que l'acte en question soit générateur des droits et des obligations juridiques entre les parties. Or, il apparaît souvent difficile de caractériser la présence de ce deuxième critère du contrat pour les contrats d'objectifs signés par l'administration, dans la mesure où souvent ces derniers stipulent un certain nombre d'engagements qui ne présentent pas, pour autant, un degré de formalisme suffisant pour pouvoir produire des effets sur le plan juridique. Cependant, il semble que tel n'est pas le cas des contrats pluriannuels d'objectifs et de

---

<sup>869</sup> V. Art. L. 6114-2 du CSP et art. D. 6114-3 à D. 6114-6 du CSP.

<sup>870</sup> CORMIER, Maxence, « Le phénomène contractuel en droit de la santé », *RGDM* n° 10, 2007, p. 22.

<sup>871</sup> V. CHAPUS, René, *Droit administratif général*, t.1, *op.cit*, p. 493.

<sup>872</sup> Art. L. 6114-2 al. 5 du CSP.

moyens en matière de santé puisque l'inexécution des objectifs assignés aux cocontractants de l'Agence régionale de santé est susceptible d'être sanctionnée sur le plan juridique. Le Code de la santé publique prescrit ainsi que l'Agence régionale de santé peut résilier unilatéralement un contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens en cas de manquement grave de l'établissement de santé ou du titulaire de l'autorisation à ses obligations contractuelles<sup>873</sup>. Par ailleurs, des pénalités financières peuvent être infligées aux offreurs de soins en cas d'inexécution partielle ou totale de leurs engagements contractuels<sup>874</sup>. Cependant, aucune disposition du Code de la santé publique ne prévoit une hypothèse de sanction de l'inexécution du contrat de la part des agences régionales de santé. Les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens se caractérisent, au final, par le manque de réciprocité des engagements des deux parties, c'est-à-dire par leur caractère non synallagmatique<sup>875</sup>. Cette situation peut être expliquée au vu du rapport déséquilibré, qui existe au sein des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens, entre les agences régionales de santé et les entités régulées. Cela justifie également l'existence d'un certain nombre de prérogatives exorbitantes au profit des agences régionales de santé au niveau de l'exécution de ces contrats. Cependant, l'ensemble de ses éléments illustre le caractère largement artificiel de la qualification des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens en actes contractuels. Ces derniers se caractérisent ainsi par leur caractère unilatéral caractérisé au profit de l'autorité de régulation qui se manifeste tant au niveau de leur formation, qu'au niveau de leur exécution.

L'exécution de la planification sanitaire au niveau régional incombe ainsi à tous les établissements de santé, nonobstant la prise en charge par ces derniers du service public hospitalier. Les instruments principaux de mise en œuvre de la planification par les établissements de santé sont les autorisations sanitaires et les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens, instruments aux mains des agences régionales de santé pour assurer la régulation de l'ensemble du système hospitalier. Or, la planification sanitaire a été également conçue comme le vecteur d'une démarche de coopération entre les établissements de santé, quel que soit leur régime juridique et leur rapport avec le service public hospitalier.

---

<sup>873</sup> Art. L. 6114-1 al. 6 du CSP.

<sup>874</sup> Art. L. 6114-1 al. 7 du CSP.

<sup>875</sup> Sur la distinction entre le contrat synallagmatique et le contrat unilatéral V. art 1106 du Code civ. « Le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres. Il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres sans qu'il y ait d'engagement réciproque de celles-ci. »

## ***§. 2 La planification sanitaire, vecteur d'une démarche de coopération hospitalière public-privé***

Le système hospitalier français se caractérise historiquement par son caractère cloisonné. Traditionnellement, les établissements de santé exerçaient leur activité de soins de manière isolée, en se trouvant souvent dans un rapport de concurrence. Dans ce contexte est émergée la nécessité de développer une démarche de complémentarité entre les établissements de santé au travers des formules de coopération hospitalière. En effet, il est apparu que la coopération hospitalière présentait plusieurs avantages, à la fois pour les offreurs de soins, et pour les pouvoirs publics.

Du côté des établissements de santé, l'évolution des techniques et des pratiques médicales, les données de démographie médicale, avec la pénurie croissante de certains médecins spécialistes (chirurgiens, obstétriciens, anesthésistes) et la rareté de certains équipements matériels lourds constituent des facteurs, qui devaient pousser naturellement les établissements à poursuivre une démarche de coopération. La coopération pouvait permettre l'optimisation de la répartition des ressources rares en matière hospitalière tant humaines, que scientifiques, matérielles et financières<sup>876</sup>.

Du côté des pouvoirs publics, et notamment des agences régionales de santé, la coopération hospitalière permet de répondre à un double objectif : assurer la rationalisation économique du système hospitalier, par le biais d'une mutualisation des ressources disponibles et d'une réduction des capacités hospitalières, mais aussi améliorer le fonctionnement du système hospitalier et l'accès aux soins hospitaliers de la population par le biais d'une répartition optimale des ressources sur le territoire, voire par l'organisation d'une gradation des activités de soins autour des parcours de santé des patients. En ce sens, la coopération hospitalière pourrait être un instrument pour garantir et améliorer l'accès aux soins hospitaliers, tout en garantissant également la qualité et la sécurité de soins fournis<sup>877</sup>.

Ainsi, plusieurs formules de coopération ont été mises en place par les textes juridiques à la disposition des offreurs de soins et de l'autorité de régulation. La coopération dans le domaine hospitalier pourrait être soit une coopération fonctionnelle, consistant dans la mise en commun de certaines activités, sans aboutir à l'apparition d'une nouvelle personne

---

<sup>876</sup> V. CORMIER, Maxence, « Mutations et enjeux des coopérations hospitalières », *AJDA* 2006, p. 416.

<sup>877</sup> V. VARNIER, Frédéric, TREPPEAU, Maurice, « La coopération hospitalière au service de la modernisation de notre système de santé », *RDSS* 2016, p. 620.

morale, soit une coopération institutionnelle ou organique, permettant de regrouper les établissements de santé au sein d'une nouvelle institution dotée de la personnalité morale.

Cependant, initialement la coopération hospitalière était exclusivement fondée sur le service public hospitalier (**A**). Ce n'est qu'à partir des années 1990, que le lien entre la coopération et le service public hospitalier a été rompu dans l'objectif de donner un essor au partenariat entre les établissements du service public hospitalier et les cliniques privées, mais en dehors de la formule du service public hospitalier (**B**).

#### A. La coopération hospitalière, projet historiquement fondée sur le service public hospitalier

La loi hospitalière Boulin du 31 décembre 1970 est la première réforme hospitalière qui avait introduit la logique de coopération interhospitalière en droit français. Dans le cadre de cette réforme, le service public hospitalier était le seul vecteur de la coopération dans le domaine hospitalier. Cette coopération était considérée comme un objectif à promouvoir au vu de l'instauration d'un rapport de complémentarité entre les établissements hospitaliers. Par conséquent, la première version de la coopération hospitalière ne s'inscrivait pas dans le cadre de la planification sanitaire et ne répondait pas à un impératif de restructuration de l'offre hospitalière. La démarche de coopération initialement instituée devait s'étaler sur deux étapes essentielles : une première étape de coopération pour l'exécution du service public hospitalier (**1**) et une deuxième étape de coopération dans l'exécution du service public hospitalier (**2**).

##### 1. La coopération hospitalière pour l'exécution du service public hospitalier

Dans le cadre de la réforme hospitalière de 1970, la notion de service public hospitalier était conçue comme un outil de complémentarité entre les établissements de santé. Pour cette raison, le législateur avait prévu que si les établissements hospitaliers publics exécutaient de droit le service public hospitalier, il existait également des formules permettant l'intégration des établissements hospitaliers privés à l'exécution ou au fonctionnement de ce service public. Cependant, cette forme de coopération entre établissements de santé pour l'exécution du service public hospitalier n'était pas imposée aux établissements hospitaliers



privés, qui restaient libres de rester en dehors du service public hospitalier nouvellement institué<sup>878</sup>.

La loi avait ainsi mis en place deux modalités pour l'exécution du service public hospitalier par les établissements privés en fonction de leurs statuts respectifs (a). Il existait également une modalité plus souple portant simplement sur une collaboration au service public hospitalier pour tous les établissements privés qui décidaient de rester en dehors de son exécution, mais qui souhaitent s'y associer pour l'exercice de certaines activités(b).

- a. Les formules d'intégration des établissements de santé privés au service public hospitalier

La réforme hospitalière de 1970 avait prévu deux formules distinctes d'exécution du service public hospitalier en fonction du statut juridique des établissements hospitaliers privés. Dans les deux hypothèses, il s'agissait de procéder à l'intégration des établissements privés au service public hospitalier. Il existait, en ce sens, la formule plus souple de participation au service public hospitalier, réservée aux établissements hospitaliers privés à but non lucratif, et une formule classique d'exécution contractuelle du service public hospitalier par les établissements hospitaliers privés à but lucratif, à savoir la concession de service public hospitalier.

La première modalité d'exécution du service public hospitalier concernait les établissements d'hospitalisation privés à but non lucratif et il s'agissait de la participation au service public hospitalier<sup>879</sup>. En ce sens, l'article 41 de la loi hospitalière du 31 décembre 1970 prévoyait que tout établissement privé à but non lucratif pourrait être admis à participer au service public hospitalier suite à une demande venant de sa part. Il appartenait néanmoins à l'autorité administrative de s'assurer que la demande respectait toutes les obligations juridiques attachées à la prise en charge du service public hospitalier. Si tel était le cas, l'établissement était inscrit par décret sur la liste des établissements privés admis au service public hospitalier. Il s'agissait ainsi d'une habilitation administrative d'exécution du service public hospitalier qui avait un caractère automatique à partir du moment où les critères posés

---

<sup>878</sup> V. *supra.*, p. 72.

<sup>879</sup> Formule précisée par le décret n°76-456 du 21 mai 1976 relatif à la participation des établissements d'hospitalisation privés à but non lucratif à l'exécution du service public hospitalier, JO du 26 mai 1976, et la circulaire n°1869 du 4 juin 1976.

par les textes juridique étaient respectés. Cette habilitation ne comportait, en particulier aucun pouvoir d'appréciation de la part de l'administration<sup>880</sup>.

La formule de participation au service public hospitalier conduisait ainsi à une véritable « *assimilation* » des établissements privés à but non lucratif au secteur public de l'hospitalisation<sup>881</sup>. Ces derniers étaient soumis aux mêmes exigences et obligations que les établissements d'hospitalisation publics<sup>882</sup>, mais également au même régime pour leurs dépenses d'investissement et de fonctionnement. Ils relevaient en particulier de la réglementation du prix de la journée préfectorale<sup>883</sup> et ils pouvaient bénéficier de subventions publiques pour leurs équipements<sup>884</sup>. Ces dispositions expliquaient le grand intérêt porté pour la formule de participation au service public hospitalier par les établissements d'hospitalisation privés à but non lucratif. Il existait, par ailleurs, une proximité originaire entre ce type d'établissements et la notion de service public dans le domaine sanitaire. En effet, dès leur origine, ces établissements étaient appelés à compléter les hôpitaux publics dans l'exercice de leur missions d'intérêt public. De plus, leur participation a été toujours fortement sollicitée par les pouvoirs publics en raison de leur particularité : ils sont, dans leur majorité, des établissements de moyen séjour et ils pourraient ainsi proposer un équipement utile et nécessaire sous forme de « *lits de suite*<sup>885</sup>. » Cependant, certains auteurs ont exprimé leur inquiétude face aux conséquences de la formule de participation au service public hospitalier sur la spécificité et sur la pérennité du régime de gestion privée des établissements d'hospitalisation privés à but non lucratif. Il existait, en effet, un risque d'absorption de ce régime par l'importante introduction du régime de droit public attaché à la notion de service public hospitalier<sup>886</sup>. C'est ainsi que le lien originaire entre les établissements hospitaliers à but non lucratif et la notion de service public, intensifié par la formule juridique de participation au service public hospitalier, illustre particulièrement bien la nature juridique hybride de ce type d'établissements de santé situés au carrefour du droit privé et du droit public.

---

<sup>880</sup> BEER-GABEL, Josette, « L'exécution du service public hospitalier par les établissements privés », *AJDA* n° 1, janvier 1979, p. 14

<sup>881</sup> *Ibid.*

<sup>882</sup> Il s'agit de la prise en charge de l'ensemble des missions de SPH, du respect de toutes les « lois » de SPH ou encore de la garantie d'accès au profit des assurés sociaux et des personnes bénéficiaires de l'aide sociale (Art. 40 de la loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière).

<sup>883</sup> Art. 15 du décret n°76-456 du 21 mai 1976

<sup>884</sup> Art. 41, al. 4 de la loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière préc.

<sup>885</sup> V. VILLEY, François, *La réforme hospitalière. Loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970, op.cit.*, p. 9.

<sup>886</sup> MAZERES, J. « La participation des établissements privés à but non lucratif au service public hospitalier », *RDSS* n° 57, janvier-mars 1979, p. 26 et s.

La deuxième modalité d'exécution du service public hospitalier était la formule contractuelle de concession du service public hospitalier, réservée aux établissements d'hospitalisation privés à but lucratif<sup>887</sup>. Le contrat de concession portait ici sur l'exécution du service public hospitalier et il était conclu avec le préfet du département du lieu d'implantation de l'établissement. Il devait être approuvé par la suite par le préfet de la région ou, dans certains cas, par le ministre de la santé<sup>888</sup>. Cependant, à la différence de l'habilitation administrative pour la participation au service public hospitalier, l'approbation des contrats des concessions de service public hospitalier par l'administration n'était pas automatique. Cette approbation devait être donnée de manière expresse et la circulaire du 17 janvier 1975 indiquait que les autorités d'approbation possédaient un large pouvoir d'appréciation et que leurs décisions en la matière n'avaient pas à être motivées<sup>889</sup>.

Le principal avantage prévu pour inciter les établissements d'hospitalisation privés à but lucratif de prendre en charge le service public hospitalier était la garantie d'un monopole sur l'activité ou le service faisant l'objet de la concession dans le secteur géographique de l'établissement<sup>890</sup>. De la même manière, afin de promouvoir davantage la formule de la concession, une circulaire du 27 décembre 1976 avait prévu la possibilité de concession de service public hospitalier portant sur une partie seulement de l'activité de l'établissement. Il s'agit ici d'une première démarche d'introduction d'une approche fragmentée de la notion de service public dans le champ sanitaire<sup>891</sup>.

Cependant, la formule de concession du service public hospitalier avait suscité assez peu d'intérêt chez les établissements de santé d'hospitalisation privés à but lucratif. Cela s'expliquait, tout d'abord, par leur spécificité dans le paysage hospitalier de l'époque. Ils étaient des établissements hospitaliers « *de taille plus modeste* » et de « *spécialisation plus*

---

<sup>887</sup> Art. 42 de la loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970, Décret n° 74-401 du 9 mai 1974 relatif à la concession du service public hospitalier et à l'association d'établissements privés au fonctionnement de ce service, circulaire n° 206 DH du 17 janvier 1975.

<sup>888</sup> Art. 12 du décret n° 74-401 du 9 mai 1974 préc.

<sup>889</sup> BEER-GABEL, Josette, « L'exécution du service public hospitalier par les établissements privés », *op.cit.*, p. 18. Cependant, la jurisprudence administrative avait considéré que les concessions de SPH étaient des contrats de délégation de service public au sens de la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques et, par conséquent, leur passation devait être précédée par une procédure de publicité et de mise en concurrence : V. CAA Paris, 27 juin 2005, n° 00PA03147.

<sup>890</sup> L'art. 42 -1) de la loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 prévoit que le contrat de concession comporte pour l'Etat une obligation « de n'autoriser ou de n'admettre, dans une zone et pendant une période déterminée, la création ou l'extension d'aucun autre établissement ou service de même nature aussi longtemps que les besoins déterminés par la carte sanitaire demeurent satisfaits. »

<sup>891</sup> V. *infra*. P. 448 et s.

*poussée* », notamment dans les secteurs de la chirurgie ou de l'obstétrique<sup>892</sup>. Par ailleurs, la doctrine juridique avait souligné le caractère inadapté de la concession pour l'exécution du service public hospitalier, dans la mesure où elle comporterait davantage d'inconvénients et d'obligations pour les établissements privés à but non lucratif et beaucoup moins d'avantages<sup>893</sup>.

Ainsi, l'avantage de l'exclusivité d'activité dans sa zone géographique avait un caractère fragile, puisqu'il restait toujours subordonné à la satisfaction des besoins déterminés par la carte sanitaire. En ce sens, si ces besoins n'étaient pas complètement satisfaits par le concessionnaire, le monopole d'activité attaché à la concession du service public hospitalier ne pouvait pas s'appliquer. De la même manière, à la différence des établissements d'hospitalisation privés à but non lucratif, les établissements privés à but lucratif ne pouvaient pas bénéficier de subventions publiques pour leurs équipements<sup>894</sup>. En outre, concernant leur régime tarifaire, ils se trouvaient en dehors du régime du prix de la journée, même lorsqu'ils étaient concessionnaires du service public hospitalier, ce qui signifiait que les tarifs de soins des assurés sociaux et les tarifs de responsabilité de la Sécurité sociale restaient fixés par convention conclue entre les caisses régionales d'assurance maladie et les établissements privés. Ce régime tarifaire, combiné avec l'ensemble des charges du service public hospitalier, était considéré comme particulièrement défavorable aux établissements privés concessionnaires<sup>895</sup>.

#### b. La formule d'association au fonctionnement du service public hospitalier

Une formule spécifique était prévue pour tous les établissements privés à but lucratif ou à but non lucratif qui souhaitent rester en dehors de l'exécution du service public hospitalier. Ils avaient ainsi la possibilité de s'associer au fonctionnement du service public hospitalier. Cette association devait s'effectuer par le biais d'un accord conclu entre l'établissement privé intéressé et un établissement d'hospitalisation public ou un syndicat interhospitalier<sup>896</sup>. L'accord d'association au service public hospitalier était conclu notamment au vu de la réalisation de trois objectifs, énumérés par l'article 22 du décret du 9

---

<sup>892</sup> BEER-GABEL, Josette, « L'exécution du service public hospitalier par les établissements privés », *op.cit.*, p. 21.

<sup>893</sup> *Ibid.*

<sup>894</sup> Art. 42, al. 5 de la loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 préc.

<sup>895</sup> CLEMENT, Jean-Marie, *Histoire des réformes hospitalières sous la Ve République*, Bordeaux, *op.cit.*, p. 79.

<sup>896</sup> Art. 43 de la loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 préc.

mai 1974 : la coordination des activités des établissements contractants, l'utilisation en commun d'équipements, une prise en charge en commun de la formation du personnel<sup>897</sup>.

Cette première étape de coopération hospitalière pour l'exécution du service public hospitalier était complétée par une démarche supplémentaire de coopération entre les établissements qui étaient intégrés au sein du service public hospitalier.

## 2. La coopération hospitalière dans l'exécution du service public hospitalier

La loi hospitalière de 1970 avait mis en place les premières structures de coopération entre établissements de santé. Cependant, à l'époque, ces structures ne pouvaient intégrer que les établissements faisant partie et assurant le service public hospitalier. La loi avait prévu aussi bien une coopération souple et fonctionnelle entre les établissements au travers des groupements interhospitaliers (a), qu'une coopération organique et plus aboutie au travers des syndicats interhospitaliers (b).

### a. La coopération fonctionnelle entre les établissements du service public hospitalier

Initialement, il existait une première structure de coopération fonctionnelle entre les établissements hospitaliers du service public hospitalier. Il s'agissait du groupement interhospitalier, qui pouvait être analysé comme une formule de coopération souple entre établissements hospitaliers, dans la mesure où ce groupement était dépourvu d'une personnalité juridique propre<sup>898</sup>. En revanche, la coopération dans le cadre de ces groupements était rendue obligatoire par le législateur à la fois au niveau des secteurs sanitaires, avec le groupement interhospitalier de secteur<sup>899</sup>, qu'au niveau de la région avec le groupement interhospitalier régional<sup>900</sup>.

Les groupements interhospitaliers étaient dotés de deux attributions particulièrement importantes. Ils devaient ainsi être obligatoirement consultés au cours de l'élaboration de la carte sanitaire, mais ils étaient également chargés d'impulser la coopération entre leurs membres pour la création ou la gestion de services en commun, qui pouvait s'effectuer soit

---

<sup>897</sup> Sur l'association au service public, V. *supra* : p. 157-159.

<sup>898</sup> Art. 6 de la loi du 31 déc. 1970 portant réforme hospitalière préc.

<sup>899</sup> Le groupement interhospitalier de secteur devrait être formé entre les établissements assurant le service public hospitalier dans le même secteur d'action sanitaire (art. 5 de la loi hospitalière du 31 déc. 1970.).

<sup>900</sup> Le groupement interhospitalier régional devrait être formé entre le centre hospitalier régional et les autres établissements assurant le service public hospitalier dans la région (art. 5 de la loi hospitalière du 31 déc. 1970.).

dans le cadre d'une convention conclue entre les établissements, soit par le biais de l'institution d'un syndicat interhospitalier entre ces derniers<sup>901</sup>.

En ce sens, les groupements interhospitaliers étaient des structures de coopération interhospitalière ayant un volet essentiellement consultatif. Ils étaient, en ce sens, une première déclinaison institutionnelle de la démocratie sanitaire, dans la mesure où ils devaient associer les établissements hospitaliers à la détermination et à la mise en œuvre de la politique de régulation de l'offre de soins. Cependant, cette démocratie sanitaire « *primitive* » était à l'époque circonscrite dans le périmètre du service public hospitalier et ne constituait pas encore un concept destiné à englober tous les acteurs du système de santé, y compris les patients et les offreurs de soins situés en dehors du service public dans le domaine des soins<sup>902</sup>.

Or, le législateur de l'époque avait également procédé à la création d'une structure de coopération organique entre les établissements publics assurant le service public hospitalier.

b. La coopération organique entre les établissements assurant le service public hospitalier

Une formule de coopération organique plus aboutie entre les établissements du service public hospitalier était prévue au travers des syndicats interhospitaliers. A la différence des groupements interhospitaliers, les syndicats interhospitaliers avaient une personnalité juridique propre et disposaient du statut d'établissement public autonome de ses membres<sup>903</sup>. Initialement, ces formules de coopération juridique pouvaient être instituées, soit au niveau d'un secteur sanitaire (les syndicats interhospitaliers de secteur), soit au niveau régional (syndicat interhospitalier régional). En revanche, leur création n'était pas imposée par le législateur, mais était laissée à l'initiative des établissements hospitaliers eux-mêmes. Les syndicats interhospitaliers étaient ainsi une structure intéressante pour la gestion en commun de certains services et activités entre les établissements hospitaliers membres, notamment s'agissant des services de logistique et de formation ou encore de l'utilisation partagée des équipements matériels lourds. Cependant, la loi précisait que les activités mutualisées devaient nécessairement intéresser le fonctionnement et le développement du service public

---

<sup>901</sup> Art. 6 al. 2 et s. de la loi du 31 déc. 1970 portant réforme hospitalière préc.

<sup>902</sup> Sur le concept de démocratie sanitaire : V. *Infra.* p. 483.

<sup>903</sup> Art. 8 de la loi du 31 déc. 1970 portant réforme hospitalière préc.

hospitalier<sup>904</sup>. Ainsi, à l'image du groupement interhospitalier, le syndicat interhospitalier n'était ouvert qu'aux seuls établissements assurant le service public hospitalier.

Initialement conceptualisé comme le fondement du système hospitalier français, la notion de service public hospitalier était également conçue comme la base de la coopération entre les établissements hospitaliers. Cependant, les différents travaux d'évaluations du dispositif du service public hospitalier ont démontré sa défaillance en tant qu'instrument d'intégration au système hospitalier des établissements hospitaliers privés à but lucratif. Ainsi, en 2005, il n'existait que 23 établissements privés concessionnaires du service public hospitaliers et uniquement deux établissements ayant opté pour la formule d'association au service public hospitalier<sup>905</sup>. En ce sens, le service public hospitalier est devenu essentiellement le vecteur d'une coopération public-public ou d'une coopération des établissements hospitaliers publics avec les établissements hospitaliers privés à but non lucratif dont une grande majorité a choisi la participation au service public hospitalier. Par ailleurs, les syndicats interhospitaliers, mis en place par la réforme hospitalière de 1970, étaient très faiblement utilisés par les établissements. Ces syndicats ne permettaient pas le développement d'une démarche de coopération hospitalière en matière de soins.

Cependant, afin de respecter les objectifs de la planification sanitaire, il est devenu indispensable de promouvoir davantage les coopérations hospitalières dans un objectif principal de restructuration de l'offre hospitalière. Cela supposait de favoriser les coopérations public-privé en matière hospitalière. Les différentes réformes sanitaires ont ainsi créé plusieurs outils de coopération hospitalière public-privé dépassant le cadre strict du service public hospitalier.

## B. La dynamique d'une coopération hospitalière public-privé fondée sur la planification sanitaire

La coopération hospitalière s'inscrivait dans une logique initiale de limitation de la concurrence entre les établissements hospitaliers. En ce sens, elle était fondée sur le projet de développement d'un vaste service public hospitalier, qui était censé intégrer une partie

---

<sup>904</sup> V. art. 10 de la loi du 31 déc. 1970 portant réforme hospitalière préc.

<sup>905</sup> BETTINGER, Christian, « Concession et gestion des services hospitaliers au XXI<sup>e</sup> siècle », *RDSS* 2012, p. 902.

importante des établissements hospitaliers ayant un statut de droit privé. Néanmoins, cet objectif n'était que partiellement atteint, uniquement au regard des établissements hospitaliers privés à but non lucratif. Cependant, l'essor de la planification sanitaire dans les années 1990 a conduit à réaffirmer les valeurs positives de la coopération hospitalière pour le fonctionnement du système hospitalier français. Il s'agissait, par ailleurs, d'assigner des nouveaux objectifs à la démarche de coopération dans le domaine hospitalier, (1) dont la réalisation a nécessité la création de nouvelles formules juridiques de coopération hospitalière public-privé dans un but de décloisonnement du secteur hospitalier (2).

1. Les nouveaux objectifs de la coopération hospitalière dans le cadre de la planification sanitaire

C'est à partir des années 1990, que la coopération hospitalière a été remplacée dans un nouveau contexte général de planification de l'offre de soins, de promotion de la qualité des soins et de maîtrise des dépenses de santé<sup>906</sup>. Il est apparu ainsi que la démarche de coopération, notamment entre les établissements de santé publics et privés, pourrait être développée dans le cadre de la politique de restructuration hospitalière menée par les pouvoirs publics (a), mais aussi en vue de garantir le maintien d'une offre de soins de proximité dans certaines parties du territoire (b).

- a. La coopération hospitalière, outil de la politique de restructuration hospitalière

A partir de la réforme hospitalière de 1991, la planification sanitaire française a acquis une dimension qualitative en devenant un instrument de répartition géographique équilibrée de l'offre de soins hospitaliers. L'ordonnance portant réforme de l'hospitalisation publique et privée de 1996 a rendu opposable aux établissements de santé l'annexe au schéma d'organisation sanitaire, qui devait indiquer l'ensemble des regroupements, des transformations ou des suppressions des installations et des unités nécessaires à la réalisation des objectifs du schéma. Actuellement, l'article L. 1434-3 du Code de la santé publique prévoit que le schéma régional de santé fixe pour chaque zone de la planification sanitaire régionale les transformations, les regroupements et les coopérations entre les établissements de santé. Le directeur général de l'Agence régionale de santé est chargé, par l'article L. 6131-

---

<sup>906</sup> ESPER, Claudine, « La coopération entre acteurs de santé : le droit est-il à la hauteur de la pratique », in Conseil d'Etat, *Réflexions sur le droit de la santé*, op.cit., p. 441.



1 du Code de la santé publique, de la mission de coordination de l'évolution du système hospitalier. Il apparaît ainsi, au vu de ces éléments juridiques, que le schéma régional de santé est devenu un instrument aux mains des agences régionales de santé pour susciter des coopérations entre les établissements de santé afin de procéder à une restructuration de l'offre hospitalière.

En effet, la politique de restructuration hospitalière est censée répondre à la fois à un objectif de rationalisation économique du parc hospitalier, et à un objectif de garantie de la qualité et de la sécurité des soins de santé fournis par le système hospitalier. En ce sens, la restructuration hospitalière est susceptible de prendre plusieurs formes : une réorganisation des services pour les adapter à la demande des usagers, aux nouvelles techniques et à la démographie médicale ; une fermeture de services du fait du non-respect des normes d'équipements et de personnel ou d'une activité trop faible<sup>907</sup>, une coopération et un partage d'activité entre établissements de santé<sup>908</sup>.

La coopération hospitalière est ainsi l'un des moyens utilisés pour promouvoir les opérations de restructuration de l'offre hospitalière. Cependant, la démarche de coopération hospitalière porte atteinte à l'autonomie juridique des établissements de santé. Pour cette raison, elle est censée en principe procéder de l'initiative des acteurs de santé eux-mêmes. Cependant, la coopération présente des enjeux importants au regard de la politique de restructuration hospitalière menée par les agences régionales de santé. Cela explique que les agences disposent, dans le cadre de leur compétence de coordination du système hospitalier, de moyens pour imposer aux établissements de santé de coopérer. Ces pouvoirs sont néanmoins beaucoup plus explicites au regard des établissements publics de santé qui peuvent être sollicités, et à défaut contraints, par le directeur général de l'Agence régionale de santé, de s'engager dans une opération de coopération<sup>909</sup>.

Cependant, il existe au moins deux outils, qui peuvent être utilisés par les agences régionales de santé pour imposer à tout établissement de santé, quel que soit son statut juridique, d'entrer dans une logique de coopération. Il s'agit d'un côté de l'autorisation sanitaire, dont l'octroi pourrait être subordonné à l'engagement de la part du titulaire de mettre en œuvre des mesures de coopération favorisant l'utilisation commune de moyens et la

---

<sup>907</sup> Sachant que la fermeture du service est susceptible de déboucher sur la reconversion d'un site, sur le transfert d'activité sur un autre établissement ou sur la construction d'une structure neuve regroupant les anciennes activités des établissements fermés.

<sup>908</sup> Cour des comptes, « Les restructurations hospitalières », in *Rapport public de la Cour des comptes 2013*, février 2013, p. 153.

<sup>909</sup> V. art. L. 6131-2 du CSP.

permanence des soins. Le contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens, d'un autre côté, pourrait être utilisé pour impulser une démarche de coopération, dans la mesure où il doit préciser les engagements pris par l'établissement de santé au vu de la transformation de leurs activités et de leurs actions de coopération. Ainsi, en tant qu'autorité coordinatrice du système hospitalier, l'Agence régionale de santé dispose de moyens pour engager des opérations de coopération aussi bien au regard des établissements publics de santé, qu'au regard des établissements de santé privés. Cependant, la coopération hospitalière public-privé ne doit pas être analysée comme une démarche qui est toujours subie par les établissements de santé. En effet, cette coopération pourrait être utile pour les établissements dans le but d'éviter d'éventuelles fermetures et pour garantir le maintien d'une offre de soins complète de proximité.

- b. La coopération hospitalière public-privé, outil du maintien d'une offre de soins de proximité

La politique de restructuration du champ hospitalier peut provoquer parfois la fermeture des services de soins, lorsque ces derniers n'ont pas un niveau d'activité suffisant pour garantir la sécurité des soins ou lorsque leur fonctionnement ne répond pas aux normes d'équipements et de personnels imposées par la réglementation juridique. C'est ainsi que de nombreux services de médecine, de chirurgie ou d'obstétrique ont été amenés à arrêter leur fonctionnement dans les établissements de santé de petite ou de moyenne importance<sup>910</sup>. Or, comme le soulignent certains auteurs, la fermeture des services de soins, accompagnée par une logique de concentration des activités de soins au sein de structures de taille plus importante, ne permet pas toujours de préserver la proximité dans l'accès aux soins de santé essentiels pour la population<sup>911</sup>. En ce sens, la coopération public-privé en matière sanitaire est apparue comme un palliatif à la fermeture des services hospitaliers de proximité. Ainsi, les coopérations dites «*isolement*» permettent d'éviter ou, au moins, de différer des restructurations qui seraient à défaut nécessaires (fusions, fermetures ou transferts), ainsi que de répondre à la problématique d'accessibilité des soins dans certaines zones défavorisées du territoire<sup>912</sup>. Dans cette logique, un certain nombre de coopérations sanitaires public-privé ont été engagées dans des bassins de population de petite taille, caractérisés par la coexistence des hôpitaux publics et des cliniques privées. La démarche promue a été de procéder à un partage

---

<sup>910</sup> CLEMENT, Jean-Marie, *Panorama critique des réformes hospitalières de 1789 à nos jours*, op.cit., p. 55.

<sup>911</sup> V. CLEMENT, Jean-Marie, *Réflexions pour l'hôpital. Proximité, coopération, pouvoirs*, op.cit. p. 84-115.

<sup>912</sup> DUPONT, Marc, « Hôpital public et coopération sanitaire », RDSS 2015, p. 23.

d'activités de soins entre les deux établissements. Dans la plupart des cas, il s'agissait pour l'établissement public de santé de prendre en charge l'activité de soins de médecine et pour l'établissement de santé privé – l'activité de soins de chirurgie. Cette opération de partage d'activités de soins supposait néanmoins l'accomplissement d'un montage juridique complexe, qui consistait dans l'échange des autorisations sanitaires entre les deux établissements, suivie par la conclusion, de la part de la clinique privée, d'un contrat de concession de service public hospitalier<sup>913</sup>.

Les nouveaux objectifs de la coopération hospitalière, qui s'inscrivent dans une logique de coordination du système hospitalier, ont impliqué la nécessité de mettre davantage l'accent sur la coopération hospitalière public-privé et ont permis de démontrer les limites de la démarche initiale de coopération fondée sur le service public hospitalier. Pour cette raison, les textes juridiques ont introduit de nouvelles formules pour asseoir la coopération hospitalière public-privé qui s'est ainsi progressivement détachée de la référence à la notion de service public hospitalier.

## 2. Le détachement de la coopération hospitalière du champ du service public hospitalier

Il est apparu que les formules classiques de coopération hospitalière, fondées sur le service public hospitalier, ne permettaient pas d'atteindre les nouveaux objectifs assignés à la démarche de coopération dans le domaine hospitalier. Ainsi, les pouvoirs publics ont privilégié de nouveaux outils juridiques de partenariat, notamment entre les établissements publics de santé et les établissements de santé privés, qui ne pouvaient pas collaborer sur la base du service public hospitalier. La première initiative en ce sens a été de développer des formules de coopérations plus souples qui ne portaient pas sur l'activité sanitaire (a). Dans un deuxième temps, le partenariat public-privé en matière de soins s'est imposé comme objectif prioritaire de la politique de coordination du système hospitalier, ce qui a conduit à la création d'un instrument juridique spécifique : le groupement de coopération sanitaire (b).

---

<sup>913</sup> CORMIER, Maxence, « Mutations et enjeux des coopérations hospitalières », *op.cit.*

a. La promotion de la coopération public-privé en dehors de l'activité de soins

La démarche initiale promue par les pouvoirs publics était, conformément à une logique de système hospitalier, de développer des nouvelles formules de coopération hospitalière sans rapport avec la prise en charge du service public hospitalier. Cependant, il était encore impossible de concevoir une coopération public-privé portant sur l'activité de soins en dehors du champ du service public hospitalier.

En ce sens, le regroupement des établissements de santé, au vu de leur participation consultative à la politique de planification sanitaire, a été élargi à tous les établissements de santé par la réforme hospitalière du 31 juillet 1991. En effet, l'article 6 de la loi hospitalière de 1991 a substitué aux anciens groupements interhospitaliers de secteur les nouvelles conférences sanitaires de secteur composées par des représentants des établissements de santé, public et privés. L'extension de la formule de conférence sanitaire de secteur aux établissements de santé privés n'assurant pas le service public hospitalier semblait logique au regard de l'opposabilité de la planification sanitaire à l'ensemble des établissements de santé, quel que soit leur rapport avec le service public hospitalier. Par ailleurs, la même loi a transposé au domaine hospitalier d'autres formules de coopération institutionnelle, telles que les groupements d'intérêt public<sup>914</sup> ou les groupements d'intérêt économique<sup>915</sup>. Il est apparu néanmoins que ces deux formules n'étaient pas suffisamment adaptées au secteur hospitalier. En effet, celles-ci ne pouvaient pas être utilisées par les établissements de santé au vu de fonder une coopération en matière de missions de diagnostic, de soins et de surveillance<sup>916</sup>. Ce sont ainsi les conventions qui constituaient le mode prioritaire de coopération public-privé entre établissements de santé<sup>917</sup>, mais leur inconvénient principal était leur caractère très faiblement contraignant pour les partenaires engagés, notamment en raison de l'absence d'une personnalité juridique attachée à ce type de collaborations<sup>918</sup>.

---

<sup>914</sup> Le groupement d'intérêt public est une personne morale de droit public permettant aux personnes morales de droit public de coopérer entre elles ou avec des personnes morales de droit privé pour exercer ensemble des activités d'intérêt général à but non lucratif (V. art. 98 et s. de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, JO 18 mai 2011, p. 8573). Celui-ci a été initialement créé pour répondre aux besoins spécifiques de coopération dans le domaine de la recherche.

<sup>915</sup> Le groupement d'intérêt économique est une personne morale de droit privé, qui peut être constituée entre deux ou plusieurs personnes physiques ou morales dans le but de faciliter ou de développer leurs activités économiques (Art. L. 251-1 Code du commerce).

<sup>916</sup> CE, avis 1<sup>er</sup> août 1995, n° 358047.

<sup>917</sup> V. art. L. 6134-1 du CSP.

<sup>918</sup> Cour des comptes, « Les coopérations hospitalières », *Rapport sur la Sécurité sociale 2011*, sept. 2011, p. 266.

L'ensemble de ces outils de coopération apparaissent ainsi comme détachés du champ de la notion de service public hospitalier. Cependant, leur contribution à la politique de restructuration de l'offre de soins hospitaliers était limitée. Ils pouvaient ainsi permettre une mise en commun des services de logistiques ou le partage des équipements matériels lourds, mais ils ne pouvaient pas fonder une coopération interhospitalière en matière sanitaire. Or, c'est cette forme de coopération qui se trouve privilégiée dans le cadre de la politique de restructuration de l'offre de soins hospitaliers. En ce sens, à partir de la fin des années 1990, les pouvoirs publics ont davantage privilégié la coopération public-privé en dehors du champ du service public hospitalier pour la prise en charge mutualisée des activités de soins.

- b. La promotion de la coopération public-privé pour la prise en charge de l'activité des soins : les groupements de coopération sanitaire

L'article 39 de l'ordonnance hospitalière du 24 avril 1996 est à l'origine de la formule juridique de groupement de coopération sanitaire. Cette formule a été mise à la disposition des établissements de santé qui souhaitaient s'engager dans une démarche de partenariat, mais qui ne remplissaient pas les conditions légales pour créer un syndicat interhospitalier. Cette formule était ainsi spécialement dédiée à la coopération entre les établissements de santé du service public hospitalier et les établissements de santé privés situés en dehors du service public hospitalier. Les groupements de coopération sanitaire étaient, dès l'origine, des formules de coopération organique entre les établissements de santé, dans la mesure où ils avaient une personnalité morale. Pour autant, ces groupements n'étaient pas qualifiés d'établissements de santé. Initialement, les groupements de coopération sanitaire étaient limités à une coopération pour la réalisation et pour l'utilisation en commun des plateaux techniques ou pour l'intervention en commun des professionnels médicaux ou non médicaux de leurs membres. De la même manière, au moment de leur création, les groupements de coopération sanitaire étaient conçus comme un complément à la formule du syndicat interhospitalier prévue pour les établissements de santé du service public hospitalier, qui restait envisagée comme la formule de coopération hospitalière de droit commun.

Toutefois, les groupements de coopération sanitaire étaient progressivement érigés en mode privilégié de coopération hospitalière dans le cadre français. Outil spécifiquement adapté au domaine sanitaire, le groupement de coopération sanitaire pourrait constituer un levier au vu du décloisonnement du monde hospitalier et du dépassement de la distinction

traditionnelle entre les établissements de santé assurant le service public hospitalier et les établissements de santé situés en dehors du service public hospitalier. Cette formule devait permettre aux établissements de santé d'engager des coopérations dans le champ sanitaire. En ce sens, les textes juridiques ont confirmé la possibilité pour les groupements de coopération sanitaire d'être titulaires non seulement d'autorisations d'équipements matériels lourds, mais également d'autorisations d'activité de soins<sup>919</sup>. Dans le même sens, le groupement de coopération sanitaire s'est imposé comme le substitut aux autres formules de coopération hospitalière, dans la mesure où l'ordonnance hospitalière du 4 septembre 2003 avait prévu qu'à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2005 aucun syndicat hospitalier ne pouvait plus être créé.

La réforme Bachelot du 21 juillet 2009 avait procédé à la clarification et à la simplification du droit des groupements de coopération sanitaire, tout en adaptant ces formules aux différentes hypothèses de coopérations hospitalières<sup>920</sup>. En ce sens, l'article 23-III de la loi Bachelot avait prévu la transformation de tous les syndicats interhospitaliers existants en communautés hospitalières de territoire, en groupement de coopération sanitaire ou en groupement d'intérêt public dans un délai de trois ans à partir de l'entrée en vigueur de la loi. Cette loi avait ainsi officialisé la fin d'une démarche de coopération hospitalière organique fondée sur la notion de service public hospitalier. La réforme Bachelot avait néanmoins créé une nouvelle formule de coopération hospitalière public-public : la communauté hospitalière de territoire. Cependant, cette formule de coopération était reléguée au second plan en raison à la fois de son caractère non contraignant pour les établissements publics de santé, qu'en raison de l'absence d'une personnalité morale attachée à celle-ci<sup>921</sup>.

Par ailleurs, depuis la réforme Bachelot, il existe deux grandes catégories de groupements de coopération sanitaire. Le groupement de coopération sanitaire classique ou de moyens est prévu par l'article L. 6133-1 du Code de la santé publique. Il est censé assurer la mutualisation des activités de ses membres. En revanche, le groupement de coopération sanitaire-établissement de santé est prévu par l'article L. 6133-7 du Code de la santé publique. Il est titulaire d'une ou plusieurs autorisations d'activités de soins<sup>922</sup>. Il exerce ainsi des

---

<sup>919</sup> V. CORMIER, Maxence, « Les groupements de coopération sanitaire : instruments de coopération à privilégier », *RGDM* n° 22, 2007, p. 18.

<sup>920</sup> KELLER, Catherine, LOUAZEL, Michel, MOQUET-ANGER, Marie-Laure, « Les outils juridiques de coopération issus de la loi HPST : des instruments au service de la restructuration de l'offre hospitalière ? », *RDSS* 2013, p. 687.

<sup>921</sup> Art. 22 de la loi du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires préc.

<sup>922</sup> V. BERGOIGNAN-ESPER, Claudine, « Les formes nouvelles de coopération des acteurs de santé : entre innovation et modernisation », *RDSS* 2009, p. 806.

missions de soins sous le statut d'établissement de santé. Il peut être présenté, en quelque sorte, comme un « *groupement de coopération sanitaire de moyens 'mutant' en établissement de santé du fait de l'obtention d'une autorisation d'activité de soins.*<sup>923</sup> » Le groupement de coopération sanitaire est fondé sur une convention constitutive, approuvée par l'Agence régionale de santé. Il peut avoir, selon les statuts de ses membres, une personnalité morale de droit public ou de droit privé. Il poursuit toujours un but non lucratif<sup>924</sup>.

Cette rupture symbolique entre la coopération hospitalière dans le champ des soins et la notion de service public hospitalier pourrait s'expliquer également à la lumière de l'abrogation de la notion de service public hospitalier par la loi Bachelot. Il s'agissait ainsi de favoriser le développement de la coopération hospitalière public-privé en matière de soins par l'élimination de la notion de service public hospitalier, qui était parfois susceptible de constituer un obstacle à ce type de coopérations. Ce changement était d'autant plus fondé, dans la mesure où la plupart des missions de soins s'exerçaient déjà selon un régime assez comparable par tous les établissements de santé.

Cependant, dans son rapport sur les coopérations hospitalières de 2011, la Cour des comptes avait procédé à un bilan mitigé de la coopération entre établissements de santé sur la base des groupements de coopération sanitaire<sup>925</sup>. Ce bilan s'explique essentiellement par les différences entre le statut de droit privé et le statut de droit public des établissements amenés à coopérer. Le clivage entre ces deux statuts juridiques est ainsi une source de difficultés pour la réunion des établissements de santé au sein du groupement de coopération sanitaire, notamment lorsque ce dernier aurait le statut d'un établissement de santé autonome qui pourrait exercer des activités de soins à son propre compte.

C'est dans ce contexte, que la loi de modernisation de notre système de santé du 26 janvier 2016 avait réintroduit en droit français la notion de service public hospitalier. L'objectif de cette réforme était ainsi de réorienter à nouveau le système hospitalier autour de la notion classique de service public. Cependant, au travers d'une analyse approfondie du nouveau dispositif, peuvent être identifiées différentes problématiques, qui découlent de la réintroduction de la notion de service public hospitalier en droit français.

---

<sup>923</sup> BADIN, Xavier, « Les groupements de coopération sanitaire après la loi HPST », *RGDM* n° spéc. 2011, p. 215.

<sup>924</sup> V. Art. L. 6133-1 à L. 6133-10 du CSP.

<sup>925</sup> Cour des comptes, « Les coopérations hospitalières », *op.cit.*, p. 259-286.





## Chapitre 2 – L’ambigüité du rétablissement de la notion de service public hospitalier dans la loi

Très peu de temps après l’abrogation de la notion de service public hospitalier et son remplacement par la notion de missions de service public effectuée par la loi Bachelot de 2009, la nouvelle majorité parlementaire a fait de la réintroduction du service public hospitalier dans la loi une priorité de son programme en matière de santé. En ce sens, on assiste à nouveau à une démarche d’organisation du système de santé autour du service public hospitalier, en opposition avec l’approche promue par la loi Bachelot, qui a voulu ériger la notion de mission de service public en instrument d’organisation du système de santé.

Dans ce contexte, l’article 59 de loi de financement de la Sécurité sociale pour 2013 avait énoncé la perspective d’une redéfinition du service public hospitalier<sup>926</sup>. Dans cette perspective, l’un des axes principaux du Rapport Couty du mars 2013 a été la réaffirmation et la reconstruction du service public hospitalier<sup>927</sup>. Dans le cadre de ce rapport, le retour de la notion classique de service public hospitalier dans la législation sanitaire a été justifié par au moins trois éléments.

Tout d’abord, la notion de service public hospitalier permettait de réaffirmer de manière officielle la nature de service public de toutes les missions exercées par les établissements publics de santé, que ces derniers devaient assurer en toute circonstance et sans en avoir le choix, contrairement au secteur de l’hospitalisation privée. En ce sens, le retour de la notion de service public hospitalier devait s’accompagner de la consécration du principe de la prise en charge de ce service public par les établissements publics de santé. Par ailleurs, la notion de service public hospitalier était censée marquer la rupture avec « l’approche minimaliste de l’intérêt général » dans le domaine de la santé, véhiculée par la loi Bachelot. Cela impliquait que le service public hospitalier englobe toute l’activité des établissements de santé. De la même manière, la notion de service public hospitalier devait permettre de rompre avec l’approche fragmentée du service public en matière de santé promue par la notion de

---

<sup>926</sup> Loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013, JO 18 déc. 2012, p. 19821.

<sup>927</sup> COUTY, Edouard, *Le pacte de confiance pour l’hôpital*, La documentation française, Rapport, mars 2013, p. 17-24.

missions de service public de santé, pour revenir à une approche plus classique de service public, où ce dernier se trouve composé par un bloc de missions.

La notion de service public hospitalier conceptualisée dans le cadre du rapport Couty présentait tous les critères traditionnels attachés à la notion de service public dans le contexte français<sup>928</sup>. Le critère organique de celle-ci était constitué par l'exercice de droit du service public hospitalier par les établissements publics de santé et, plus largement, par la « prééminence » du secteur public et du secteur privé non lucratif associé dans la prise en charge de service public hospitalier. Il existait également une définition matérielle du service public hospitalier, qui continuait à englober des missions spécifiques, qui restaient pratiquement les mêmes que celles prévues pour le service public hospitalier issu de la réforme hospitalière de 1970 : les soins dans tous leurs aspects, l'enseignement et la recherche en santé, des missions de santé publique, comme la prévention et l'éducation sanitaire. Enfin, il convient d'invoquer le régime juridique spécifique, propre à la notion de service public hospitalier, composé à la fois par les principes fondamentaux du service public en droit français, et par un certain nombre de principes plus contemporains, comme la transparence du fonctionnement ou encore l'écoute et la participation des usagers.

Malgré la reprise des critères classiques de la notion de service public, le rapport Couty voulait promouvoir une nouvelle conception du service public hospitalier, adaptée aux évolutions touchant le système de santé français. Plus précisément, afin d'éviter que le service public hospitalier ne se transforme en facteur du cloisonnement du système de santé, il était prévu d'ouvrir ce service public dans son environnement territorial, ainsi que d'assurer son fonctionnement sur le fondement des parcours de santé de ses usagers. De la même manière, il apparaissait important de confirmer le principe classique d'absence de monopole des établissements publics de santé dans la prise en charge du service public hospitalier afin d'ouvrir l'exécution de ce dernier aux établissements de santé privés le souhaitant<sup>929</sup>.

En ce sens, ces différentes conditions préconisées par le rapport Couty, devaient être remplies afin que le service public hospitalier puisse assumer valablement un rôle du fondement du système de santé.

---

<sup>928</sup> « Traditionnellement, la notion de service public renvoie aux missions d'intérêt général (critère matériel), poursuivies à titre principal par des établissements publics (critère organique), régis par un régime exorbitant de droit commun (critère fonctionnel). » *Ibid*, p. 17.

<sup>929</sup> Pour autant, le rapport COUTY envisageait l'hypothèse de conférer, sous certaines conditions, une partie seulement du service public hospitalier aux établissements privés commerciaux, V. par ex. p. 18.

Or, le rapport Devictor de 2014 insistait davantage sur une approche plus formelle du service public hospitalier « renouvelé », qui devait être conçu avant tout comme un bloc d'obligations s'appliquant à toute l'activité des établissements de santé responsables de sa prise en charge<sup>930</sup>. L'enjeu essentiel était de préciser et de distinguer les obligations exorbitantes du service public hospitalier des obligations qui s'appliquent au fonctionnement du système de santé. Il s'agissait de cette manière d'objectiver les contreparties financières apportées aux gestionnaires du service public hospitalier.

La loi de modernisation de notre système de santé réintroduit dans son article 99 la notion de service public hospitalier et abroge, à son tour, la notion de mission de service public en matière de santé. Cependant, la majorité de la doctrine juridique a remarqué la présence d'une continuité entre la loi Bachelot et la loi Touraine. En effet, les deux réformes ont cherché à promouvoir une nouvelle conception de la notion de service public en matière de santé, compatible avec les exigences du droit de l'Union Européenne et inspirée par la conception européenne du service d'intérêt général<sup>931</sup>.

Parallèlement, la loi Touraine marque une rupture idéologique par rapport à la loi Bachelot et la notion de missions de service public de santé. En effet, la loi Bachelot avait tenté de faire de la notion de missions de service public un instrument d'organisation territoriale du système de santé. En revanche, la loi Touraine essaie de réorganiser le système de santé français autour de la notion de service public hospitalier.

Cependant, la notion de service public hospitalier, rétablie en droit français par la loi Touraine de 2016, se caractérise par un certain nombre d'aspects qui paraissent contradictoires et contestables.

La loi de modernisation de notre système de santé de 2016 a cherché à introduire une nouvelle conception de service public hospitalier, plus adaptée à l'évolution du système de santé français, ainsi qu'aux exigences, qui s'imposent aux services publics en droit national, en raison de la participation de l'Etat français à l'Union européenne. La démarche du législateur est néanmoins empreint d'un fort aspect idéologique. Le risque est dès lors de faire perdre à la nouvelle notion de service hospitalier toute cohérence juridique. Il existe, en ce sens, des dimensions contradictoires qui traversent la nouvelle notion de service public hospitalier en droit français (**Section 1**).

---

<sup>930</sup> DEVICTOR, Bernadette, *Le service public territorial de santé, Le service public hospitalier. Développer l'approche territoriale et populationnelle de l'offre en santé*, op.cit., p. 45 et s.

<sup>931</sup> V. *infra*, p. 439 et s.

Par ailleurs, la réintroduction dans la loi de la notion de service public hospitalier s'accompagne de certains dispositifs juridiques, qui tendent à rétablir le secteur hospitalier public dans son rôle traditionnel d'acteur principal du système de santé français (**Section 2**).

## **Section 1. Les contradictions juridiques affectant la promotion de la notion de service public hospitalier**

La notion de service public hospitalier, redéfinie par la réforme de modernisation de notre système de santé de 2016, est traversée par deux dimensions qui apparaissent comme contradictoires.

D'une part, le législateur en 2016 n'a pas cherché à renouer avec la conception ancienne du service public hospitalier, mais vise, à son tour, à introduire une conception renouvelée de la notion de service public dans le domaine de la santé. De ce point de vue, la réforme Touraine poursuit le même objectif que la réforme Bachelot : proposer une nouvelle vision du service public dans le domaine de la santé, qui prend en compte les évolutions du système de santé français, marquées notamment par l'exigence d'adaptation du fonctionnement de celui-ci aux règles du droit du marché intérieur. C'est ainsi qu'à la notion traditionnelle de service public hospitalier correspond désormais une nouvelle définition principalement formelle. En effet, la loi Touraine définit le service public hospitalier comme un ensemble d'obligations particulières qui s'imposent aux établissements de santé, c'est-à-dire comme un régime juridique dérogatoire englobant l'ensemble de l'activité des établissements de santé qui en font partie.

Cependant, en rétablissant la notion de service public hospitalier, le législateur de 2016 a voulu s'écarter symboliquement de la notion de missions de service public de santé introduite par la loi Bachelot de 2009. La rupture avec cette loi l'a ainsi amené à renouer avec certains aspects traditionnels, caractérisant la notion de service public en droit français, comme c'est le cas de l'approche globale, attachée à celle-ci (en tant qu'un bloc de missions) ou également de l'approche organique du service public (comme exercé de principe par des opérateurs à statut public).

En ce sens, malgré l'innovation apportée par le choix d'une définition principalement formelle de la notion de service public hospitalier, (**Paragraphe 1**) cette notion conserve un

fort aspect traditionnel, en raison de la volonté du législateur de 2016 de rompre avec l'approche de missions de service public de santé promue par la loi Bachelot de 2009. **(Paragraphe 2).**

***§1. L'originalité du service public hospitalier : l'adoption d'une définition principalement formelle de la notion de service public***

Il s'agit de remarquer ici que la conception classique du service public en droit français se trouve progressivement remplacée par une nouvelle conception influencée par le droit de l'Union Européenne. Cette conception a été initialement transposée dans les secteurs des services industriels et commerciaux en réseaux, au moment de l'ouverture de ces derniers à la concurrence. Il s'agit d'une conception essentiellement fonctionnelle, qui se traduit par la notion européenne de service d'intérêt général<sup>932</sup>. Dans le cadre de cette conception européenne, les services d'intérêt général doivent être définis de manière formelle, par référence aux obligations juridiques spécifiques, qui existent pour leur exécution et qui génèrent des garanties pour leurs usagers et des compensations pour les gestionnaires. En ce sens, en droit français, la notion traditionnelle de service public se trouve progressivement remplacée par la notion plus contemporaine d'obligation de service public<sup>933</sup>.

Or, dans le champ sanitaire, la loi Touraine de 2016 a défini la notion de service public hospitalier par référence à un bloc d'obligations spéciales qui doivent s'appliquer dans son exécution.

En ce sens, il faut préciser que le régime juridique exorbitant a toujours été un aspect essentiel de la notion de service public en matière de santé **(A)**. Cependant, le régime juridique dérogatoire est devenu, avec la notion renouvelée de service public hospitalier, l'élément principal de définition de cette notion **(B)**.

---

<sup>932</sup> *Infra*, p. 378.

<sup>933</sup> V. ZIANI, Salim, *Du service public à l'obligation de service public*, *op.cit.*

A. Le régime juridique exorbitant, aspect inhérent à la notion de service public en matière de santé

Le régime juridique spécial a toujours constitué l'un des éléments essentiels attachés à la notion de service public en matière de santé, qu'il s'agisse de la notion de service public hospitalier ou de la notion de mission de service public de santé. Le caractère spécial de ce régime juridique résulte de l'application d'un régime juridique exorbitant de droit commun à toute activité de service public dans le domaine sanitaire.

Le régime juridique de droit public est, plus généralement, un aspect fondamental que l'on retrouve dans le cadre de la théorie générale du service public en droit français. Ce dernier est tantôt présenté comme une conséquence découlant de l'existence du service public, tantôt comme un critère de son identification (1). Par ailleurs, dans le domaine sanitaire, les réformes juridiques successives ont bâti un véritable régime juridique propre à la notion de service public (2).

1. Le régime juridique exorbitant de droit commun : conséquence ou critère d'identification du service public en droit français ?

Élément essentiel de la notion de service public en droit français, le régime juridique exorbitant attaché à celle-ci implique que toute activité de service public doit obligatoirement être soumise, à des degrés variables, à un régime de droit public. Il existe, pour autant, un désaccord au sein de la doctrine juridique sur la question de savoir si le régime juridique particulier devrait être considéré comme un critère d'identification du service public ou comme une conséquence découlant de son existence.

Selon une grande partie des auteurs de la doctrine juridique, le régime juridique ne pourrait être analysé que comme une conséquence de l'identification du service public. Il ne serait pas, en revanche, une condition de l'existence-même du service public<sup>934</sup>. Ces auteurs continuent ainsi à définir la notion de service public par le biais de deux critères cumulatifs : un critère organique et un critère fonctionnel. Le critère organique résulte du rattachement organique direct ou indirect de l'activité de service public à une personne publique, tandis que le critère fonctionnel découle de l'exercice de cette activité au vu de la satisfaction de l'intérêt

---

<sup>934</sup> V. CHAPUS, René, *Droit administratif général*, t.I, *op.cit.*, p. 579 ; TRUCHET, Didier, *Droit administratif*, *op.cit.*, p. 363 ; WALINE, Jean, *Droit administratif*, *op.cit.*, p. 408.

général. En ce sens, à partir du moment où ces deux critères se trouvent réunis pour une activité donnée, cette activité devrait être considérée comme une activité de service public soumise, par conséquent, à une fraction de régime juridique exorbitant de droit privé.

En revanche, d'autres auteurs présentent le régime juridique spécial comme un véritable critère d'identification du service public<sup>935</sup>, en soulignant ainsi que « *la soumission d'une activité donnée à un régime exorbitant du droit privé constitue, en effet, l'ultime étape dans la définition d'une activité de service public*<sup>936</sup> », voire que le service public n'a qu'un sens unique qui exprime un régime de droit particulier<sup>937</sup>.

Or, suite à l'éclatement des critères d'identification de la notion de service public en droit français, il est devenu parfois inévitable de recourir au régime juridique applicable à une activité donnée en tant qu'indice au vu de l'identification de celle-ci en activité de service public.

Par ailleurs, comme le souligne le professeur Fabrice Melleray,<sup>938</sup> cette technique a été déjà mobilisée au sein-même de « l'école du service public » au moment de l'apparition de la nouvelle catégorie de « services publics à gestion privée. » Le régime exorbitant de droit privé a été ainsi utilisé par Gaston Jèze comme critère d'identification des services publics administratifs qu'il considérait comme les seuls appartenant au champ de la notion générique de service public, dans la mesure où ces derniers étaient intégralement soumis à des procédés de droit public et relevaient, par conséquent, de la compétence contentieuse du juge administratif<sup>939</sup>. Une telle démarche était justifiée, selon l'auteur, afin de préserver le rôle de la notion de service public comme « pierre angulaire du droit administratif. » A l'inverse, le professeur Louis Rolland, dans son Précis de droit administratif, avait rangé le régime juridique exorbitant au sein « des caractères communs à tous les services publics » dans l'objectif de regrouper les services publics administratifs et les services publics industriels et commerciaux au sein d'une notion globale et unifiée de service public, tout en distinguant les activités de service public des activités privées<sup>940</sup>.

---

<sup>935</sup> V. LACHAUME, Jean-François et al., *Droit des services public, op.cit.*, p. 51 et s.

<sup>936</sup> BRACONNIER, Stéphane, *Droit des services publics, op.cit.*, p. 185.

<sup>937</sup> CHENOT, Bernard, « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat » *EDCE*, 1950, p. 81.

<sup>938</sup> MELLERAY, Fabrice, « Retour sur les lois de Rolland », in *Le droit administratif, permanences et convergences, Mél. en l'honneur de Jean-Francois Lachaume*, Paris, Dalloz, 2007, p.709.

<sup>939</sup> JEZE, Gaston, *Les principes généraux du droit administratif, op.cit.*, p. 7.

<sup>940</sup> ROLLAND, Louis, *Précis de droit administratif, op.cit.*, p. 18.

Cependant, c'est essentiellement la jurisprudence administrative qui s'est basée sur le critère du régime juridique exorbitant pour procéder à l'identification du service public. Ce critère a été utilisé par le juge administratif dans une hypothèse particulière : en cas d'absence de qualification textuelle d'une activité assurée par une personne privée. Dans ce cas, le caractère d'intérêt général de l'activité en cause, ainsi que sa prise en charge sous le contrôle d'une personne publique, sont des indices importants, mais insuffisants pour conclure à sa nature de service public. Par conséquent, les juridictions administratives se basent également sur le régime juridique de l'activité dans l'appréciation de sa nature exacte. En ce sens, dans son arrêt *Narcy* de 1963<sup>941</sup>, le Conseil d'Etat avait soumis la qualification en service public d'une activité privée à l'existence des prérogatives de puissance publique détenues par la personne privée chargée de son exécution. Cependant, le juge administratif suprême avait complété sa jurisprudence *Narcy* par l'arrêt *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI)*<sup>942</sup>. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat avait conservé l'hypothèse d'identification du service public sur la base des critères posés dans l'arrêt *Narcy*. Cependant, il en avait ajouté une nouvelle technique d'identification du service public en cas d'absence des prérogatives de puissance publique. Dans ce cas, la qualification en service public d'une activité d'intérêt général assurée par une personne privée doit s'effectuer sur la base d'un faisceau d'indices permettant de déceler la volonté de l'administration à confier à cette personne une mission de service public. Or, ce faisceau d'indices est composé par quatre éléments : les conditions de la création de la personne privée, les conditions de son organisation et de son fonctionnement, les obligations qui lui sont imposées, les mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints. On voit ainsi que le régime juridique de prise en charge de l'activité constitue un élément essentiel au sein de ce faisceau d'indices. Il appartient ainsi au juge de rechercher l'existence d'obligations particulières imposées à l'activité en question, mais aussi la présence de procédures permettant d'évaluer ou de sanctionner l'observation de ces obligations particulières assignées à la personne privée.

Le régime juridique exorbitant constitue ainsi parfois un critère d'identification du service public face à la difficulté de définir la notion de service public de manière abstraite et objective. Néanmoins, le régime juridique spécial en question ne se confond pas avec une application exclusive et générale des règles du droit administratif. La partie du droit public applicable aux services publics est, en effet, variable en fonction de la nature de l'activité

---

<sup>941</sup> CE, 28 juin 1963, *Narcy*, Rec., p. 401.

<sup>942</sup> CE, 22 fév. 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, n° 264541 Rec., p. 92.



faisant l'objet du service, ainsi que du statut juridique de la personne chargée de son exécution. En ce sens, les règles de droit public sont moins présentes au sein du régime juridique des services publics industriels et commerciaux ou encore des services publics administratifs gérés par des personnes privées. En revanche, en cas de service public administratif géré par une personne publique, le régime de droit administratif est généralement prépondérant. Cependant, toute activité de service public combine nécessairement, pour sa prise en charge, des règles de droit privé et des règles de droit public.

Toutefois, il existe un noyau dur, un fondement en commun du régime juridique de tous les services publics. Ce noyau dur est composé par les principes de service public formulés par le juriste Louis Rolland à partir d'une analyse et d'une systématisation de la jurisprudence administrative de son époque. Les principes communs à tous les services publics sont souvent désignés comme des principes classiques, des principes fondamentaux, voire comme des « lois » de service public, dans la mesure où ils sont consubstantiels à toute activité de service public. Ils s'appliquent ainsi à tous les services publics « indépendamment de leur caractère administratif ou industriel et commercial et indépendamment de leur mode de gestion.<sup>943</sup>» Les principes initialement érigés en principes fondamentaux des services publics restent toujours d'actualité : le principe d'égalité, le principe de continuité et le principe de mutabilité du service public. Plus récemment, un nouveau principe est venu compléter le régime juridique commun des services publics et c'est le principe de neutralité. Par ailleurs, ces principes engendrent des droits et des obligations pour la personne publique responsable du service, pour le gestionnaire et pour les usagers des services publics. De la même manière, ces principes classiques ont une importance sur le plan symbolique, dans la mesure où ils servent à exprimer la « 'non-économicités' des services publics et leur soustraction au souci de rentabilité. »<sup>944</sup>

Les « lois de Rolland » pourraient également être complétées, au sein du régime juridique des services publics, par certains principes plus contemporains, qui constituent des nouvelles obligations dans le fonctionnement des services publics et qui sont énumérées par la circulaire Juppé de 1995. Pour autant, ces différents principes ne font pas, pour le moment, l'objet d'une application suffisamment uniformisée pour pouvoir être intégrés au sein du régime juridique commun à tous les services publics. De la même manière, ils se présentent

---

<sup>943</sup> DONIER, Virginie, « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *op.cit.*

<sup>944</sup> TRUCHET, Didier, « Unité et diversité des 'grands principes' du service public », *AJDA*, 1997, p. 38.

moins comme des obligations exorbitantes imposées aux activités de service public, que comme des techniques de bonne gestion empruntées du secteur des entreprises privées.

Il faut souligner cependant, que certains services publics peuvent présenter un degré supérieur de régime exorbitant dans leur fonctionnement. C'est le cas des organismes de service public disposant des prérogatives de puissance publique comme, par exemple, des droits exclusifs sur le marché ou encore du pouvoir de prendre des décisions unilatérales. De la même manière, en cas de service public administratif géré par une personne publique, le régime de droit public régit en principe l'essentiel de l'activité et de l'organisme gestionnaire de service public.

Dans le domaine de la santé, la notion de service public a depuis longtemps fait l'objet d'une définition par la loi. Par ailleurs, les réformes adoptées dans le secteur sanitaire ont bâti un régime juridique propre à la notion de service public en matière de santé.

## 2. La formation d'un régime juridique propre à la notion de service public dans le domaine de la santé

Les réformes sanitaires Boulin de 1970 et Bachelot de 2009 ont mis en place un régime juridique propre à la notion de service public dans le domaine de la santé. Ce régime juridique comportait les principes fondamentaux de tous les services publics, mais également un certain nombre de nouveaux principes, essentiellement introduits par la loi Bachelot. En ce sens, on peut constater que dès l'origine, le service public dans le domaine de la santé était soumis à certaines obligations spéciales. En revanche, ce service public pourrait également être décrit comme un service public quasi-dépourvu des prérogatives de puissance publique<sup>945</sup>. En effet, le régime de droit public en la matière varie surtout en fonction du statut juridique du gestionnaire du service public : public, privé à but non lucratif ou privé à but lucratif.

---

<sup>945</sup> Sous l'égide de la réforme hospitalière du 31 décembre 1970, les établissements de santé privés concessionnaires du service public hospitalier disposaient néanmoins d'une prérogative de puissance publique qui résultait du monopole qui leur était garanti sur l'activité hospitalière dans leur zone de dessert (art. 42-1° de la loi n°70-1318 du 31 décembre 1970). Ceci étant, les prérogatives de puissance publique liées à la prise en charge des missions de service public en matière de santé ont disparu dans le cadre de la réforme HPST du 21 juillet.

La réforme hospitalière de 1970 était pour autant assez lapidaire sur les obligations du service public hospitalier. Elle avait procédé ainsi à un « rappel ponctuel » de deux principes de la trilogie des « lois de Rolland » mais dont le respect apparaissait comme indispensable pour le fonctionnement régulier du service public en matière de santé. Il s'agissait des principes d'égalité et de continuité du service public hospitalier. Ces principes ont été repris par la réforme Bachelot de 2009 pour les missions de service public en matière de santé

Le principe d'égalité est l'une des valeurs fondamentales de la République française, mais également du système de santé français. En tant que principe du fonctionnement des services publics, l'égalité a une valeur constitutionnelle expressément reconnue par le Conseil Constitutionnel<sup>946</sup>. Elle a également le statut de principe général de droit dans le cadre de la jurisprudence du Conseil d'Etat<sup>947</sup>.

Dans son acceptation classique en droit français, le principe d'égalité du service public est appréhendé de manière formelle. Cela implique, plus précisément, que tous les usagers d'un service public doivent être traités de manière identique. Le principe d'égalité a ainsi deux conséquences majeures à l'égard des usagers<sup>948</sup>. Il implique, tout d'abord, un droit à l'égal accès au service public pour tous les candidats usagers de celui-ci, une fois que ces derniers remplissent les conditions légales requises pour accéder au service public en question. En ce sens, l'accès à un service public ne pourrait pas être refusé à un candidat usager pour un motif discriminatoire. Le deuxième aspect du principe classique d'égalité implique que celle-ci soit garantie entre les usagers effectifs du service public sein du fonctionnement de celui-ci. Ces deux dimensions classiques du principe d'égalité se retrouvent pleinement garanties pour le service public dans le domaine de la santé. Ainsi, la loi Boulin avait insisté sur l'égal accès au service public hospitalier au profit de toute personne dont l'état de santé le nécessitait, ainsi que sur l'interdiction des discriminations, dans le cadre de l'activité des soins, entre les patients hospitalisés au sein du service public hospitalier<sup>949</sup>. La loi Bachelot est revenue sur ces exigences classiques, tout en soulignant le

---

<sup>946</sup> V. Cons.Cost. ,12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, n° 79-107 DC cons.4, et, plus récemment, Cons.Const., 27 juin 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, n° 2001-446 DC, cons.15.

<sup>947</sup> CE, 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*, Rec ; p. 151.

<sup>948</sup> V. DU BOIS DE GAUDISSION, Jean, *L'usager du service public administratif*, Thèse, p. 177 et s.

<sup>949</sup> Art .3 de la loi n°70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière préc.

caractère absolu du principe d'égalité dans le champ des soins qualifiés de service public. Ces soins devraient par ailleurs avoir le même niveau de qualité pour tous les usagers<sup>950</sup>.

A l'image du principe d'égalité, le principe de continuité est général et s'applique à toute l'organisation politique et juridique dans le contexte français. La continuité de la vie nationale est ainsi « un des principes clefs du système juridique étatique, c'est de ce principe que se déduit et est développé logiquement le principe de continuité de service public.<sup>951</sup> » De la même manière, comme le principe d'égalité du service public, le principe de continuité a été consacré à la fois comme principe général de droit<sup>952</sup> et comme principe à valeur constitutionnel<sup>953</sup>. Dans son acceptation classique, le principe de continuité a une dimension temporelle et implique le fonctionnement régulier et ponctuel des services publics afin de garantir un accès et un fonctionnement normal au profit des usagers. Cependant, l'exigence de fonctionnement régulier du service public s'apprécie différemment selon l'objet du service public. Ainsi, en ce qui concerne le service public dans le domaine de la santé, le principe de continuité implique son fonctionnement permanent et interrompu, notamment en ce qui concerne les missions de service public dans le domaine des soins. En ce sens, la loi hospitalière de 1970 avait précisé que les établissements du service public hospitalier devaient être en mesure d'accueillir les malades, de jour et de nuit ou, en cas d'impossibilité, d'assurer leur admission dans un autre établissement appartenant au service public hospitalier. Quant à la loi Bachelot, elle avait fait de l'activité de permanence des soins une mission de service public et avait explicitement mentionnée l'obligation, pour toute personne chargée de l'exécution d'une ou plusieurs missions de service public, d'assurer, la permanence de l'accueil et de la prise en charge, ou, le cas échéant, l'orientation vers un autre établissement ou une autre institution. Le principe de fonctionnement permanent des services publics dans le domaine de la santé a des conséquences importantes sur les professionnels et les personnels de santé qui peuvent être soumis à des heures supplémentaires de service ou encore à des

---

<sup>950</sup> Art. 1-IV° de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires préc.

<sup>951</sup> GUGLIELMI, Gilles J., KOUBI, Geneviève, LONG, Martine, *Droit du service public*, *op.cit.*, p. 281.

<sup>952</sup> V. CE, 7 août 1909, *Winkel*, n° 37325, Rec., p. 826 ; CE, 13 juin 1980, *Mme Bonjean*, Rec., p. 974.

<sup>953</sup> V. Cons. Const. 25 juillet 1979, *Loi relative à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, n° 79-105 DC ; V. aussi Cons. Const., 14 avril 2005, *Loi relative aux aéroports*, n° 2005-513 DC, cons. 5.

gardes et des astreintes<sup>954</sup>, voire à une limitation de leur droit de grève au vu d'assurer un fonctionnement minimum des activités essentielles de service public<sup>955</sup>.

Cependant, ni la loi Boulin en 1970, ni la loi Bachelot en 2009 n'avaient mentionné parmi les principes du service public en matière de santé la loi classique de mutabilité des services publics. Il s'agit d'un principe qui implique la nécessité d'adaptation permanente des services publics aux variations de leur environnement et à l'évolution des besoins d'intérêt général. Cependant, comme le souligne la doctrine juridique, le principe de mutabilité est consubstantiel au service public dans le domaine de la santé et ne nécessite pas, de ce fait, une reconnaissance expresse pour faire partie du régime juridique de la notion de service public dans le champ sanitaire<sup>956</sup>.

En 2009, avec la réforme Bachelot, le régime juridique propre à la notion de service public dans le domaine de la santé a été enrichi par deux principes inspirés de la notion européenne de service universel : le principe de qualité des missions de service public, notamment des soins, ainsi que le principe d'accessibilité financière des missions de service public, qui s'est concrétisé, dans le domaine de la santé, par l'obligation pour les professionnels de santé de respecter les tarifs réglementaires ou conventionnels dans la prise en charge des patients.

Les réformes sanitaires Boulin et Bachelot ont permis de construire le régime juridique attaché à la notion de service public dans le domaine de la santé. Or, avec l'entrée en vigueur de la loi Touraine de 2016 est apparue une nouvelle conception de la notion de service public en matière de santé qui est une conception principalement juridique. Le service public hospitalier devient ainsi « un régime juridique particulier sous lequel des missions non spécifiques peuvent être exercées.<sup>957</sup> » En ce sens, en droit de la santé, les obligations exorbitantes ne sont plus une conséquence attachée à la notion de service public. Elles en constituent désormais l'essence et le critère principal de définition.

---

<sup>954</sup> CE, 25 févr. 1987, *Hôpital-hospice de Montbard*, n° 54275, Rec., p. 74.

<sup>955</sup> La garantie d'un service minimum en cas de grève des professionnels et des personnels de santé suppose l'organisation de ce service minimum par le directeur de l'établissement, ainsi que l'assignation du personnel à cet effet (CE, 14 oct. 1977, *Syndicats CGT et CFDT*, Rec. p.83). Un exercice du pouvoir de réquisition par le représentant de l'Etat dans le département est également envisageable, le cas échéant.

<sup>956</sup> V. MOQUET-ANGER, Marie Laure, *Droit hospitalier*, op.cit., pp. 121-123

<sup>957</sup> APPOLLIS, Benoît, TRUCHET, Didier, *Droit de la santé publique*, op.cit., p. 228.

## B. La définition du service public hospitalier par référence aux obligations de service public

Le professeur Jacques Chevalier affirme, que parmi ses multiples significations, la notion de service public peut s'entendre comme une notion juridique entraînant l'application des règles de droit spécifiques. Cette approche juridique et formelle de la notion de service public a été privilégiée par la loi de modernisation de notre système de santé de 2016. En ce sens, le service public hospitalier est désormais défini essentiellement par référence à ses obligations spécifiques, qui sont censées s'appliquer lors de son exécution. On assiste ainsi à la consécration de la notion d'obligation de service public dans le domaine hospitalier.

En ce sens, la loi Touraine a contribué à préciser et à enrichir le régime juridique attaché à la notion de service public hospitalier (1). La doctrine juridique a présenté la nouvelle conception du service public hospitalier comme une démarche de transposition de l'approche européenne des services d'intérêt général en matière de services de santé<sup>958</sup>. Cependant, la transposition de la notion européenne d'obligation de service public est restée incomplète dans le cadre de la réforme de modernisation de notre système de santé (2).

### 1. L'enrichissement du régime juridique de la notion de service public hospitalier

En vertu de l'article L. 6112-1 du Code de la santé publique, le service public hospitalier s'entend désormais comme un régime juridique spécifique, qui s'applique à toute l'activité des établissements de santé responsables de sa prise en charge et qui comporte plusieurs obligations spéciales pour ces derniers. Ces obligations sont détaillées par l'article L. 6112-2 du Code de la santé publique. Cet article construit un régime juridique très précis et détaillé du nouveau service public hospitalier. Ce régime juridique est composé par les principes du régime juridique classique de la notion de service public dans le domaine de la santé, qui se trouvent complétés par un certain nombre d'obligations nouvelles.

La loi de modernisation de notre système de santé est ainsi la première réforme sanitaire qui procède à un rappel symbolique de tous les principes classiques du service public, qui se trouvent ainsi consacrés pour le service public hospitalier dans l'article L. 6112-

---

<sup>958</sup> V. BOUSSARD, Sabine, « Les vicissitudes du service public hospitalier », *RFDA*, 2016, p. 565 ; CRISTOL, Danièle, « Les habits neufs du service public hospitalier », *RDSS* 2016, p. 643 ; VIOUJAS, Vincent, « La résurrection du service public hospitalier » *AJDA* 2016, p. 1272.

2 du Code de la santé public. Le service public hospitalier doit ainsi obligatoirement fonctionner dans le respect de ces principes de base qui sont l'égalité d'accès et de prise en charge, la continuité, l'adaptation et la neutralité. Le législateur de 2016 a fait une référence explicite à des principes classiques, qui n'ont jamais été expressément consacrés pour le service public dans le domaine sanitaire, comme c'est le cas du principe d'adaptation ou encore du principe plus récent de neutralité<sup>959</sup>.

La portée de ces différents principes à l'égard des établissements de santé chargés de l'exécution du service public hospitalier et des professionnels de santé qui exercent en leur sein est précisée par l'article L. 6112-2-I du Code de la santé publique, qui est relatif aux obligations de service public hospitalier-garanties pour les usagers. C'est au sein de cet article que sont mentionnés tous les principes consubstantiels au fonctionnement du service public hospitalier, faisant partie du régime juridique propre à la notion de service public dans le domaine de la santé : l'égalité d'accès et de prise en charge, la continuité, la qualité des prestations, l'accessibilité financière par le respect des tarifs réglementaires ou conventionnels. Cependant, ces principes classiques se trouvent désormais davantage adaptés à la fois à la spécificité de l'activité sanitaire, et aux évolutions qu'a subi leur interprétation depuis leur première conceptualisation en droit français au début des années 1900. C'est le cas en particulier des principes d'égalité et de continuité du service public hospitalier.

Il convient de rappeler ainsi, qu'en droit français, le principe d'égalité était classiquement envisagé sous une dimension strictement juridique et formelle. Le principe d'égalité formelle des citoyens devant le droit se déclinait ainsi en une exigence de traitement formellement identique de tous les usagers par les services publics, que ce soit au moment de l'accès au service public, qu'au niveau du fonctionnement de celui-ci. Néanmoins, la jurisprudence administrative avait progressivement admis l'hypothèse d'un traitement différent des usagers de service public se trouvant dans des situations différentes par rapport au service, voire les dérogations apportées à ce principe par l'administration, à condition qu'elles soient justifiées par un motif d'intérêt général en lien direct avec le service<sup>960</sup>. Cependant, il ne s'agit ici que d'une possibilité laissée à l'appréciation de l'administration responsable du service public. En ce sens, le principe d'égalité n'a jamais impliqué, en droit

---

<sup>959</sup> Sur le principe de neutralité du service public : V. LACHAUME, Jean-François et al., *Droit des services public, op.cit.*, p. 669 et s. Sur le principe de neutralité du service public hospitalier : V. ; MOQUET-ANGER, Marie Laure, *Droit hospitalier, op.cit.*, p. 117 et s.

<sup>960</sup> V. CE, séct., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, n° 88032 88148, Rec., p. 274.

français, une obligation de traiter différemment les situations différentes<sup>961</sup>. Néanmoins, comme l'évoque le Conseil d'Etat dans son rapport public consacré au principe d'égalité, l'égalité des droits ne permet pas dans toutes les circonstances de garantir une égalité des chances entre les citoyens<sup>962</sup>. Pour cette raison, et sous l'influence de la jurisprudence européenne<sup>963</sup>, il a fallu envisager une forme plus équitable de l'égalité<sup>964</sup> au bénéfice de certains individus ou de certains groupes défavorisés. Dans le champ des services publics cela a impliqué de tenir compte de la situation concrète des usagers et de prévoir des inégalités de traitement pour établir une égalité réelle entre ces derniers au sein du service.

En ce sens, la loi de modernisation de notre système de santé confirme l'aspect classique du principe d'égalité du service public hospitalier, qui implique la garantie d'un égal accès à ses activités en absence de toute discrimination entre les candidats-usagers. Néanmoins, la loi établit des groupes d'usagers « prioritaires » du service public hospitalier. Entrent dans cette catégorie, d'une part, les personnes en situation d'handicap et, d'autre part, les personnes en situation de précarité sociale<sup>965</sup>. Ces personnes doivent ainsi bénéficier d'un accueil adapté à leur situation particulière. Cependant, la charte du patient hospitalisé de 1996<sup>966</sup>, avait déjà mentionné la nécessité de prévoir des aménagements au sein du service public hospitalier pour garantir un accueil adapté aux personnes souffrant d'un handicap physique, mental ou sensoriel. De la même manière, cette charte précisait que l'accès au service public hospitalier devait être garanti en particulier aux personnes les plus démunies. En ce qui concerne la prise en charge au sein du service public hospitalier, la loi Touraine prévoit que les soins délivrés doivent avoir une qualité identique. Toutefois, le délai de prise en charge doit être adapté à l'état de santé de chaque patient. Il existe ainsi une évolution vers une approche plus subjective du principe d'égalité du service public, qui se trouve pleinement consacrée dans le cadre du fonctionnement du service public hospitalier.

Pour ce qui est de l'évolution dans l'interprétation du principe de continuité du service public, sa dimension classique et temporelle a été progressivement enrichie par une nouvelle

---

<sup>961</sup> V. CE, Ass., 28 mars 1997, *Société Baxter et autres*, n° 179049 179050 179054, *RFDA* 1997, p. 450.

<sup>962</sup> Conseil d'Etat, *Sur le principe d'égalité*, *op.cit.*, p. 80.

<sup>963</sup> Selon la Cour de justice de l'Union européenne, une discrimination matérielle peut consister dans le fait de traiter de manière identique des situations non similaires : V. CJCE, 17 juill. 1963, *Italie c. Commission*.

<sup>964</sup> V. TRUCHET, Didier, « La dualité égalité et équité dans le service public » in LAMBERT, Thierry (dir.), *Egalité et équité. Antagonisme ou complémentarité ?*, Paris, Economica, 1999, p. 83.

<sup>965</sup> Art. L. 6112-2-1 al. 1 du CSP.

<sup>966</sup> Circulaire DGS/DH/95 n°22 du 6 mai 1995 relative aux droits des patients hospitalisés et comportant une charte du patient hospitalisé remplacée par la circulaire DHOS/E1/DGS/SD1B/SD1C/SD4A n° 2006-90 du 2 mars 2006 relative aux droits des personnes hospitalisées et comportant une charte de la personne hospitalisée. V. égal. JEAN, Philippe, *La charte du patient hospitalisé*, Paris, Berger-Levrault, 1996.



revendication portant sur la continuité spatiale ou territoriale des services publics. En effet, l'une des déclinaisons de la continuité territoriale consiste dans l'objectif de répartition des services publics sur l'ensemble du territoire national dans le cadre de la politique d'aménagement du territoire<sup>967</sup>. En ce sens, la continuité spatiale des services publics est censée garantir une forme d'égalité territoriale face au service public<sup>968</sup>. Ainsi, au-delà de l'obligation classique de permanence d'accueil et de prise en charge, les établissements du service public hospitalier sont désignés, par la réforme Touraine, comme le suppléant, en dernier ressort, à la carence de la continuité territoriale de l'offre de soins<sup>969</sup>. Dans cette logique, ces établissements sont soumis, par l'article L. 6112-2-III du Code de la santé publique, soit à une obligation d'engager des actions de coopération<sup>970</sup>, soit à une obligation de développer des actions pour répondre aux besoins non satisfaits de la population de son territoire de dessert<sup>971</sup>.

La loi de modernisation de notre système de santé avait également renforcé les obligations relatives au fonctionnement du service public hospitalier au travers de deux nouveaux principes obligatoires : l'obligation de participation des usagers et l'obligation de transparence<sup>972</sup>.

En ce qui concerne la participation des usagers, celle-ci se trouve consacrée essentiellement sous une forme institutionnelle. Cette obligation implique, plus précisément, de garantir la participation des représentants des usagers du système de santé au sein des organes des établissements de santé assurant le service public hospitalier (conseils d'administration ou conseils de surveillance)<sup>973</sup>.

Le principe de transparence est érigé également en obligation s'imposant au fonctionnement du service public hospitalier. A l'image de la démarche-qualité, l'exigence de transparence a progressivement envahi l'ensemble des services publics. Cependant, dans le

---

<sup>967</sup> V. *infra*, p. 585-588.

<sup>968</sup> SENAT, Melody, « Quelques remarques terminologiques sur la notion de continuité territoriale » in KOUBI, Geneviève, LE FLOCH, Guillaume, J. GUGLIELMI, Gilles (dir.), *La notion de continuité, des faits au droit*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 136-139.

<sup>969</sup> MOQUET-ANGER, Marie-Laure, « La continuité et l'accès aux services de santé » in TABUTEAU, Didier (dir.), *Service public et santé*, Paris, Editions de santé Presses de Sciences Po, 2012, p. 31.

<sup>970</sup> Art. L. 6112-2-III-1°, 3°, 4° du CSP, V. LAMI, Arnaud, VIOUJAS, Vincent, *Droit hospitalier, op.cit.*, p. 52. Les auteurs identifient une nouvelle obligation à la charge des établissements du service public hospitalier - l'obligation de coopérer pour structurer les parcours de soins.

<sup>971</sup> Art. L. 6112-2-III-1°, 4°, 5° du CSP.

<sup>972</sup> Art. L. 6112-2-II du CSP.

<sup>973</sup> Cependant, l'article L. 6112-2-II-1° du CSP prévoit qu'en l'absence de conseil d'administration, de conseil de surveillance ou d'organe en tenant lieu, le chef d'établissement est tenu de consulter les représentants des usagers siégeant au sein de la commission des usagers, prévue à l'article L. 1112-3, sur la stratégie et la gestion de l'établissement, dans des conditions fixées par voie réglementaire. V. art. R. 6112-4-II du CSP., V., *infra*, p. 521.

domaine des services publics administratifs et notamment des services publics de puissance publique, la règle de transparence a été développée dans l'objectif d'améliorer la relation entre l'administration et l'administré. En revanche, dans le domaine des services publics industriels et commerciaux la logique de transparence a été appliquée à la gestion-même du service en imposant notamment la transparence des comptes des délégataires du service public<sup>974</sup>. En ce sens, pour le service public hospitalier, l'obligation de transparence a été concrétisée au travers de l'exigence d'une transmission annuelle des comptes d'exploitation des établissements du service public hospitalier à l'agence régionale de santé de leur ressort régional. Or, il s'agit ici moins d'une exigence de transparence à l'égard des usagers du service public hospitalier, qu'à l'égard des institutions de l'Union Européenne. En effet, l'obligation de transmission annuelle des comptes des établissements du service public hospitalier est censée, avant tout, garantir la transparence de leur financement et la comptabilité des subventions publiques qu'ils peuvent recevoir avec le droit européen de la concurrence.

La nécessité de rendre le service public hospitalier compatible avec le droit de l'Union Européenne permet, par ailleurs, de mieux comprendre la nouvelle conception de la notion de service public hospitalier qui a été introduite en 2016. En apparence, le service public hospitalier renouvelé s'inscrit dans le cadre de l'approche européenne des services d'intérêt général. Ce constat se vérifie par l'identification du service public hospitalier par référence aux obligations de service public. Cependant, une analyse plus approfondie de la réforme Touraine de 2016 permet de constater que la transposition de la notion européenne d'obligation de service public dans le domaine hospitalier est restée inaboutie<sup>975</sup>.

## 2. La transposition imparfaite de la notion européenne d'obligation de service public

Le choix d'une définition principalement juridique de la notion de service public hospitalier, par référence à un ensemble d'obligations juridiques spéciales, pourrait laisser penser que le législateur de 2016 avait transposé, en droit de la santé, la notion européenne d'obligation de service public. Or, malgré les apparences, la notion de service public hospitalier reste principalement inscrite dans le cadre de la conception française classique du service public.

---

<sup>974</sup> V. BRACONNIER, Stéphane, *Droit des services publics, op.cit.*, p 324.

<sup>975</sup> *Infra*, p. 456-460.

Il faut souligner ici, que la notion d'obligation de service public n'est pas une notion spécifique au droit de l'Union Européenne. Il existe aussi une notion française d'obligation de service public. En droit français, cette notion apparaît comme étroitement liée au procédé d'investissement d'une personne privée de l'exercice d'une mission d'intérêt général. Par ailleurs, la présence d'obligations particulières pesant sur l'exercice d'une activité privée pourrait être envisagée comme un indice au vu de la qualification de cette activité en mission de service public<sup>976</sup>. En ce sens, la notion française d'obligation de service public constitue une technique d'expansion de l'intervention publique, y compris dans le champ des activités originellement privées.

Il existe pour autant une notion d'obligation de service public, qui a été conceptualisée en droit de l'Union Européenne. Cette notion a été définie pour la première fois dans le domaine des services de transports par chemin de fer, par route et par voie navigable par le règlement (CEE) n° 1191/69 du Conseil du 26 juin 1969<sup>977</sup>. En vertu de l'article 2§1 de ce règlement, les obligations de service public sont des obligations que, si elle considérait son propre intérêt commercial, l'entreprise de transport n'assumerait pas ou n'assumerait pas dans la même mesure, ni dans les mêmes conditions. Plus récemment, le livre vert de la Commission européenne sur les services d'intérêt général 2003 précise que l'expression « obligations de service public » désigne les obligations spécifiques imposées par les autorités publiques à un fournisseur de service afin de garantir la réalisation de certains objectifs d'intérêt public<sup>978</sup>. En droit de l'Union Européenne, la notion d'obligation de service public est attachée à la catégorie particulière des services d'intérêt économique général (SIEG), dont l'exécution est normalement assurée au sein d'un environnement marchand et concurrentiel. En effet, « l'obligation de service public impose, dans sa conception européenne, une délimitation juridique stricte, par rapport à la concurrence sur le marché des besoins d'intérêt général auxquels sera soumis un tiers gestionnaire et elle implique la proportionnalité des mesures adoptées et des financements affectés strictement à l'activité externalisée.»<sup>979</sup> En ce sens, la technique de définition des obligations de service public est normalement censée favoriser l'externalisation des missions d'intérêt général, la contractualisation et la mise en

---

<sup>976</sup> V. *supra* : p. 170 et p. 278, sur la théorie du service public virtuel en droit français ; p. 318, sur le critère d'obligations de service public dans l'identification jurisprudentielle de la nature de service public d'une activité prise en charge par une personne privée (CE, 22 fév. 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, n° 264541 Rec., p. 92).

<sup>977</sup> Règl. du 26 juin 1969 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer par route et par voie navigable, JO 156, 28 juin 1969, p. 1-7.

<sup>978</sup> Livre vert de la Commission sur les services d'intérêt général, 21 mai 2003, JOCE 76, 25 mars 2004.

<sup>979</sup> ZIANI, Salim, « Du service public à l'obligation de service public », *op.cit.*, p. 61

concurrence pour leur attribution, ainsi que la détermination des financements stricts et proportionnés en compensation de leur exécution<sup>980</sup>. La notion européenne d'obligation de service public a ainsi été transposée dans certains secteurs de services en droit français, notamment en accompagnement d'un processus de dénationalisation et de démonopolisation des secteurs concernés<sup>981</sup>.

Cependant, l'approche européenne de la notion d'obligation de service public implique l'identification préalable des missions précises d'intérêt général, sur un secteur concurrentiel donné, dont l'exécution devrait s'effectuer selon un régime juridique dérogatoire de droit commun du marché. Une fois ces missions identifiées, il s'agirait également d'identifier les obligations spécifiques qui vont s'appliquer aux entreprises dans leur prise en charge. Cette démarche est rendue nécessaire afin de garantir le fonctionnement normal du marché en évaluant le financement strictement nécessaire pour compenser l'exécution des missions et des obligations de service public et en éliminant tout avantage concurrentiel susceptible d'être attribué à un opérateur économique.

Dans le secteur de la santé, la loi Bachelot de 2009 avait effectivement procédé à une tentative de transposition de l'approche européenne de la notion de service d'intérêt général. Cette réforme avait ainsi identifié les missions spécifiques d'intérêt général au sein du secteur de la santé, qui étaient qualifiées, par conséquent, en missions de service public. De la même manière, les obligations spécifiques, qui s'appliquaient à l'accomplissement de ces missions, ont été précisées. La prise en charge des missions de service public devrait par ailleurs s'effectuer, à termes, dans le respect du droit de la concurrence et sur la base d'une externalisation et d'une contractualisation au vu de leur exécution. Au final, la détermination des missions et des obligations spécifiques de service public était censée garantir la transparence et l'objectivisation des financements apportés en contrepartie de la prise en charge de ces missions.

Cependant, la loi Touraine de 2016 s'est écartée de la démarche entreprise par la loi Bachelot. Effectivement, la réforme du système de santé de 2016 avait davantage précisé et renforcé les obligations du service public hospitalier. En revanche, à la différence de la loi Bachelot, la loi Touraine n'avait pas procédé à la délimitation des missions spécifiques du service public hospitalier. En ce sens, le législateur avait opté pour l'intégration de toutes les

---

<sup>980</sup> *Ibid*, p. 61-62.

<sup>981</sup> V. par ex. : art. L. 35 du CPCE qui définit les obligations de service public dans le secteur des télécommunications électroniques ; Art. L. 121-1 et s. du Code de l'énergie définissant les obligations de service public dans le secteur de l'électricité.

missions générales des établissements de santé dans le champ matériel de la nouvelle notion de service public hospitalier. C'est en ce sens, que la spécificité du service public hospitalier, qui permet de le distinguer des activités hospitalières privées, réside désormais exclusivement dans le régime juridique de son exécution. En revanche, la définition du service public hospitalier par référence à des obligations spécifiques n'a pas été effectuée dans le but de pallier aux défaillances du marché dans le domaine sanitaire. A l'inverse, il s'agit davantage d'étendre le régime juridique dérogatoire attaché à la notion de service public à l'ensemble de l'activité hospitalière.

En ce sens, la nouvelle notion de service public hospitalier s'inscrit principalement au sein d'une logique de rupture avec la notion de mission de service public de santé qui existait sous l'égide de la réforme Bachelot.

## ***§2. Le retour de certains aspects classiques du service public hospitalier : une rupture symbolique avec la notion de missions de service public***

Il s'agit de constater ici que la loi de modernisation de notre système de santé de 2016 avait réintroduit, pour la notion de service public hospitalier, certains aspects traditionnels, relevant de la conception française classique du service public. En ce sens, la loi Touraine renoue avec le champ matériel extensif du service public dans le domaine de la santé. Elle réaffirme par ailleurs le rôle principal des établissements publics de santé et des établissements de santé privés d'intérêt collectif dans la prise en charge du service public hospitalier.

Il faut insister ainsi sur deux fragilités qui caractérisent la notion de service public hospitalier réintroduite en 2016. La première de ces fragilités est liée à la disparition de la spécificité matérielle du service public hospitalier, ce qui empêche de saisir les frontières entre la notion de service public hospitalier, d'un côté, et la notion de système hospitalier, voire de système de santé, d'un autre côté (A). De plus, la notion de service public hospitalier apparaît comme incompatible avec la démarche de coordination de l'ensemble des offreurs de soins. En effet, le retour de l'approche organique de la notion de service public hospitalier risque d'approfondir le cloisonnement du système de santé français autour de la notion de service public (B).

## A. L'évidement de l'approche matérielle du service public hospitalier

Dans le domaine de la santé, la notion de service public a toujours été définie du point de vue matériel, ce qui permettait de saisir une approche matérielle promue pour cette notion. Les différentes réformes sanitaires ont ainsi expressément mentionné les missions spécifiques relevant du champ de la notion de service public en matière de santé (1). Cependant, la réforme de modernisation de notre système de santé de 2016 opère un véritable tournant sur ce point. Elle met fin ainsi à la spécificité matérielle de la notion de service public hospitalier (2).

### 1. L'épanouissement initial de l'approche matérielle de la notion de service public dans le domaine de la santé

Les réformes sanitaires antérieures à la loi Touraine de 2016 ont promu une approche matérielle de la notion de service public dans le domaine de la santé en précisant les missions spécifiques relevant de son champ. En effet, le critère matériel était déjà l'un des éléments caractéristiques de la notion de service public hospitalier dans le cadre de la réforme hospitalière Boulin de 1970. Ce critère a été maintenu par les réformes sanitaires postérieures, jusqu'à ce qu'il ait été érigé en critère essentiel de la notion de service public en matière de santé par la loi Bachelot de 2009, qui a substitué à la notion de service public hospitalier la notion de missions de service public de santé.

En effet, depuis sa création officielle en droit français, en 1970, le service public hospitalier a fait l'objet d'une définition matérielle. Cette logique se comprend aisément, dans la mesure où la réforme Boulin a eu l'ambition de promouvoir une approche fonctionnelle du service public dans le domaine hospitalier, qui était ainsi envisagé comme fondement du système hospitalier. En ce sens, l'approche matérielle de la notion de service public avait pour effet d'intégrer plus facilement les personnes privées à l'exécution des missions de service public<sup>982</sup>. La notion de service public hospitalier était ainsi définie par référence à un ensemble de missions d'intérêt général susceptibles d'être prises en charge par des personnes aux statuts divers (les établissements hospitaliers publics et privés) et selon un régime juridique spécifique. La réforme hospitalière de 1970 avait procédé à une définition extensive

---

<sup>982</sup> LECLERQ, Claude, « La mission de service public », *op.cit.*

du champ matériel de la notion du service public hospitalier. Les missions spécifiques de ce service public étaient l'activité de soins (diagnostic et traitements des patients, soins d'urgence), l'enseignement et la formation du personnel médical, pharmaceutique et paramédical, la médecine préventive, la recherche médicale et pharmaceutique, l'éducation sanitaire. Cette démarche s'inscrivait dans la tradition dominante à l'époque d'une définition globalisée du service public en tant qu'un bloc de missions, souvent définies de manière large et imprécise<sup>983</sup>.

Par ailleurs, la réforme hospitalière de 31 juillet 1991 avait maintenu, mais également affiné, la définition matérielle du service public hospitalier. Cette réforme avait procédé, tout d'abord, à l'identification des missions générales exercées en commun par tous les établissements de santé<sup>984</sup>. En ce sens, l'activité de soins hospitaliers est devenue une mission relevant du système hospitalier, exercée par l'ensemble des établissements de santé, quel que soit leur rapport avec le service public hospitalier. La loi de 1991 avait procédé par la suite à l'énumération des missions spécifiques relevant du champ du service public hospitalier qui étaient l'enseignement, la formation continue, la recherche, la médecine préventive, l'aide médicale urgente<sup>985</sup>.

En ce sens, cette réforme hospitalière avait permis d'identifier et de distinguer le système hospitalier du service public hospitalier. Le système hospitalier regroupait ainsi l'ensemble des établissements de santé et déclenchait l'application à ces derniers d'un régime juridique particulier, qui était pour autant moins contraignant que le régime juridique attaché à la notion de service public hospitalier<sup>986</sup>. Cependant, la loi hospitalière de 1991 avait maintenu l'approche matérielle extensive du service public hospitalier, en précisant que celui-ci englobait non seulement les missions spécifiques expressément relevant de son champ matériel, mais également toutes les missions générales et communes aux établissements de

---

<sup>983</sup> V. par ex. l'art. 1 de la loi n° 64-621 du 27 juin 1964 portant statut de l'Office de radiodiffusion-télévision français en vertu duquel le service public de la radiodiffusion et de la télévision était censé de satisfaire les besoins d'information, de culture, d'éducation et de distraction du public.

<sup>984</sup> V. art. 2-II-Sect. 1 de la loi n° 91-748 du 31 juillet 1991 : Les missions générales des établissements de santé, publics et privés prévues par cette loi sont : le diagnostic, la surveillance et le traitement des malades, des blessés et des femmes enceintes en tenant compte des aspects psychologiques du patient, la participation à des actions de santé publique et notamment à toutes actions médico-sociales coordonnées et à des actions d'éducation pour la santé et de prévention, les soins de courte durée, les soins de suite et de réadaptation et les soins de longue durée

<sup>985</sup> V. art. 2-II-Sect. 2 de la loi n° 91-748 du 31 juil. 1991 préc. La loi énonce comme des missions singulières du service public hospitalier l'enseignement, la formation continue, la recherche, la médecine préventive, l'aide médicale urgente

<sup>986</sup> V. DE FORGES, Jean-Michel, « La réforme hospitalière de 1991 », *RDSS*, 1991, p. 527 et s.; TRUCHET, Didier, « La réforme hospitalière », *op.cit.*

santé<sup>987</sup>. Il en résultait, par conséquent, une difficulté dans la délimitation du système hospitalier et du service public hospitalier. Il existait encore, au sein des textes juridiques, une prééminence du service public hospitalier sur le système hospitalier.

C'est au final la loi Bachelot de 2009 qui avait retenu une approche exclusivement matérielle de la notion de service public en matière de santé, en distinguant nettement les missions générales de tous les établissements de santé, relevant du régime juridique du système de santé<sup>988</sup>, et les missions de service public, qui en raison de leur caractère d'intérêt général caractérisé, étaient labélisées en missions de service public et soumises à un régime juridique plus contraignant pour leur exercice<sup>989</sup>. La réforme Bachelot avait rompu, en outre, avec l'approche matérielle extensive de la notion de service public en matière de santé. On assistait ainsi à une nouvelle définition matérielle limitative de la notion de service public dans le champ sanitaire par référence aux quatorze missions spécifiques. En ce sens, c'est le rôle-même dédié à cette notion dans l'organisation du système de santé qui a été transformé. En effet, pour la première fois, le service public était érigé en mécanisme censé palier aux insuffisances du système de santé dans la satisfaction de certains besoins essentiels relevant du domaine de la santé. En ce sens le service public ne constituait plus le mode d'intervention de droit commun en matière de santé et n'était plus censé répondre à l'ensemble des besoins d'intérêt général existants. Il devait ainsi uniquement offrir ce que le système de santé n'était pas en mesure de livrer dans les mêmes conditions de garantie pour les usagers<sup>990</sup>.

Par ailleurs, une démarche comparable en matière de service public a été déjà mise en œuvre par le législateur français dans le cadre des secteurs des services en réseaux sur le

---

<sup>987</sup> *Ibid*, « Le service public hospitalier exerce les missions définies à l'article L.711-1 et, de plus, concourt (...) »

<sup>988</sup> Art. 1-I. et II. De la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 : La loi HPST avait ajouté aux missions générales des établissements de santé définies en 1991 la participation à la mise en œuvre de la politique de santé publique et des dispositifs de vigilance destinés à garantir la sécurité sanitaire, la réflexion sur l'éthique liée à l'accueil et la prise en charge médicale, l'élaboration et la mise en œuvre d'une politique d'amélioration continue de la qualité et de la sécurité des soins et la gestion des risques visant à prévenir et traiter les événements indésirables.

<sup>989</sup> Art. 1-IV. de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 établissait une liste de 14 missions de missions de service public : la permanence des soins, la prise en charge des soins palliatifs, l'enseignement universitaire et post-universitaire, la recherche, le développement professionnel continu des praticiens hospitaliers et non hospitaliers, la formation initiale et le développement professionnel continu des sages-femmes et du personnel paramédical et la recherche dans leurs domaines de compétence, les actions d'éducation et de prévention pour la santé et leur coordination l'aide médicale urgente, la lutte contre l'exclusion sociale, les actions de santé publique, la prise en charge des personnes hospitalisées sans leur consentement, les soins dispensés aux détenus en milieu pénitentiaire et, si nécessaire, en milieu hospitalier, les soins dispensés aux personnes retenues en application de l'article L. 551-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, ainsi que dans les centres médico-judiciaires de sureté.

<sup>990</sup> C'est en ce sens, que la loi Bachelot avait identifié comme des missions de service public essentiellement les activités qui n'étaient pas suffisamment rentables pour les prestataires du système de santé.



fondement des directives européennes<sup>991</sup>. En ce sens, selon certains commentateurs de la loi Bachelot, celle-ci avait procédé à la transposition dans le secteur sanitaire de certaines notions du droit de l'Union Européenne, tels que le service universel et le service d'intérêt général<sup>992</sup>. Or, d'autres auteurs ont exprimé leur regret que le législateur français ne soit pas allé jusqu'au bout de cette logique en remplaçant l'expression de missions de service public par celle, inspirée par le droit de l'Union Européenne, de missions d'intérêt général en matière de santé<sup>993</sup>.

Néanmoins, on pourrait interpréter la démarche retenue par le législateur français de 2009, d'identifier et de distinguer plusieurs types de missions au sein du système de santé comme les missions générales des établissements de santé, les missions de premier et de deuxième recours<sup>994</sup> et les missions de service public de santé, comme un signe de reconnaissance de sa part de l'existence d'un intérêt général attaché à l'ensemble de ces missions. Cependant, uniquement certaines de ces missions répondaient au critère d'intérêt général « caractérisé » ce qui justifiait ainsi leur qualification en missions de service public. Or, il s'agit ici de la mise en pratique, dans le domaine de la santé, d'une idée qui a été déjà développée sur le plan théorique. Ainsi, selon Marceau Long, les évolutions du contexte économique, social et politique, ainsi que l'influence du droit de l'Union Européenne, devaient conduire à obliger les autorités françaises à « mieux cerner le champ du service public » en plaçant sous son signe uniquement « les activités indispensables à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale » en laissant ainsi les autres activités « utiles à cet idéal » d'être assurées dans un cadre différent que celui du service public<sup>995</sup>.

Cependant, l'approche matérielle de la notion de service public dans le domaine de la santé a été totalement déconstruite par la réforme Touraine de 2016.

---

<sup>991</sup> V. par ex. Loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications, JO, 27 juill. 1996, p. 11384, qui libéralise et ouvre à la concurrence les services de télécommunications, tout en procédant à une définition matérielle du service public des télécommunications composé du service universel des télécommunications, des services obligatoires des télécommunications et des missions d'intérêt général dans le domaine des télécommunications.

<sup>992</sup> V. HENNION, Sylvie, « Services d'intérêt général, santé, et droit de l'Union européenne », *RDSS*, 2010, p. 993 ; V. *infra*, p. 444-447.

<sup>993</sup> TRUCHET, Didier, « Du service public hospitalier aux missions de service public en matière de santé », *op.cit.*, p. 59.

<sup>994</sup> *Supra*, p. 186 et s.

<sup>995</sup> LONG, Marceau, « Service public, services publics : déclin ou renouveau ? », *RFDA*, 1995, p. 497.

2. L'affaiblissement de la spécificité matérielle de la notion du service public hospitalier dans le cadre de la loi Touraine

La loi de modernisation de notre système de santé met fin à l'approche principalement matérielle de la notion de service public en matière de santé, qui consistait dans la définition des missions spécifiques relevant du service public. En ce sens, cette réforme sanitaire s'inscrit en rupture avec la loi Bachelot, mais également avec les réformes sanitaires précédentes. Par conséquent, la notion de service public hospitalier ne dispose plus d'une singularité matérielle au sein du système de santé français.

En effet, la loi Touraine avait maintenu la distinction classique, qui existe au sein du Code de la santé publique, entre les missions des établissements de santé et le service public hospitalier<sup>996</sup>. Cependant, le service public hospitalier se compose désormais exclusivement de missions générales exercées en commun par tous les établissements de santé. Ainsi, dans le but de revenir à une approche matérielle extensive du service public en matière de santé, la loi de modernisation de notre système de santé avait réintégré toute l'activité de soins des établissements de santé dans le champ matériel du service public hospitalier<sup>997</sup>. Parallèlement, cette réforme avait supprimé la qualification de missions spécifiques de service public, qui était traditionnellement rattachée à un certain nombre de missions, qui sont entrées ainsi dans la catégorie de missions générales des établissements de santé<sup>998</sup>. Il en résulte de ce procédé une nouvelle confusion drastique entre les missions relevant du système hospitalier et les missions relevant du service public hospitalier.

Ainsi, l'un des traits caractéristiques du service public hospitalier renouvelé, consiste dans la perte presque absolue de son identité matérielle au sein du système. S'il reste un élément d'identification matérielle de la notion de service public dans le domaine de la santé, on peut invoquer son caractère hospitalier. Cette notion englobe, en ce sens, uniquement des missions qui relèvent du champ du système hospitalier. Le contenu matériel de la notion de service public hospitalier est ainsi défini par référence aux missions des établissements de santé. Or, cette démarche paraît critiquable face à l'objectif de renforcer la coordination et la coopération de l'ensemble des offreurs de soins. En effet, c'est la réforme Bachelot de 2009

---

<sup>996</sup> V. art. L. 6111-1 et s. du CSP sur les missions des établissements de santé ; art. L. 6112-1 et s. du CSP sur le service public hospitalier.

<sup>997</sup> Art. L. 6111-1 du CSP.

<sup>998</sup> Toutes les quatorze missions qualifiées comme missions de service public sous l'égide de la loi HPST sont devenues, avec la loi MNSS, des missions susceptibles d'être prises en charge par tous les établissements de santé, publics et privés, à l'exception de l'aide médicale urgente.

qui était plus adaptée à cet objectif, dans la mesure où elle a consacré le principe l'ouverture des missions de service public de santé à une pluralité d'offreurs de soins, y compris à des acteurs traditionnellement opposés à l'approche de service public en matière de santé, comme c'est le cas, des professionnels de santé de ville, et notamment, des professionnels de santé libéraux.

Il ressort cependant, de l'article L. 6112-1 du Code de la santé publique, que l'aide médicale urgente est une mission de service public hospitalier, sans pour autant qu'elle soit classée parmi les missions attribuées à l'ensemble des établissements de santé par l'article L. 6111-1 du Code de la santé publique. Cependant, si cette mission était identifiée comme mission spéciale du service public hospitalier, c'était essentiellement pour des raisons pragmatiques, afin de permettre l'association au service public hospitalier des établissements de santé privés autorisés d'exercer l'activité d'aide médicale urgente, sans que ces derniers se voient imposer le respect les obligations de service public dans l'ensemble de leur activité.

Or, la principale difficulté qui résulte de l'affaiblissement de la spécificité matérielle de la notion de service public hospitalier réside dans la perte de son identité matérielle face au système hospitalier, voire du système de santé. Ainsi, paradoxalement, le retour de l'approche matérielle extensive du service public hospitalier avait conduit à l'approfondissement du concept du système hospitalier. En effet, le système hospitalier peut désormais assumer presque la totalité des missions hospitalières sous un régime de droit commun<sup>999</sup>. En ce sens, la complexité qui existait dans la délimitation de ces deux notions a été restituée et intensifiée par la réforme Touraine de 2016.

Par ailleurs, si l'on se place du point de vue de la notion générale du service public, la disparition du critère matériel du service public hospitalier est illustrative de la fragilité de la définition exclusivement matérielle de cette notion en tant que mission ou ensemble de missions d'intérêt général. Comme cela a été déjà souligné, toutes les activités de services, publiques ou privées, contribuent nécessairement, à un certain degré, à la satisfaction des besoins collectifs. Le lien avec l'intérêt général ne suffit pas, pour autant, pour justifier l'application à toutes les activités entreprises au sein de la société du régime juridique attaché à la notion de service public. Ce constat est particulièrement valable dans le secteur des services de santé. En effet, tous les services prodigués dans son cadre répondent à un objectif

---

<sup>999</sup> CRISTOL, Danièle, « Les habits neufs du service public hospitalier », *op.cit.*

d'intérêt général, qui est la protection de la santé humaine, individuelle et collective. Cela n'empêche pas que le système de santé français soit composé de certains offreurs de soins à statut privé qui contribuent à l'intérêt général, mais qui développent également leur activité sanitaire dans un but, au moins en partie, lucratif. Pour cette raison, certains commentateurs de la réforme Touraine, ont parlé d'une « érosion de la conception fonctionnelle du service public fondée sur des missions »<sup>1000</sup> signifiant ainsi le passage à une nouvelle notion exclusivement juridique du service public, qui serait utilisée au gré des pouvoirs publics pour attacher à certaines activités d'intérêt général un régime exorbitant de droit commun, composé essentiellement d'obligations spéciales. Cependant, la spécificité du secteur sanitaire, où tous services participent à la satisfaction des besoins d'intérêt général et à la réalisation du droit fondamental à la protection de la santé, sert à légitimer ici leur inscription dans le champ de la notion de service public.

Or, l'approche matérielle extensive de la notion de service public hospitalier sur le plan matériel, retenue par la loi Touraine, a conduit également à la renaissance de l'approche organique de la notion de service public dans le domaine de la santé.

#### B. La renaissance de l'approche organique du service public hospitalier

Dans le domaine de la santé, l'approche organique de la notion de service public a toujours occupé une place primordiale. D'une part, c'est l'Etat qui assume la haute responsabilité<sup>1001</sup> de ce service public, en assumant ainsi sa gestion stratégique au travers des agences régionales de santé. D'autre part, les établissements publics de santé sont des personnes morales de droit publics présumées être exclusivement dédiées à la satisfaction de l'intérêt général dans le domaine sanitaire. Pour cette raison, les établissements publics de santé sont souvent envisagés comme des services publics organiques, des institutions de service public en matière de santé. Il incombe ainsi par nature à ces derniers d'assurer la gestion opérationnelle, l'exécution du service public en matière sanitaire.

Cependant, l'approche organique n'a jamais été l'approche dominante de la notion de service public dans le domaine de la santé. En effet, le paradigme de l'association entre le service public et le secteur public n'a jamais existé au sein du secteur sanitaire, en raison de

---

<sup>1000</sup> TRUCHET, Didier, *Droit administratif, op.cit.*, p. 403.

<sup>1001</sup> V. sur la distinction entre la tâche de gestion stratégique et la tâche de gestion opérationnelle des services publics : GUGLIELMI, Gilles, *Introduction au droit des services publics, op.cit.* p. 72.

l'objectif de collaboration des offreurs de soins privés à la prise en charge des activités de service public en matière sanitaire.

Il convient de rappeler néanmoins, que la réforme Bachelot avait affaibli le critère organique de la notion de service public en matière de santé. Ainsi, la référence à la notion de missions de service public de santé a impliqué l'ouverture de la prise en charge de ces missions à l'ensemble des offreurs de soins sur un territoire donné, malgré un mécanisme de reconnaissance prioritaire au profit des établissements publics de santé pour l'exécution des missions énumérées dans la liste des missions de service public.

A l'opposé de la loi Bachelot, la loi Touraine avait réintroduit l'approche organique de la notion de service public dans le domaine de la santé. Or, en réalité, cette réforme avait maintenu le principe classique d'ouverture du service public hospitalier aux établissements de santé privés, en simplifiant par ailleurs les formules d'intégration de ces derniers dans le cadre de ce service public (1). Cependant, il apparaît, en réalité, que la loi Touraine avait très largement exclu les établissements de santé privés à statut commercial de la prise en charge du service public hospitalier renouvelé(2).

#### 1. Le maintien de l'ouverture organique du service public hospitalier : la simplification des procédures d'intégration des établissements de santé privés

Le service public dans le domaine de la santé, y compris dans sa version initiale de 1970, est l'un des services publics qui n'a « jamais été réductible aux seuls établissements publics de santé.<sup>1002</sup> » Il a été, en ce sens, toujours ouvert aux établissements de santé privés pour son exécution.

Cependant, à l'image des réformes sanitaires précédentes, la loi Touraine a maintenu l'approche organique de la notion de service public hospitalier en désignant explicitement les établissements publics de santé et les hôpitaux des armées comme chargés de droit de l'exécution du service public hospitalier<sup>1003</sup>. Or, la prise en charge du service public hospitalier par les établissements de santé privés est également favorisée par le biais de la simplification des procédures juridiques prévues en la matière.

---

<sup>1002</sup> LAMI, Arnaud, VIOUJAS, Vincent, *Droit hospitalier, op.cit.*, p. 54.

<sup>1003</sup> Art. L. 6112-3-1° et 2° du CSP.

La réforme de modernisation de notre système de santé a mis en place une procédure unique au vu de l'exécution du service public hospitalier par les établissements de santé privés, qui est la procédure d'habilitation. Dans le domaine du service public hospitalier, une habilitation peut être octroyée par le directeur général de l'Agence régionale de santé aux établissements de santé privés volontaires et ayant formulé une demande pour être intégrés dans le champ du service public hospitalier. L'habilitation pourrait être définie comme une investiture unilatérale de la part de l'autorité administrative, (en l'occurrence l'Agence régionale de santé) octroyant à un établissement de santé privé le pouvoir d'exécuter le service public hospitalier<sup>1004</sup>. Il s'agit, en ce sens, d'une sorte d'autorisation administrative préalable permettant au directeur général de l'Agence régionale de santé d'attester que les établissements de santé souhaitant intégrer le service public hospitalier sont capables de respecter les charges liées à son exécution. Pour cette raison, l'habilitation est octroyée à la suite de l'examen d'un dossier justificatif, qui doit être déposé par chaque établissement de santé privé à l'appui de sa demande. Ce dossier est censé permettre à l'autorité administrative de s'assurer que l'organisation et le fonctionnement de l'établissement sont adaptés à l'exécution des obligations du service public hospitalier<sup>1005</sup>. Par ailleurs, il ressort de l'article R. 6112-2 du Code de la santé publique, que le directeur général de l'Agence régionale de santé dispose d'une marge de manœuvre dans l'octroi des habilitations. Il se voit laisser ainsi une certaine liberté d'appréciation dans l'adoption de la décision relative à la conformité ou à la non-conformité des éléments des dossiers justificatifs des candidats aux exigences liées à l'exécution du service public hospitalier.

Ainsi, la formule de l'habilitation pour l'exécution du service public hospitalier apparaît comme particulièrement simple et avantageuse, notamment pour les établissements de santé privés à statut commercial, dans la mesure où ils ne sont plus liés par les contraintes de l'ancienne formule contractuelle de la concession<sup>1006</sup>. De plus, l'habilitation d'assurer le service public hospitalier n'est pas octroyée pour une durée déterminée mais prend fin, en principe, à la demande de l'établissement<sup>1007</sup>.

---

<sup>1004</sup> V. CORNU, Gérard, *Vocabulaire juridique, op.cit.*

<sup>1005</sup> Art. R. 6112-1 du CSP ; V. Arrêté du 12 janvier 2017 relatif au dossier de candidature au service public hospitalier ainsi qu'au contenu de l'avis des représentants d'usager dans les établissements assurant le service public hospitalier ne disposant pas de conseil d'administration, de conseil de surveillance ou d'organe en tenant lieu, JO, 21 janv. 2017, texte n° 23.

<sup>1006</sup> V. *supra* : p. 297-298.

<sup>1007</sup> Art. R. 6112-2 du CSP.

Cependant, à la lecture de l'article L. 6112-3 du Code de la santé publique et du décret du 8 novembre 2016 relatif aux établissements de santé assurant le service public hospitalier<sup>1008</sup>, il apparaît une distinction, dans le cadre de la procédure d'habilitation, entre les établissements privés d'intérêt collectif et les autres établissements de santé. Les établissements privés d'intérêt collectif bénéficient, en effet, d'une habilitation de plein droit pour exécuter le service public hospitalier, ce qui veut dire que ces établissements sont présumés exécuter le service public hospitalier, sauf en cas de refus explicite de leur part. En revanche, les autres établissements de santé privés doivent obligatoirement solliciter une habilitation pour exécuter le service public hospitalier et accompagner leur demande de deux documents importants : le dossier justificatif, ainsi que l'avis favorable conforme de la conférence médicale d'établissement<sup>1009</sup>. En effet, l'avis favorable conforme de la conférence médicale de l'établissement est exigé afin d'attester, que l'établissement, qui adresse la demande d'habilitation s'engage à respecter, pour l'ensemble de son activité, les tarifs opposables des actes de soins fixés par la Sécurité sociale. Cela suppose, en réalité, un engagement de la part des médecins de l'établissement de ne pas pratiquer des dépassements d'honoraires pour l'ensemble de leur activité de soins au sein de l'établissement privé.

Cependant, à la lumière de la réforme Boulin de 1970, la loi Touraine de 2016 a conservé une formule plus souple à l'égard des établissements de santé privés, qui est la formule d'association au service public hospitalier. Toutefois, en vertu de l'article L. 6112-5 du Code de la santé publique, la technique de l'association ne peut jouer que pour une activité particulière du service public hospitalier, qui est l'activité de soins d'urgence. Cet article prévoit, en effet, que les établissements de santé privés associés au service public hospitalier sont tenus de respecter les obligations découlant de l'article L. 6112-2-I° du Code de la santé publique, et notamment l'obligation d'absence des dépassements des tarifs réglementaires ou conventionnels, dans l'exercice de leurs activités d'aide médicale urgente et de permanence de soins. Il s'agit, en ce sens, d'une association d'office au service public hospitalier qui découle de la prise en charge-même par un établissement de santé privé de l'activité de soins d'urgence. Or, cette disposition a été introduite dans le texte de la loi lors des débats parlementaires, sous l'influence de la Fédération de l'hospitalisation française, et dans un objectif essentiellement pragmatique. Il s'agissait, en effet, de permettre aux établissements

---

<sup>1008</sup> Décret n° 2016-1505 du 8 novembre 2016 relatif aux établissements de santé assurant le service public hospitalier, JO, 10 nov. 2016, texte n° 10.

<sup>1009</sup> Art. L. 6112-3-4° du CSP. La conférence médicale est une instance qui réunit les praticiens de l'établissement.

de santé privés, autorisés d'exercer l'activité de soins d'urgence, de conserver leurs autorisations sans être obligés de demander une habilitation au service public hospitalier pour l'ensemble de leur activité. L'hypothèse d'association au service public hospitalier dans le cadre de la réforme Touraine diffère ainsi sensiblement de celle qui a été aménagée par la réforme Boulin de 1970. En effet, sous l'égide de la loi Boulin, la formule de l'association a été mobilisée dans l'objectif de faciliter la coopération des établissements de santé privés au service public hospitalier. Cependant, cet objectif n'existe plus sous l'égide de la loi de modernisation de notre système de santé qui n'érige pas la notion de service public hospitalier en instrument fédérateur des établissements de santé. En effet, au travers du rétablissement du service public hospitalier, le législateur de 2016 a surtout voulu utiliser cette notion comme « un label garantissant pour les usagers un certain nombre de garanties, à commencer par celle de ne pas subir des dépassements d'honoraires.»<sup>1010</sup> Dans le même sens, le service public hospitalier n'a plus de conséquences sur le droit des autorisations sanitaires et l'octroi d'une autorisation ne pourrait plus être conditionné à la collaboration de la part l'établissement de santé privé au service public hospitalier<sup>1011</sup>.

Il apparaît ainsi clairement que le service public hospitalier renouvelé n'est plus conçu comme le fondement du système de santé en droit français. Au contraire, dans les faits on assiste à une exclusion des établissements de santé privés commerciaux de l'exécution du service public hospitalier.

## 2. L'exclusion dans les faits des établissements de santé privés commerciaux de l'exécution du service public hospitalier

A priori ouvert sur le plan organique, le service public hospitalier, refondé par la réforme Touraine de 2016, cache le risque de l'exclusion des établissements de santé privés, notamment à statut commercial, de sa prise en charge. Ce constat s'explique par le retour de la notion de service public hospitalier envisagée comme un bloc de missions et d'obligations et dont le champ matériel se confond, au final, avec l'intégralité de l'activité des établissements de santé. Cela conduit, de son côté, à un retour de l'approche organique du service public hospitalier, dans la mesure où ce service public serait certainement pris en

---

<sup>1010</sup> LAMI, Arnaud, VIOUJAS, Vincent, *Droit hospitalier, op.cit.*, p. 55.

<sup>1011</sup> V. Art. L. 6112-6 du CSP.



charge par les catégories d'établissements de santé traditionnellement dévoués à l'exercice des missions de service public dans le domaine de la santé en raison de leurs statuts particuliers: les établissements publics de santé, les hôpitaux des armées, les établissements privés d'intérêt collectif<sup>1012</sup>. En revanche, comme cela a été souligné par la doctrine juridique, l'habilitation des établissements de santé privés à but lucratif pour exercer le service public hospitalier apparaît comme une « perspective illusoire »<sup>1013</sup>, « difficilement imaginable »<sup>1014</sup>, « irréaliste. »<sup>1015</sup> En effet, il existe dans les faits très peu d'établissements de santé privés commerciaux qui ne pratiquent pas, au moins pour une partie de leur activité, des dépassements d'honoraires, notamment en ce qui concerne les cliniques de médecine, chirurgie et obstétrique.<sup>1016</sup> Ces cliniques se trouvent ainsi souvent obligées de recourir aux praticiens libéraux effectuant des dépassements d'honoraires.

Cette remarque a été soulevée par les parlementaires de l'opposition, qui ont saisi le Conseil constitutionnel pour apprécier la constitutionnalité de l'obligation imposée aux établissements de santé privés de respecter les tarifs conventionnels pour l'ensemble de leur activité, lorsqu'ils souhaitent participer à l'exécution du service public hospitalier. Il était invoqué que cette obligation portait atteinte à la liberté d'entreprendre des établissements de santé commerciaux, dans la mesure où ils se trouvaient dépourvus de la possibilité de recruter des médecins pratiquant des dépassements d'honoraires s'ils voulaient se porter candidats à une habilitation pour l'exécution du service public hospitalier. Il y aurait également une violation de la liberté contractuelle au sein des établissements de santé privés, dans la mesure où ces derniers seraient contraints soit de mettre fin aux contrats des médecins pratiquant des dépassements des honoraires, soit de les contraindre de ne pas pratiquer des tels dépassements. Or, le problème est, en réalité, que les cliniques privées se voient imposer, dans le cadre de la loi Touraine, une obligation qu'elles sont dans l'incapacité de respecter de son propre gré, dans la mesure où le respect de cette obligation dépend surtout de la bonne volonté des médecins y exerçant. Cela s'avère ainsi très préjudiciable pour les établissements de santé privés à statut commercial, qui souhaiteraient néanmoins contribuer à l'exécution du service public hospitalier. Le Conseil Constitutionnel avait pour autant conclu à la constitutionnalité de cette obligation prévue par la loi, en estimant que les établissements de santé privés n'étaient pas dépossédés de la possibilité de bénéficier d'une habilitation pour exercer le

---

<sup>1012</sup> Art. L. 6112-3 du CSP.

<sup>1013</sup> VIOUJAS, Vincent, « La résurrection du service public hospitalier », *op.cit.*

<sup>1014</sup> CRISTOL, Danièle, « Les habits neufs du service public hospitalier », *op.cit.*

<sup>1015</sup> MOQUET-ANGER, Marie Laure, *Droit hospitalier, op.cit.*, p. 113.

<sup>1016</sup> BERGOIGNAN ESPER, Claudine, DUPONT, Marc, *Droit hospitalier, op.cit.*, p. 268.

service public hospitalier à partir du moment où ils pouvaient recruter des médecins ne pratiquant pas des dépassements d'honoraires<sup>1017</sup>. Une telle hypothèse apparaît, toutefois, totalement illusoire dans les faits.

Néanmoins, certains auteurs ont invoqué que la loi Touraine s'inscrivait dans la continuité des réformes sanitaires précédentes, qui avaient également soumis l'exercice des missions de service public par les établissements de santé privés au respect du régime du service public et notamment de l'obligation d'accessibilité tarifaire des soins<sup>1018</sup>. Cependant, il existait une différence capitale dans la démarche adoptée par les réformes précédentes, y compris par la réforme Boulin de 1970, qui était de privilégier une approche fragmentée du service public pour permettre aux établissements de santé privés de contribuer à son exécution uniquement pour une partie ponctuelle de leur activité, en assurant ainsi uniquement certaines missions du champ du service public en matière de santé. Cette démarche apparaissait comme plus réaliste face à l'obligation contraignante pour les cliniques commerciales de respecter les tarifs conventionnels dans l'exécution des missions de service public.

En ce sens, la loi de modernisation de notre système de santé s'écarte très nettement de l'objectif d'associer les établissements de santé privés, notamment commerciaux, à la prise en charge des missions de service public dans le domaine de la santé qui a été poursuivi par les réformes sanitaires précédentes. Par conséquent, le service public dans le domaine de la santé est aujourd'hui, plus que jamais, l'apanage des établissements publics de santé et des établissements privés d'intérêt collectif.

Outre les défaillances propres à la notion de service public hospitalier, rétablie par la réforme sanitaire Touraine de 2016, il faut évoquer l'existence de certaines conséquences contradictoires qui sont attachées au retour de cette notion en droit français.

## **Section 2. La nouvelle notion de service public hospitalier, levier du seul secteur hospitalier public**

Le retour de la notion du service public hospitalier en droit français marque la volonté du législateur de 2016 d'ériger le service public en instrument principal de la satisfaction des

---

<sup>1017</sup> Cons.const., 21 janv. 2016, *Loi de modernisation de notre système de santé*, n° 2015-727 DC, cons. 52-58.

<sup>1018</sup> V. CRISTOL, Danièle, « Les habits neufs du service public hospitalier », *op.cit.*, BOUSSARD, Sabine, « Les vicissitudes du service public hospitalier », *op.cit.*

besoins des usagers du système de santé. Il s'agit ainsi d'abandonner l'idée, selon laquelle certaines demandes de santé pourraient être laissées à un régime marchand et concurrentiel de prestation des services de santé. En ce sens, la notion de service public hospitalier constitue une garantie importante pour les usagers du système de santé et devrait contribuer à renforcer l'accessibilité des services de santé à leur profit.

Cependant, comme cela a été déjà souligné, le retour de la notion de service public hospitalier va de pair avec la promotion d'une approche organique de cette notion, en vertu de laquelle ce sont les établissements publics de santé qui exercent de droit le service public hospitalier. Pour cette raison, le service public hospitalier ne peut pas être analysé comme un instrument juridique destiné à favoriser la complémentarité et la coordination des offreurs de soins publics et privés au sein d'une approche systémique. Au contraire, la nouvelle notion de service public hospitalier conduit davantage à un nouveau cloisonnement du système hospitalier et, au-delà, du système de santé.

Ce constat se confirme, tout d'abord, à l'analyse des groupements hospitaliers de territoire, qui sont également créés par réforme Touraine, et qui constituent des formules de coopération territoriale entre les établissements publics de santé, qui peuvent être présentés comme le mode de prise en charge de base du service public hospitalier (§1).

De la même manière, l'obligation d'absence de facturation des dépassements d'honoraires médicaux dans le cadre du service public hospitalier n'a pas mis fin à l'activité libérale des praticiens hospitaliers à temps plein dans les établissements publics de santé. Or, le maintien de ce dispositif apparaît contestable au regard du principe d'accessibilité financière, qui constitue le principe de base au sein du régime juridique du service public hospitalier. Par ailleurs, l'existence de ce dispositif apparaît comme une source d'inégalité de traitement entre les établissements publics de santé et les établissements de santé privés face au service public hospitalier (§2).

### ***§ 1. Le risque de cloisonnement du système de santé induit par la création des groupements hospitaliers de territoire***

Les groupements hospitaliers de territoire, mis en place par l'article 107 de la loi de modernisation de notre système de santé de 2016, constituent l'une des mesures-phares de cette loi. Ces groupements constituent un moyen permettant d'assurer la prise en charge concrète du service public hospitalier dans un cadre territorial. En ce sens, les groupements

hospitaliers de territoire doivent permettre le renforcement de la démarche de coopération entre les établissements publics de santé. L'importance de cet objectif a été soulignée par le rapport Larcher de 2008<sup>1019</sup>, ce qui avait conduit à la création des communautés hospitalières de territoire par l'article 22 de la loi Bachelot de 2009. Il s'agissait d'une formule de coopération dédiée aux établissements publics de santé, qui devaient leur permettre de développer une stratégie commune et une gestion en commun de certaines fonctions et activités. Cependant, la réforme Bachelot n'a pas priorisé cette forme de coopération public-public,<sup>1020</sup> en préférant de mettre l'accent sur la coopération public-privé au travers de la consolidation des groupements de coopération sanitaire<sup>1021</sup>.

Or, la loi de modernisation de notre système de santé a substitué aux communautés hospitalières de territoire les groupements hospitaliers de territoire, en faisant de ces derniers la clef de voûte de la coopération hospitalière<sup>1022</sup>. Les groupements hospitaliers de territoire sont ainsi rendus obligatoires pour tous les établissements publics de santé d'un même territoire en vue du développement d'une stratégie médicale et soignante en commun et d'une rationalisation des modes de gestion. Sur le fondement de l'article L. 6132-5 du Code la santé publique, 136 groupements hospitaliers de territoire ont été créés sur l'ensemble du territoire national à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2016. Ces groupements se caractérisent par leur diversité en ce qui concerne les établissements parties, les territoires desservis ou encore la masse budgétaire<sup>1023</sup>.

Il faut souligner néanmoins, que la formule de groupements hospitaliers de territoire présente un certain nombre de défaillances, qui transforment celle-ci en source potentielle de cloisonnement du système de santé français

Ainsi, le groupement hospitalier de territoire est conçu comme un instrument de déploiement du service public hospitalier. Il ne constitue pas, en revanche, un instrument favorisant la coopération des offreurs de soins dans le cadre du système de santé. Le

---

<sup>1019</sup> Ce rapport avait insisté sur la nécessité de développer des complémentarités entre les hôpitaux publics sur un même territoire autour d'un projet commun à ceux derniers : V. LARCHER, Gérard, *Rapport de la commission de concertation sur les missions de l'hôpital*, op.cit., p. 23-24.

<sup>1020</sup> Les communautés hospitalières de territoire était, en particulière, des formules purement incitatives de coopération entre des établissements publics de santé volontaires, ce qui peut expliquer le faible succès de celles-ci dans la pratique. Pour une évaluation du dispositif des communautés hospitalières de territoire : V. HUBERT, Jacqueline, MARTINEAU, Frédéric, *Missions groupements hospitaliers de territoires*, Rapport, mai 2015, pp. 11-12.

<sup>1021</sup> V. *supra*, p. 307 et s.

<sup>1022</sup> Art. 107 de la loi du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé préc.

<sup>1023</sup> V. Direction générale de l'offre de soins, *Les GHT par région*, Disponible sur : <https://solidarites-sante.gouv.fr/professionnels/gerer-un-etablissement-de-sante-medico-social/groupements-hospitaliers-de-territoire/article/les-ght-par-region>.

groupement hospitalier de territoire se caractérise ainsi par son incomplétude au regard du système de santé, dans la mesure où il faut de l'offre hospitalière publique la réponse exclusive aux besoins de santé de la population (A).

En outre, le groupement hospitalier de territoire peut être présenté comme un instrument du nouveau management public destiné à promouvoir, au sein du secteur hospitalier public, la logique de groupe dans un but d'amélioration de la performance des établissements publics de santé face au secteur privé de l'hospitalisation. En ce sens, le groupement hospitalier de territoire conduit à renforcer la concurrence entre les deux secteurs de l'hospitalisation française au détriment de l'objectif de leur complémentarité (B).

#### A. La priorisation de la coopération public-public au sein du système de santé

Avec la création des groupements hospitaliers de territoire, le législateur de 2016 a fait de la coopération hospitalière public-public l'outil principal de prise en charge des besoins territoriaux de santé et des parcours de santé. Il s'agit ainsi d'une divergence significative par rapport à la démarche entreprise par les réformes sanitaires précédentes, qui ont priorisé davantage les coopérations public-privé entre tous les offreurs de soins, qui devaient aboutir à un fonctionnement en réseau du système de santé. Or, la priorité accordée à la coopération public-public s'explique par la volonté du législateur de mettre en place une formule d'exécution de service public hospitalier fondée sur la coopération territoriale des établissements publics de santé (1). Par ailleurs, cette priorité se traduit essentiellement par le caractère obligatoire de l'adhésion aux groupements hospitaliers de territoire (2).

##### 1. Une coopération fondée sur le service public hospitalier

Le groupement hospitalier de territoire apparaît comme le principal levier de l'organisation territoriale du service public hospitalier. Cela explique que l'objet de ce groupement a été défini à partir des « principes fondateurs » du service public<sup>1024</sup>. Ainsi, en vertu de l'article L. 6132-1-II du Code de la santé publique, l'un des objets du groupement

---

<sup>1024</sup> KELLER, Catherine, « De la communauté hospitalière de territoire au groupement hospitalier de territoire : continuité et rupture », *JCP A*, n° 28, 2015, p. 38.

hospitalier de territoire est de permettre aux établissements-membres de mettre en œuvre une stratégie de prise en charge commune et graduée du patient, dans le but d'assurer une égalité d'accès aux soins sécurisés et de qualité. En ce sens, le groupement hospitalier de territoire poursuit une double logique en lien direct avec le service public hospitalier.

La première logique est une logique de graduation de l'offre de soins. Cela implique que les groupements hospitaliers de territoire organisent une prise en charge intégrale des parcours de santé des patients, en assurant tous les niveaux des soins de santé. En ce sens, chaque groupement hospitalier de territoire doit élaborer un projet médical partagé garantissant une offre de proximité, ainsi qu'une offre de référence et de recours<sup>1025</sup>. Cette exigence permet d'expliquer l'hétérogénéité et la spécialisation des établissements-membres des groupements hospitaliers de territoire. De la même manière, cette logique permet de mieux saisir la place spécifique octroyée aux centres hospitaliers universitaires au sein du dispositif relatif aux groupements hospitaliers de territoire. D'une part, chaque centre hospitalier universitaire doit obligatoirement être membre d'un groupement hospitalier de territoire, mais d'autre part, il doit également être associé à tous les autres groupements hospitaliers de territoire de son ressort régional<sup>1026</sup> afin d'assurer, pour le compte des établissements membres, les missions relevant du domaine hospitalo-universitaire,<sup>1027</sup> ainsi que les soins de référence et de recours.

La deuxième logique, qui est étroitement liée à la première, est une logique d'amélioration de l'accès territorial aux soins, c'est-à-dire de renforcement de l'égalité d'accès aux soins sur le territoire. En ce sens, la loi prévoit la couverture intégrale du territoire national en groupements hospitaliers de territoire, ainsi que la fourniture par ces derniers de tous les niveaux de soins de santé au profit des patients de leurs ressorts territoriaux.

Par ailleurs, le groupement hospitalier de territoire apparaît comme un signe illustratif de la prééminence du critère organique et hospitalier de la notion de service public dans le cadre de la réforme de modernisation de notre système de santé de 2016. Ce groupement est ainsi une formule de coopération exclusivement dédiée aux établissements publics de santé, qui sont les seuls offreurs de soins qui peuvent avoir le statut de membre d'un groupement

---

<sup>1025</sup> Art. L. 6132-1-II du CSP. Sur le projet médical partagé : V. Art. R. 6132-3 à R. 6132-5 du CSP.

<sup>1026</sup> Art. L. 6132-1-III du CSP.

<sup>1027</sup> Art. L. 6132-3-IV du CSP.

hospitalier de territoire. Il existe, en outre, des possibilités<sup>1028</sup>, voire une obligation<sup>1029</sup> d'association aux groupements hospitaliers de territoire pour d'autres types d'offreurs en santé. Par ailleurs, le législateur n'a pas rendu obligatoire la participation aux groupements hospitaliers de territoire ni des établissements ou services médico-sociaux publics, qui peuvent être partie d'un groupement hospitalier de territoire, mais uniquement de leur propre initiative<sup>1030</sup>, ni des établissements de santé privés, qui ne peuvent être que des partenaires d'un groupement hospitalier de territoire en vue de l'articulation de leur projet médical avec celui du groupement<sup>1031</sup>.

Cette approche strictement statutaire retenue pour les groupements hospitaliers de territoire est l'une de limites les plus évidentes et l'un des points les plus critiqués du dispositif<sup>1032</sup>. De plus, si la participation des établissements de santé privés ayant un but lucratif aux groupements hospitaliers de territoire pourrait facilement être justifiée au regard de la nouvelle définition du service public hospitalier, il semble beaucoup plus difficile d'expliquer l'absence d'intégration au sein du dispositif des établissements de santé privés d'intérêt collectif. Il est ainsi assez paradoxal que les établissements de santé privés d'intérêt collectif ne peuvent être que des partenaires aux groupements hospitaliers de territoire, alors qu'ils sont habilités de plein droit d'exécuter le service public hospitalier<sup>1033</sup>.

Ainsi, la mise en place des groupements hospitaliers de territoire est un facteur potentiel d'approfondissement du cloisonnement du système de santé français et d'accentuation de son caractère hospitalo-centré. Mais avant tout, le groupement hospitalier de territoire, par sa composition hospitalière et publique, s'écarte de la logique de parcours de santé, ainsi que de l'objectif de renforcement de la coordination du système de santé au niveau territorial.

---

<sup>1028</sup> Sous certaines conditions, les hôpitaux des armées peuvent être associés au groupement hospitaliers de territoire et les établissements publics de santé autorisés en psychiatrie- à l'élaboration du projet médical partagé à un groupement hospitalier de territoire : V. Art. L. 6132-1-IV et L. 6132-1-V du CSP.

<sup>1029</sup> Les établissements assurant une activité d'hospitalisation à domicile sont obligatoirement associés à l'élaboration du projet médical partagé des groupements hospitaliers de territoire situé sur leur aire géographique : Art. L. 6132-1-VI du CSP.

<sup>1030</sup> Art. L. 6132-1-VII du CSP.

<sup>1031</sup> Art. L. 6132-1-VIII du CSP.

<sup>1032</sup> V. BERGOIGNAN-ESPER, Claudine et al., *Les groupements hospitaliers de territoire. Un moyen d'organisation de l'offre de santé*, Paris, Berger-Levrault, 2019, p. 25 et s.

<sup>1033</sup> V. KELLER, Catherine, « L'an II du groupement hospitalier de territoire : un processus intégratif confirmé, une légitimité faiblement renforcée », *RGDM* n° 72, 2019, p. 51.

Pour autant, la coopération public-public au sein des groupements hospitaliers de territoire est clairement mise en avant, ce qui se manifeste par l'obligation imposée aux établissements publics de santé de se regrouper dans leur cadre.

## 2. Une coopération imposée

L'un des traits spécifique du groupement hospitalier de territoire consiste dans son caractère obligatoire. Ainsi, pour la première fois le législateur français a imposé un instrument de coopération contraignant entre les offreurs de soins dans le domaine sanitaire. En ce sens, à la différence de la communauté hospitalière de territoire, l'adhésion des établissements publics de santé aux groupements hospitaliers de territoire est une obligation juridique formellement inscrite dans la loi. En vertu de l'article L. 6132-1-I du Code de la santé publique, chaque établissement public de santé doit adhérer à un groupement hospitalier de territoire, sauf dérogation tenant à sa spécificité dans l'offre de soins territoriale. De plus, la loi fait dépendre de l'exécution de cette obligation, l'attribution aux établissements des dotations régionales de financement des missions d'intérêt général et d'aide à la contractualisation<sup>1034</sup>. En ce sens, les 136 groupements hospitaliers de territoire qui ont été créés en 2016 regroupent presque tous les établissements publics de santé, à l'exception des établissements de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris qui a bénéficié de la dérogation prévue par le Code de la santé publique<sup>1035</sup>.

Cependant, l'obligation imposée aux établissements publics de santé de coopérer dans le cadre des groupements hospitaliers de territoire, peut paraître étonnante au regard l'absence de personnalité juridique attachée à ces derniers. Par conséquent, le regroupement dans leur cadre s'effectue sur une base purement fonctionnelle au travers de la signature d'une convention constitutive<sup>1036</sup>. Le groupement hospitalier de territoire ne possède pas d'autonomie sur le plan financier, budgétaire ou patrimonial, ni de la capacité d'être employeur ou titulaire d'autorisations sanitaires. Cette donnée s'explique aisément au regard de l'objectif de préserver l'autonomie des établissements publics de santé membres du

---

<sup>1034</sup> Art. L. 6132-5-II du CSP.

<sup>1035</sup> V. Art. R. 6132-7 et R. 6132-22 du CSP.

<sup>1036</sup> Art. L. 6131-2 et R. 6132-6 du CSP.



groupement hospitalier de territoire. Cependant, elle peut poser un certain nombre de difficultés sur le plan juridique<sup>1037</sup>.

Néanmoins, il existe un certain nombre d'éléments juridiques qui attestent de l'intégration poussée des établissements de santé au sein des groupements hospitaliers de territoire et qui contrastent avec le manque de personnalité juridique de ces groupements. Ainsi, chaque groupement hospitalier de territoire dispose des instances propres qui rassemblent à celles existant au sein des établissements publics de santé<sup>1038</sup>. De la même manière, la loi de modernisation de notre système de santé 2016 avait prévu que la certification-qualité devait être conjointe pour les établissements publics de santé parties à un même groupement hospitalier de territoire<sup>1039</sup>. Par ailleurs, la loi relative à la transformation du système de santé de 2019 avait prévu une possibilité pour les établissements de santé volontaires de conclure avec le directeur général de l'Agence régionales de santé un contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens unique au niveau de leur groupement<sup>1040</sup>. Cependant, l'absence de personnalité juridique au profit des groupements hospitaliers de territoire pourrait également être conçue comme une utilité face à la nécessité de garantir tous les niveaux des soins de santé sur le territoire, objectif qui serait rempli le mieux lorsque cette tâche est répartie entre les membres du groupement qui conservent leur autonomie.

Il existe, en outre, une interrogation sur la nature réellement contractuelle de la convention constitutive des groupements hospitaliers de territoire. A l'image des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens<sup>1041</sup>, celle-ci peut être décrite, tout d'abord, comme un contrat d'adhésion en raison du caractère fortement réglementé de son contenu<sup>1042</sup>, ainsi que de l'obligation de sa conformité avec le projet régional de santé. Il s'agit ici d'un élément capital, sachant que cette conformité est appréciée par le directeur général de l'Agence régionale de santé<sup>1043</sup> qui dispose, en dernier ressort, de la compétence de rendre la convention conforme au projet régional de santé au lieu et place des établissements parties à celle-ci<sup>1044</sup>. La convention constitutive du groupement hospitalier de territoire apparaît, par ailleurs, comme un contrat imposé, en raison de l'obligation faite aux établissements d'en

---

<sup>1037</sup> KELLER, Catherine, « L'an II du groupement hospitalier de territoire : un processus intégratif confirmé, une légitimité faiblement renforcée », *op.cit.*, p. 58-59.

<sup>1038</sup> V. art. L. 6144-2-1 et R. 6132-9 et s. du CSP.

<sup>1039</sup> Art. L. 6132-4 du CSP.

<sup>1040</sup> Art. L. 6132-5-1-3° du CSP.

<sup>1041</sup> *Supra*, p. 289 et s.

<sup>1042</sup> Sur le contenu de la convention constitutive du groupement hospitalier de territoire : V. Art. L. 6131-2 du CSP.

<sup>1043</sup> Art. L. 6132-2-I du CSP.

<sup>1044</sup> Art. R. 6132-6 du CSP.

faire partie. En ce sens, nonobstant l'absence de signature de la convention par un établissement, celui-ci est censé faire partie du groupement hospitalier de territoire, une fois que la composition du groupement a été arrêtée par le directeur général de l'Agence régionale de santé<sup>1045</sup>. On n'est pas loin ici d'une logique de « verticalisation »<sup>1046</sup> du système de santé, dans laquelle les établissements publics de santé sont progressivement envisagés comme des services déconcentrés placés sous l'autorité des agences régionales de santé<sup>1047</sup>.

Face à cette logique fortement contraignante qui caractérise le dispositif des groupements hospitaliers de territoire, certains auteurs ont considéré que la loi Touraine s'est écartée de la technique de coopération dans le domaine sanitaire<sup>1048</sup>. En effet, la coopération a toujours été conçue, dans le champ hospitalier, comme une démarche non imposée et volontaire, qui devait s'appuyer sur l'initiative des établissements de santé. La réforme de modernisation de notre système de santé avait, en ce sens, approfondi un processus qui était déjà entamé par la réforme Bachelot, en passant d'une coopération volontaire et spontanée à une intégration imposée aux établissements publics de santé. Or, logiquement une dernière étape de ce processus pourrait être franchie dans l'avenir et elle consisterait à doter les groupements hospitaliers de territoire d'une personnalité juridique propre, en passant ainsi d'un groupement obligatoire entre des établissements de santé autonomes à une démarche de fusion aboutissant à la disparition des établissements membres du groupement et à la création d'un grand établissement public territorial de santé<sup>1049</sup>.

Dans le cadre de la réforme Touraine de 2016, le groupement hospitalier de territoire est conçu comme une formule d'exécution du service public hospitalier. Cela permet d'expliquer son caractère contraignant pour tous les établissements publics de santé. Cependant, il ne s'agit pas du seul objectif poursuivi par la mise en place des groupements hospitaliers de territoire. En effet, le groupement hospitalier de territoire est non seulement un

---

<sup>1045</sup> Art. L. 6132-5-1 du CSP. V. KELLER, Catherine, « L'an II du groupement hospitalier de territoire : un processus intégratif confirmé, une légitimité faiblement renforcée », *op.cit.*, p. 54.

<sup>1046</sup> LAMI, Arnaud, VIOUJAS, Vincent, *Droit hospitalier*, *op.cit.*, p. 73.

<sup>1047</sup> HARDY, Jacques, « Les catégories juridiques à l'épreuve de la réforme administrative », *AJDA*, 2017, p. 919.

<sup>1048</sup> KELLER, Catherine, « De la communauté hospitalière de territoire au groupement hospitalier de territoire : continuité et rupture », *op.cit.* ; VARNER, Frédéric, TRERREA, Maurice, « La coopération hospitalière au service de la modernisation de notre système de santé », *RDSS*, 2016, p. 620.

<sup>1049</sup> KELLER, Catherine, « De la communauté hospitalière de territoire au groupement hospitalier de territoire : continuité et rupture », *op.cit.*, HARDY, Jacques, « Les catégories juridiques à l'épreuve de la réforme administrative », *op.cit.* En ce sens, l'article 37 de la loi n° 2019-774 du 24 juillet 2019 relative à l'organisation et à la transformation du système de santé, sans consacrer une personnalité juridique propre aux GHT ou prévoir la fusion des établissements volontaire au sein de ceux-ci, introduit un certain nombre de dispositions permettant aux établissements volontaires membres d'un GHT d'approfondir leur intégration au sein de ceux derniers.

moyen de prise en charge des parcours territoriaux des patients, mais également un instrument visant la « réhabilitation de l'offre de soins publique »<sup>1050</sup> au sein du secteur hospitalier. Cela permet d'expliquer mieux la décision du législateur de réserver cette formule aux seuls établissements publics de santé.

#### B. La priorisation de l'offre hospitalière publique au sein du secteur hospitalier

Certains auteurs ont remarqué que « d'abord présentés comme la réponse hospitalière structurée aux besoins de santé de la population, les groupements hospitaliers de territoire apparaissent avant tout comme des outils de management et de transformation de l'hôpital public.<sup>1051</sup> » C'est en ce sens qu'apparaît le double visage de cet outil de coopération : il est à la fois un moyen de prise en charge du service public hospitalier sur le territoire, mais aussi, un moyen de renforcement de l'offre hospitalière publique au sein du secteur sanitaire. Le groupement hospitalier de territoire a ainsi des répercussions sur la structuration du marché hospitalier, dans la mesure où il vise à la fois de supprimer la concurrence entre les établissements publics de santé situés sur le même territoire, mais aussi de permettre au secteur de l'hospitalisation publique de faire face à la concurrence du secteur de l'hospitalisation privée, en améliorant sa performance économique face aux établissements de santé privés commerciaux. Ainsi, en vertu de l'article L. 6132-1-II du Code de la santé publique, le groupement hospitalier de territoire a également pour objet d'assurer la rationalisation des modes de gestion par une mise en commun de fonctions ou par des transferts d'activités entre établissements. Au regard de cet objectif, le groupement hospitalier de territoire apparaît clairement comme un outil de nouveau management public transposé aux établissements publics de santé. Il est censé permettre à ces derniers de mettre en place une stratégie de groupe sur leur territoire sur la base du projet médical partagé. Or, le groupe est un mécanisme emprunté à la gestion des entreprises, qui consiste en la réunion d'un ensemble d'entreprises juridiquement autonomes en vue de leur dépendance d'un centre de décision unique (la société mère) qui exerce un contrôle et définit les orientations stratégiques des entreprises dépendantes (les sociétés filles)<sup>1052</sup>. De la même manière, la rationalisation est

---

<sup>1050</sup> V. DUPONT, Marc, « Hôpital public et coopération sanitaire », *RDSS 2015, op.cit.*

<sup>1051</sup> BUDET, Jean-Michel, « Les GHT, outil de management et de transformation » in BERGOIGNAN-ESPER, Claudine et al., *Les groupements hospitaliers de territoire. Un moyen d'organisation de l'offre de santé, op.cit.*

<sup>1052</sup> ECHAUDEMAISON, Claude-Danièle (dir.), *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, Ed. Nathan, 2013, p. 237 ; LE CANNU, Paul, DONDERO, Bruno, *Droit des sociétés*, Paris, LGDJ, 7<sup>e</sup> éd., 2018, p. 991.

un processus qui s'applique aux activités de production visant la recherche d'une plus grande efficacité dans leur organisation, voire des gains de productivité<sup>1053</sup>.

Le groupement hospitalier de territoire emprunte ainsi les grands traits caractéristiques du groupe au sens du droit des sociétés. Il poursuit l'objectif de rationalisation du fonctionnement du parc hospitalier public à la fois par le biais d'une logique de mutualisation des fonctions et des activités des établissements membres (1), et par la place centrale dévolue à l'établissement support du groupement (2).

#### 1. La logique de mutualisation au sein du groupement hospitalier de territoire

La mutualisation est également un outil managérial transposé au fonctionnement des personnes publiques qui vise la rationalisation de leur gestion. La mutualisation peut consister soit dans la mise en commun des biens et des services, soit dans la répartition des biens et des activités entre les personnes liées dans un rapport de coopération.

En ce sens, la mutualisation au sein des groupements hospitaliers de territoire se décline, tout d'abord, par la mise en commun obligatoire de certaines fonctions et par l'organisation en commun de certaines activités. Le Code de la santé publique prévoit ainsi la mutualisation obligatoire, entre les établissements de santé parties au groupement, d'un certain nombre de fonctions, à savoir le système d'information médicale, la fonction d'achat, la coordination des instituts et des écoles de formation paramédicale<sup>1054</sup>. Pour ce qui est des activités organisées en commun, il s'agit de l'imagerie diagnostique et interventionnelle, de la biologie médicale et de la pharmacie<sup>1055</sup>. Il existe une option de mutualisation pour d'autres activités logistiques et techniques qui est laissée à l'initiative des établissements membres du groupement<sup>1056</sup>. Il s'agit ici d'une logique de mutualisation des moyens dans le but de rationaliser la gestion des établissements publics de santé comparable à celle qui existe déjà en droit des collectivités territoriales au travers de l'exemple de l'intercommunalité.

Cependant, la mutualisation au sein des groupements hospitaliers de territoire peut porter sur l'exercice-même de l'activité de soins. Cela peut passer par la gestion des équipes médicales communes<sup>1057</sup>, mais avant tout par le transfert des activités de soins entre les

---

<sup>1053</sup> *Ibid*, p. 414.

<sup>1054</sup> Art. L. 6132-3-I du CSP.

<sup>1055</sup> Art. L. 6132-3-III du CSP.

<sup>1056</sup> Art. L. 6132-3-II du CSP.

<sup>1057</sup> *Ibid*.

établissements-membres qui s'effectue par le biais d'une cession des autorisations de soins entre ces derniers<sup>1058</sup>. Il s'agit ici d'une logique de répartition d'activités entre les entités coopérant, qui est fortement inspirée de la technique de groupe des sociétés. Cette opération est rendue possible par le maintien de l'autonomie juridique des établissements de santé au sein du groupement.

Il faut souligner ici que la réforme relative à l'organisation du système de santé du 24 juillet 2019 est allée dans le sens d'un approfondissement de la logique de mutualisation au sein des groupements hospitaliers de territoire en prévoyant la possibilité d'une mutualisation budgétaire des établissements membres à un même groupement hospitalier de territoire<sup>1059</sup>.

Face à cette logique de mutualisation dans le cadre des groupements hospitaliers de territoire, la question essentielle qui se pose est celle de savoir comment pourrait s'effectuer la gestion des activités mutualisées dans l'absence de personnalité juridique propre à ces groupements. En effet, à l'image du groupe des entreprises, les groupements hospitaliers de territoire sont dotés d'un établissement support, qui est chargé d'assurer pour le compte des membres du groupement la gestion des fonctions et les activités mises en commun.

## 2. Le rôle essentiel dévolu à l'établissement support

La logique de stratégie de groupe est perceptible non seulement au travers de la démarche de mutualisation entre établissements de santé au sein du groupement hospitalier de territoire, mais également au vu de la place primordiale accordée au sein du groupement à l'établissement support. Cet établissement est investi par la loi d'assurer les fonctions et les activités mutualisées. Il appartient ainsi à l'établissement support d'agir pour mettre en place la stratégie commune des établissements au sein du groupement. En ce sens, à l'image des groupes des entreprises, les groupements hospitaliers de territoire tendent à placer l'ensemble de leurs membres juridiquement autonomes « sous la responsabilité et sous le leadership<sup>1060</sup> » d'une partie dominante.

Ainsi, en vertu de l'article L. 6132-3 du Code de la santé publique, chaque groupement hospitalier de territoire doit désigner au sein de sa convention constitutive un

---

<sup>1058</sup> Art. R. 6132-24 du CSP.

<sup>1059</sup> V. Art. L. 6132-5-1 du CSP.

<sup>1060</sup> DUPONT, Marc, « Hôpital public et coopération sanitaire », *RDSS* 2015, *op.cit.*

établissement support. En ce sens, l'établissement support bénéficie d'un mandat<sup>1061</sup> fondé sur la convention constitutive du groupement hospitalier de territoire pour exercer certaines fonctions et activités pour le compte des autres établissements membres. Par ailleurs, à défaut d'un choix express de la part des établissements adhérant à la convention, il appartient au directeur général de l'Agence régionale de santé de désigner un établissement support du groupement en question<sup>1062</sup>. Or, le rôle dévolu à l'établissement support est essentiel, dans la mesure où celui-ci assure les fonctions obligatoirement mutualisées en vertu de l'article L. 6132-3-I° du Code de la santé publique dont l'exercice lui est attribué pour le compte des autres membres du groupement. Cet établissement est ainsi responsable de la gestion commune d'un système d'information hospitalier avec une mise en place d'un dossier patient unique au niveau du groupement, il est le gestionnaire du département de l'information médicale du groupement, il gère obligatoirement la fonction achat et assure la coordination des instituts et des écoles de formation paramédicale du groupement. Par ailleurs, l'établissement support assure les fonctions et les activités déléguées à titre facultatif en vertu de l'article L. 6132-3-II du Code de la santé publique. Ainsi, le directeur de l'établissement support se voit transférer une partie des pouvoirs de direction sur l'ensemble des établissements parties à son groupement hospitalier de territoire pour toutes les fonctions et activités mutualisées.

En ce sens, « la personnalité juridique de l'établissement support intervient comme un palliatif à la non-personnification du groupement hospitalier de territoire. »<sup>1063</sup> Malgré la façade de préservation de l'autonomie des établissements faisant partie du groupement hospitalier de territoire, cette autonomie se trouve, en réalité, considérablement affaiblie, en raison de la présence de l'établissement support, qui assume le rôle central du chef de fil du groupement hospitalier de territoire. On n'est pas loin de la configuration classique du groupe des entreprises avec l'existence d'une société dominante et d'un ensemble de sociétés dominées qui conservent, pour autant, leurs personnalités juridiques propres. De la même manière, l'établissement support au sein du groupement hospitalier de territoire exerce une domination sur les autres établissements du groupement, dans la mesure où il affecte de

---

<sup>1061</sup> V. art. Art. 1984 du Code civil : « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire. »

<sup>1062</sup> Art. L. 6132-2-II-5°-a) du CSP.

<sup>1063</sup> KELLER, Catherine, « L'an II du groupement hospitalier de territoire : un processus intégratif confirmé, une légitimité faiblement renforcée », *op.cit.*, p. 55.

manière non négligeable la gestion et la gouvernance de ces derniers<sup>1064</sup>. Il y a, en ce sens, une logique fortement centralisatrice, qui entoure les groupements hospitaliers de territoire, au sein desquels les établissements parties sont voués à devenir des véritables services déconcentrés de l'établissement support<sup>1065</sup>.

Outre les effets ambivalents des groupements hospitaliers de territoire comme formules principales de mise en œuvre du service public hospitalier au niveau territorial, la réintroduction de la notion de service public hospitalier par la loi Touraine semble difficile à articuler avec le maintien du secteur de l'activité libérale des praticiens hospitaliers au sein des établissements publics de santé.

## ***§. 2 La coexistence problématique du service public hospitalier et du secteur de l'activité libérale dans les établissements publics de santé***

Le secteur de l'activité libérale dans les établissements publics de santé est un dispositif juridique permettant, sous conditions, à certains praticiens hospitaliers d'exercer à titre libéral une partie de leur activité de soins au sein de l'établissement où ils exercent normalement leurs fonctions publiques. L'article L. 6154-1 du Code de la santé publique précise que l'exercice d'une activité libérale peut être autorisé, sous réserve qu'elle n'entrave pas les missions de service public de l'établissement de santé. Ainsi, le praticien hospitalier, bénéficiant de l'autorisation d'exercer une activité libérale, acquiert la possibilité de recevoir des patients en clientèle privée pendant son temps du travail au sein de l'établissement. Il obtient également la possibilité de percevoir des honoraires auprès des patients et de bénéficier de certains principes de l'exercice libéral de la médecine, notamment des principes du paiement à l'acte, du paiement direct, voire même de l'entente directe sur les honoraires<sup>1066</sup>. Cela explique donc que le praticien hospitalier, exerçant une activité libérale au sein de l'hôpital public, se trouve lié, dans le cadre de cette activité, par un rapport contractuel avec ses patients. De la même manière, l'engagement de sa responsabilité civile délictuelle au titre de l'activité libérale doit être recherché devant la juridiction judiciaire<sup>1067</sup>.

De point de vue juridique, le secteur de l'activité libérale dans les établissements publics de santé apparaît comme un dispositif complètement dérogoratoire de droit commun de

---

<sup>1064</sup> V. COZIAN, Maurice, VIANDIER, Alain, DEBOISSY, Florence, *Droit des sociétés*, Paris, LexisNexis, 32<sup>e</sup> éd., 2019, p. 850-853.

<sup>1065</sup> HARDY, Jacques, « Les catégories juridiques à l'épreuve de la réforme administrative », *op.cit.*

<sup>1066</sup> V. *supra*, p. 130-134.

<sup>1067</sup> T Confl., 19 févr. 1990, n° 02594.

la fonction publique. Ce dispositif ne peut pas être analysé comme une forme de cumul d'activités publiques et privées, dans la mesure où de l'activité privée s'exerce ici dans le lieu, pendant le temps et avec les moyens du service<sup>1068</sup>. C'est en ce sens, que ce dispositif a pu être présenté comme une véritable « curiosité juridique. »<sup>1069</sup>

Par ailleurs, l'intérêt de ce dispositif pour les praticiens hospitaliers publics réside essentiellement dans la possibilité octroyée à ces derniers de pratiquer des dépassements d'honoraires dans le cadre de leur activité libérale. Or, une telle possibilité ne semble pas compatible avec l'un des principes inhérents au service public hospitalier, qui est le principe d'accessibilité financière des prestations fournies dans son cadre. Ce principe a imposé la consécration d'une obligation d'absence de facturation des dépassements d'honoraires, qui s'applique à l'ensemble de l'activité des établissements de service public<sup>1070</sup>. Dans ces circonstances, il est apparu, a priori, que la loi Touraine avait porté « un coup sévère et inattendu »<sup>1071</sup> à l'activité libérale des praticiens hospitaliers dans les établissements publics de santé. Cependant, après une période d'incertitude sur l'avenir du secteur de l'activité libérale à l'hôpital public<sup>1072</sup>, les pouvoirs publics ont fini par consacrer expressément le maintien de ce dispositif en droit hospitalier français.

Or, la coexistence du service public hospitalier et du secteur de l'activité libérale peut paraître problématique. En effet, le dispositif du secteur de l'activité libérale à l'hôpital public est solidement ancré en droit français et a été conçu pendant longtemps comme un outil d'essor du service public hospitalier et du secteur hospitalier public (**A**). Néanmoins, depuis l'entrée en vigueur de la loi Touraine de 2016, ce dispositif peut être conçu davantage comme un privilège concurrentiel au profit de l'hospitalisation publique face à l'hospitalisation privée et comme un facteur d'inégalité entre les établissements publics de santé et les établissements de santé privés devant le service public hospitalier (**B**).

---

<sup>1068</sup> En droit de la fonction publique, l'article 25 septies – I de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires pose le principe de l'interdiction du cumul d'un emploi public avec une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit. Toutefois, un certain nombre de dérogations sont posées à ce principe par l'article 25 septies- II et s. de la même loi. Cependant, l'activité privée lucrative autorisée est censée s'exercer en dehors du temps et du lieu du service.

<sup>1069</sup> TRUCHET, Didier, « Le secteur privé », in AFDS (dir.), *L'hôpital public en réforme permanente*, Bordeaux, APDHES, 1988, p. 93.

<sup>1070</sup> Art. L. 6112-2-I-4° du CSP.

<sup>1071</sup> LEMOYNE DE FORGES, Jean-Michel, « Où va la médecine libérale à l'hôpital public ? », *AJDA*, 2016, p. 281.

<sup>1072</sup> V. COUTY, Edouard, « Un service public rénové ouvert sur son territoire » in LAUDE, Anne, TABUTEAU, Didier (dir.), *La loi santé, regards sur la modernisation de notre système de santé*, op.cit., p. 370-371.



## A. La consolidation du secteur de l'activité libérale dans les établissements publics de santé

L'existence du secteur de l'activité libérale dans les établissements publics de santé a été consolidée en droit français par les réformes hospitalières et sanitaires adoptées depuis 1987. Il s'agit, en effet, d'un dispositif juridique ancien, coïncidant avec la fondation du service public hospitalier sur le plan institutionnel, autour du parc hospitalier public, qui a été initiée par les ordonnances hospitalières de 1958. En ce sens, le secteur de l'activité libérale est un héritage historique dont le maintien s'appuie toujours sur des justifications solides. Il constitue un instrument censé garantir la prospérité du secteur hospitalier public en tant qu'acteur principal du service public hospitalier (1). Cependant, un effort a été réalisé pour mettre en place un encadrement juridique de l'exercice de l'activité libérale au sein des établissements publics de santé afin de garantir la prépondérance du service public sur l'activité libérale(2).

### 1. La constance des arguments justifiant l'existence du secteur de l'activité libérale

L'activité libérale dans les établissements publics a été créée en droit français par les ordonnances hospitalières de 1958 sous la dénomination initiale du secteur privé à l'hôpital public<sup>1073</sup>. Les conditions de son exercice étaient par la suite précisées par deux décrets : le décret n°60-1030 du 24 septembre 1960 pour les praticiens hospitaliers au sein des centres hospitaliers universitaires<sup>1074</sup> et le décret n°61-946 du 24 août 1961 pour les praticiens hospitaliers dans les centres hospitaliers non universitaires<sup>1075</sup>.

Initialement, le dispositif devait permettre d'attirer des médecins vers les hôpitaux publics et notamment vers l'exercice à temps plein, institué par les ordonnances hospitalières de 1958. Le secteur de l'activité libérale avait ainsi un caractère compensatoire pour les praticiens ayant opté pour le temps plein hospitalier. D'un côté, il devait dédommager ces derniers de la rupture radicale avec la tradition d'exercice libéral de la médecine ; d'un autre

---

<sup>1073</sup> V. notamment : Ord. n° 58-1198 du 11 décembre 1958 portant réforme de la législation hospitalière, préc.

<sup>1074</sup> Art. 12 du décret n° 60-1030 du 24 sept. 1960 portant statut du personnel enseignant et hospitaliers des centres hospitaliers et universitaire, JO, 28 sept. 1960, p. 8803.

<sup>1075</sup> Art. 8 du décret n°61-946 du 24 août 1961 relatif au recrutement, à la nomination et au statut des praticiens exerçant à plein temps dans les hôpitaux publics autres que ceux situés dans une ville de faculté ou école nationale de médecine et autres que les hôpitaux ruraux, JO, 26 août 1961, p. 8027.

côté, il présentait un caractère compensatoire du point de vue financier puisqu'il devait permettre de corriger la faiblesse de la rémunération hospitalière face aux ressources des médecins libéraux de ville<sup>1076</sup>. Le secteur de l'activité libérale au sein des hôpitaux publics présentait ainsi un intérêt majeur pour les praticiens, dans la mesure où ces derniers pouvaient conserver et recevoir leur clientèle privée dans les locaux de l'hôpital, tout en bénéficiant des ressources hospitalières (humaines et matérielles) dans la prise en charge de leurs patients privés. De plus, les bénéficiaires du dispositif pouvaient compléter leur rémunération hospitalière forfaitaire avec des ressources tirées de l'activité libérale.

Il a été, pour autant, souligné que cet objectif initial du dispositif a été atteint,<sup>1077</sup> ce qui posait la question de l'utilité du maintien de l'activité libérale dans les établissements publics de santé. Dans ce contexte, il s'agit d'invoquer, tout d'abord, le poids symbolique de l'activité libérale pour les praticiens hospitaliers, ce qui explique que sa préservation est devenue une véritable « contrainte morale pour l'Etat »<sup>1078</sup>. Il existe également d'arguments plus solides justifiant le maintien du secteur de l'activité libérale des praticiens hospitaliers. Le premier argument en ce sens est que l'activité libérale constitue un moyen important permettant aux établissements publics de santé de conserver les médecins de haute qualité qu'ils ont déjà recruté. De la même manière, il permet à ces derniers d'attirer davantage de praticiens dans le contexte actuel de « pénurie des médecins » qui touche en particulier certaines spécialités médicales. Ce phénomène conduit à une insuffisance du personnel médical dans des nombreux établissements publics de santé en raison des postes vacants non pourvus<sup>1079</sup>, ce qui est une situation périlleuse susceptible de remettre en cause certains principes essentiels du service public hospitalier, comme par exemple, la qualité et la sécurité, ou encore, la continuité des missions réalisées dans son cadre<sup>1080</sup>.

Le dispositif du secteur de l'activité libérale dans les établissements publics de santé a ainsi souvent été présenté comme un droit du médecin face à l'hôpital<sup>1081</sup>, n'ayant d'autre objectif que l'intérêt financier des praticiens, voire comme une source d'affrontement des intérêts du service public et des intérêts privés des médecins. Il faut affirmer pour autant que

---

<sup>1076</sup> MOQUET-ANGER, Marie-Laure, « Médecins et hôpital », *RDSS* 2015 n° HS, p. 119.

<sup>1077</sup> V. TRUCHET, Didier, « Le secteur privé », *op.cit.*

<sup>1078</sup> *Ibid.*, p. 93.

<sup>1079</sup> V. CNG, *Praticiens hospitaliers. Eléments statistiques sur les praticiens hospitaliers statutaires. Situation au 1<sup>er</sup> janvier 2018*, p.17, disponible sur: [https://www.cng.sante.fr/sites/default/files/Fichiers/Statistiques,%20%C3%A9tudes%20et%20publications/PRACTICIENS\\_HOSPITALIERS\\_2018\\_VDT.pdf](https://www.cng.sante.fr/sites/default/files/Fichiers/Statistiques,%20%C3%A9tudes%20et%20publications/PRACTICIENS_HOSPITALIERS_2018_VDT.pdf)

<sup>1080</sup> MOQUET-ANGER, Marie-Laure, « Médecins et hôpital », *op.cit.*

<sup>1081</sup> TRUCHET, Didier, « Le secteur privé », *op.cit.*, p. 94.

ce dispositif présente des avantages non seulement pour les praticiens hospitaliers, mais aussi pour les établissements publics de santé. Il s'agit ainsi d'un outil permettant à ces derniers de « mieux résister à la concurrence des cliniques privées »,<sup>1082</sup> en raison de leur capacité d'attirer et de conserver des praticiens de haut niveau, tout en accueillant la patientèle privée de ces derniers. Les établissements publics de santé tirent également un bénéfice financier de l'existence du secteur de l'activité libérale, en raison de la perception d'une redevance mensuellement versée par les praticiens concernés en contrepartie de l'exercice cette activité dans leurs locaux<sup>1083</sup>.

Cependant, la possibilité d'exercice d'une activité libérale au sein des établissements publics, a priori intégralement dédiés à l'exécution de service public, reste difficilement concevable. Le maintien du dispositif a impliqué ainsi un encadrement strict du secteur de l'activité libérale des praticiens hospitaliers, qui devait garantir la primauté de l'activité de service public de l'établissement sur l'activité privée de ses praticiens.

## 2. L'encadrement juridique du secteur de l'activité libérale

Dans les premières vingt années de son déploiement, le secteur de l'activité libérale dans les hôpitaux publics était souvent critiqué, en raison des abus auxquels il a donné lieu, consistant dans ses « sérieuses extensions non contrôlées.<sup>1084</sup> » Dans ce contexte, une loi du 28 octobre 1982 avait posé le principe de la suppression progressive du secteur privé à l'hôpital<sup>1085</sup>. Cependant, ce dernier a été rétabli par une loi du 27 janvier 1987<sup>1086</sup>. Depuis l'adoption de cette réforme, l'activité libérale des praticiens hospitaliers n'a plus été remise en cause, mais elle a fait l'objet d'un encadrement normatif dans l'objectif de garantir, en toute circonstance, qu'elle ne pourrait pas occulter l'intérêt principal du service public hospitalier au sein de l'hôpital public. Il existe actuellement plusieurs dispositions du Code de la santé publique qui visent à limiter les hypothèses du recours à l'activité libérale, et, le cas échéant, de réglementer son exercice au sein des établissements publics de santé.

---

<sup>1082</sup> *Ibid* p.93.

<sup>1083</sup> Art. L. 6154-3, al. 3 du CSP.

<sup>1084</sup> CLEMENT, Jean-Marie, *Les réformes hospitalières 1981-1984*, Paris, Berger-Levrault, 1985, p. 125-136.

<sup>1085</sup> Loi n° 82-916 du 28 octobre 1982 modifiant l'article L. 680 du code de la santé publique relatif aux activités de secteur privé dans les établissements publics de santé, JO, 29 oct. 1982, p. 3268.

<sup>1086</sup> Art. 23 de la loi n° 87-39 du 27 janvier 1987 portant diverses mesures d'ordre social, JO, 28 janv. 1987, p. 991.

Un premier niveau d'encadrement normatif concerne les bénéficiaires potentiels du dispositif dans les établissements publics de santé. En effet, l'activité libérale n'est pas ouverte à tous les praticiens hospitaliers. Elle est limitée aux praticiens statutaires exerçant leurs fonctions à temps plein dans le secteur hospitalier public, à savoir les praticiens hospitaliers à temps plein et les professeurs d'université-praticiens hospitaliers<sup>1087</sup>. En revanche, les praticiens hospitaliers à temps partiel<sup>1088</sup> ou les praticiens hospitaliers contractuels, ne peuvent pas se prévaloir de l'exercice d'une activité libérale au sein de l'établissement public de santé. De plus, l'activité libérale ne profite pas automatiquement à tous les praticiens visés par le dispositif. Ces derniers peuvent ainsi opter pour l'exercice exclusif de leurs fonctions dans le cadre du service public hospitalier. Ils bénéficient en contrepartie d'une indemnité particulière prévue par la réglementation qui est l'indemnité de service public exclusif<sup>1089</sup>. L'article 138 de la loi Touraine de 2016 avait ajouté une nouvelle condition selon laquelle ne peuvent bénéficier d'une activité libérale au sein de l'hôpital public que les médecins conventionnés en « secteur 1 » ou en « secteur 2 » de la convention nationale avec l'Assurance maladie. Cela avait conduit ainsi à exclure du dispositif tous les médecins non conventionnés<sup>1090</sup>.

Il existe également des restrictions normatives qui portent sur l'activité libérale autorisée. Cette activité peut comprendre des consultations, des actes et des soins en hospitalisation mais son autorisation est soumise à une triple condition<sup>1091</sup>. En effet, le secteur de l'activité libérale dans les établissements publics de santé peut être à l'origine d'un conflit d'intérêts<sup>1092</sup> entre, d'une part, l'intérêt privé du praticien et, d'autre part, l'intérêt de l'établissement public. En ce sens, il est apparu important d'éviter les risques de détournement des patients par les praticiens au détriment de l'établissement et, notamment, de garantir aux patients la faculté de choisir, pour tous les actes et les soins nécessités par leur état de santé, entre une prise en charge au titre du service public hospitalier ou au titre du secteur de l'activité libérale. Pour cette raison, le Code de la santé publique prévoit qu'au sein de leur activité libérale, les praticiens doivent exercer une activité de même nature que celle qu'ils

---

<sup>1087</sup> Art. L. 6154-1 du CSP.

<sup>1088</sup> V. CE, 27 juill. 2005, *Viaud*, n° 254232, Rec., p. 1104.

<sup>1089</sup> Art. D. 6152-612-1-6° du CSP. V. : CE, 21 oct. 2009, *Groupe Hospitalier Sud-Ardenne de Vouziers*, n° 299304, Rec., p. 815 : le contrat d'engagement de service public exclusif est un droit pour tout praticien hospitalier qui renonce à son droit de secteur libéral.

<sup>1090</sup> V. art. L. 6154-2-I du CSP.

<sup>1091</sup> V. art. L. 6154-2-II du CSP.

<sup>1092</sup> MOQUET-ANGER, Marie-Laure, « Les conditions de l'exercice d'une activité libérale des praticiens statutaires à temps plein dans les établissements publics de santé » in BAILLY-MORET, Joël, THOUVENIN, Dominique (dir.), *Les conflits d'intérêt à l'hôpital public : le débat*, Rennes, Presses de l'EHESP, 2015, p. 105.

exercent dans le secteur hospitalier public. De la même manière, il est apparu important que l'activité libérale autorisée au sein de l'hôpital public soit contingentée puisque elle ne devrait pas faire obstacle à l'exercice de la mission principale de service public du praticien hospitalier. En ce sens, le Code de la santé publique limite l'activité libérale à 20% au maximum de la durée du service hebdomadaire du médecin, avec, en toute circonstances, un nombre de consultations et d'actes effectués à titre libéral inférieur à celui de l'activité publique du praticien. De la même manière, les ressources matérielles au sein de l'hôpital public sont destinées, à titre principal, à l'exécution de sa mission de service public, ce qui justifie qu'aucun lit, ni aucune installation médico-technique ne peut être réservée exclusivement à l'exercice de l'activité libérale.

Il faut souligner également, que depuis le rétablissement du secteur de l'activité libérale en 1987, l'exercice de l'activité libérale dans les établissements publics de santé est soumis à un régime d'autorisation administrative préalable. Ce constat peut paraître étonnant au regard de l'article L. 6154-4 du Code de la santé publique, en vertu duquel c'est un contrat conclu entre le praticien et l'établissement public de santé qui doit déterminer les modalités d'exercice de l'activité libérale du praticien<sup>1093</sup>. Cependant, le même article ajoute que tout contrat d'exercice libéral dans les établissements publics de santé doit être approuvé par le directeur général de l'Agence régionale de santé. C'est cette approbation qui vaut, en effet, autorisation d'exercice de l'activité libérale. Il s'agit ici d'un nouveau exemple de « mélange du contractuel et de l'unilatéral »<sup>1094</sup> dans le domaine de la santé. Or, à l'image des conventions nationales des professionnels de santé avec l'Assurance maladie, la validité du contrat d'activité libérale est conditionnée par son approbation de la part du directeur général de l'Agence régionale de santé, ce qui vaut également autorisation d'exercice de l'activité libérale dans l'établissement public de santé. Ce mécanisme a conduit à parler d'une valeur contractuelle inexistante pour le contrat d'activité libérale<sup>1095</sup>. Ce constat est d'autant plus évident au regard de la jurisprudence administrative, qui a confirmé que les praticiens hospitaliers bénéficiant d'une autorisation administrative pour l'exercice d'une activité libérale au sein de l'hôpital public ne se trouvent pas dans une situation contractuelle, malgré la conclusion d'un contrat d'activité libérale<sup>1096</sup>. Dans le même ordre d'idées, peut être

---

<sup>1093</sup> V. CLEMENT, Cyril, *Le contrat d'activité libérale des praticiens hospitaliers*, Bordeaux, LEH, 2008.

<sup>1094</sup> TRUCHET, Didier, « Le secteur privé », *op.cit.*, p. 94.

<sup>1095</sup> V. MOQUET-ANGER, Marie-Laure, « Le secteur d'activité libérale des praticiens hospitaliers », *JCP A* n° 22-23, 2004, p. 762.

<sup>1096</sup> CE, 28 déc. 2001, *Syndicat national de défense de l'activité libérale de la médecine à l'hôpital*, n° 229718 et 229756.

invoqué le pouvoir de sanction du directeur général de l'Agence régionale de santé qui lui permet de suspendre ou de retirer l'autorisation d'exercice d'activité libérale octroyée à un praticien<sup>1097</sup> en cours d'exécution du contrat d'activité libérale qui est conclu en principe, pour une période de cinq ans<sup>1098</sup>.

Toujours dans le but d'éviter les abus liés à l'existence du secteur d'activité libérale dans les établissements publics de santé, une surveillance permanente a été instituée sur ce secteur par différents types d'organismes comme les commissions locales de l'activité libérale<sup>1099</sup>, les commissions régionales de l'activité libérale<sup>1100</sup> ou encore le service de contrôle médicale de l'Assurance maladie<sup>1101</sup>.

Par ailleurs, tout exercice d'une activité libérale au sein d'un établissement public de santé a une contrepartie financière, qui consiste dans le versement, par le praticien à l'établissement, d'une redevance pour service rendu dont le but est de couvrir le coût des prestations fournies par ce dernier pour l'exercice de l'activité libérale<sup>1102</sup>.

Le rétablissement en 1987 et par la suite le maintien du secteur de l'activité libérale dans les établissements publics de santé, a été légitimé grâce à l'encadrement juridique du dispositif qui a été mis en place. Ainsi, les contestations relatives au secteur de l'activité libérale des praticiens hospitaliers ont progressivement cédé devant les justifications de son maintien en droit hospitalier. Par ailleurs, un rapport récent sur l'activité libérale dans les établissements publics de santé avait mis en évidence la faible proportion des médecins bénéficiant du dispositif. En ce sens, seulement 10 % des praticiens hospitaliers éligibles ont opté pour l'exercice d'une activité libérale à l'hôpital<sup>1103</sup>.

Cependant, le débat sur l'activité libérale dans les établissements publics de santé est réapparu avec la réforme de modernisation de notre système de santé de 2016 qui a posé le principe que le service public hospitalier est exercé de droit par les établissements publics de santé, qu'il couvre l'ensemble de leurs missions et, surtout, que son régime d'exécution implique l'interdiction de facturation des dépassements d'honoraires à l'égard des usagers.

---

<sup>1097</sup> Art. L. 6154-6 du CSP.

<sup>1098</sup> Art. L. 6154-4 du CSP.

<sup>1099</sup> Art. L. 6154-5 du CSP.

<sup>1100</sup> Art. L. 6154-5-1 du CSP.

<sup>1101</sup> Art. L. 315-1 du CSS.

<sup>1102</sup> V. Art. L. 6154-3, al. 3 du CSP ; CE, ass., 16 juill. 2007, *Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital*, n° 293229, Rec., p. 349.

<sup>1103</sup> LAURENT, Dominique, *L'activité libérale dans les établissements publics de santé*, Rapport adressé au ministre des affaires sociales et de la santé, 31 mars 2013, p. 9.

## B. L'interrogation sur la compatibilité entre le service public hospitalier et le secteur de l'activité libérale dans les établissements publics de santé

La réforme de modernisation de notre système de santé de 2016 a fait du principe de l'accessibilité financière un principe consubstantiel au service public hospitalier. Cela a impliqué la consécration d'une obligation d'absence de dépassements d'honoraires applicable à toute l'activité des établissements de santé assurant le service public hospitalier. Par conséquent, les établissements de santé privés souhaitant obtenir une habilitation pour exécuter le service public hospitalier devaient s'engager à respecter l'obligation d'absence de dépassements des honoraires pour l'ensemble de leurs missions, ce qui apparaît comme difficilement réalisable pour les établissements de santé privé à statut commercial. En revanche, les établissements publics de santé exécutent de droit le service public hospitalier. Or, le législateur ayant fait le choix de conserver, au sein de ces derniers, le secteur de l'activité libérale des praticiens hospitaliers, malgré la dérogation que ce dispositif constitue au droit du service public hospitalier (1). En effet, les pouvoirs publics ont préféré la méthode classique d'encadrement normatif de l'activité libérale dans les établissements publics de santé, mais cet encadrement apparaît comme insuffisant dans le contexte du service public hospitalier refondé par la loi Touraine (2).

### 1. Le maintien de l'activité libérale des praticiens hospitaliers publics dans le contexte de la réforme Touraine

Comme cela a été déjà souligné, le secteur de l'activité libérale des praticiens hospitaliers dans les établissements publics de santé a été préservé en droit français, malgré la refondation de la notion de service public hospitalier qui pourrait en constituer un obstacle. En effet, l'activité libérale des praticiens hospitaliers, et la possibilité des dépassements d'honoraires que celle-ci implique, apparaît comme difficilement conciliable avec l'article L. 6112-2-I-4° du Code de la santé publique, qui prévoit que l'obligation d'absence de facturation des dépassements d'honoraires est une garantie absolue pour les usagers du service public hospitalier, qui doit être observée aussi bien par les établissements de santé assurant sa gestion, que par tous les professionnels de santé exerçant dans leur cadre. Par ailleurs, le Conseil Constitutionnel s'est fondé sur l'article L. 6112-2-I-4° du Code de la santé

publique, pour considérer que l'obligation d'accessibilité tarifaire que cette disposition consacrait devait s'appliquer de manière identique à tous les établissements publics et privés assurant le service public hospitalier, ainsi qu'à l'ensemble de leurs praticiens<sup>1104</sup>. Ainsi, selon les commentateurs du dispositif, cette décision constitutionnelle devait conduire à la suppression du secteur de l'activité libérale dans les établissements publics de santé, ou, le cas échéant, à l'impossibilité pour les praticiens hospitaliers autorisés d'exercer une telle activité de pratiquer des dépassements des tarifs conventionnels du secteur<sup>1105</sup>. Il ne serait ainsi plus possible de justifier le maintien d'une activité libérale avec des dépassements d'honoraires dans un établissement de service public hospitalier, sauf à considérer que les praticiens hospitaliers, lorsqu'ils exercent une telle activité, se situent en dehors du service public<sup>1106</sup>.

Or, par une ordonnance du 12 janvier 2017<sup>1107</sup>, les pouvoirs publics ont adopté une position différente, en précisant que l'activité libérale des praticiens hospitaliers dans les établissements publics de santé pouvait continuer à être pratiquée dans des conditions dérogeant à l'obligation d'absence des dépassements d'honoraires médicaux applicable au service public hospitalier. Il s'agissait ainsi « clairement à neutraliser l'interprétation effectuée par le juge constitutionnel sur ce point. » Cette ordonnance a permis de « pérenniser le droit des praticiens des hôpitaux publics à appliquer des dépassements d'honoraires au sein même des établissements publics de santé.<sup>1108</sup> » Ainsi, au lieu de la suppression du secteur de l'activité libérale dans l'hôpital public, c'est un encadrement plus strict de l'activité libérale qui a été mis en place par un décret du 11 avril 2017<sup>1109</sup>. Or, ce choix politique semble justifié au regard des utilités que présente le secteur de l'activité libérale pour les établissements publics de santé. Cependant, le contrôle qui a été aménagé sur l'activité libérale des praticiens hospitalier dans les établissements publics de santé, reste encore insuffisant. Il persiste ainsi une incompatibilité entre ce dispositif au sein des établissements publics de santé et la prise en charge du service public hospitalier réintroduit par la loi Touraine.

---

<sup>1104</sup> Cons. Const., 21 janv. 2016, *Loi de modernisation de notre système de santé*, préc. cons. 57.

<sup>1105</sup> LEMOYNE DE FORGES, Jean-Michel, « Où va la médecine libérale à l'hôpital public ? », *op.cit.*

<sup>1106</sup> COUTY, Edouard, « Un service public rénové ouvert sur son territoire », *op.cit.*, V. Cons. Const., 21 juin 2019, Cliniques Saint Cœur et autres, 2019-792 QPC, cons. 6 : Le Conseil Constitutionnel a retenu une telle interprétation pour déclarer le dispositif conforme au principe constitutionnel d'égalité.

<sup>1107</sup> Art. 1 de l'ordonnance n° 2017-31 du 12 janvier 2017 de mise en cohérence des textes au regard des dispositions de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, JO, 13 janv. 2017, t. n° 25.

<sup>1108</sup> PELLET, Rémi, « Etablissements de santé et restes à charge », *RDSS* 2017, n° HS, p. 45.

<sup>1109</sup> Décret n° 2017-523 du 11 avril 2017 modifiant les dispositions relatives à l'exercice d'une activité libérale dans les établissements publics de santé, JO, 13 avr. 2017, t. n° 18.



## 2. Les lacunes du dispositif juridique relatif au secteur de l'activité libérale dans les établissements publics de santé

Dès l'origine, le secteur de l'activité libérale au sein de l'hôpital public a été analysé comme un dispositif dérogatoire de droit commun du service public. En effet, l'existence de ce dispositif apparaît clairement en contradiction avec le principe d'égalité devant et dans le cadre du service public. L'activité libérale dans les établissements publics de santé constitue ainsi une source d'inégalité, tout d'abord, entre les praticiens hospitaliers, dans la mesure où seulement certains parmi eux (les praticiens hospitaliers statutaires exerçant en temps plein) peuvent être autorisés à en bénéficier à l'intérieur de l'hôpital. De manière encore plus problématique, ce dispositif conduit à une rupture d'égalité entre les patients dans l'accès aux soins en fonction de leur situation financière, dans la mesure où il permet aux patients admis au titre de l'activité libérale d'un praticien hospitalier d'accéder sans délai d'attente aux soins nécessités par leur état de santé, ce qui n'est pas envisageable pour les usagers ordinaires du service public hospitalier.

Or, dans le contexte de la loi Touraine de 2016, le secteur de l'activité libérale apparaît également comme un facteur d'inégalité de traitement entre les établissements de santé devant le service public hospitalier en fonction de leurs statuts respectifs. En effet, cette réforme a préservé la liberté consacrée au profit des praticiens hospitaliers de facturer des dépassements d'honoraires dans le cadre de leur activité libérale, alors même que cette activité est censée s'exercer à l'intérieur d'un établissement public de santé investi par la loi d'assurer de droit le service public hospitalier et de respecter, pour l'ensemble de son activité, le régime juridique attaché à ce service public. En revanche, les établissements de santé privés qui souhaitent participer à l'exécution du service public hospitalier sont placés dans une situation plus défavorable, dans la mesure où ils doivent obligatoirement renoncer à recruter des médecins pratiquant des dépassements d'honoraires. De la même manière, les praticiens au sein des établissements de santé privés habilités à assurer le service public hospitalier, doivent respecter intégralement et sans possibilité de dérogation l'obligation d'absence des dépassements d'honoraires dans l'exercice de leur activité de soins<sup>1110</sup>.

Or, pour remédier à ces difficultés, la solution la plus simple qui pourrait être retenue consiste en la suppression de la possibilité pour les médecins hospitaliers de pratiquer des

---

<sup>1110</sup> En ce sens : PELLET, Rémi, « Etablissements de santé et restes à charge », *op.cit.*

dépassements d'honoraires dans le cadre de leur activité libérale. Pour autant, la seule mesure qui a été adoptée en la matière a été d'interdire aux médecins non conventionnés d'exercer une activité libérale au sein d'un établissement public de santé. En revanche, l'exercice d'une telle activité a été expressément autorisé pour l'ensemble des praticiens hospitaliers conventionnés<sup>1111</sup>. Cela implique que les médecins conventionnés en secteur 2 disposent toujours de la possibilité de pratiquer leur activité libérale dans l'hôpital public en facturant des dépassements d'honoraires. Or, si peu de praticiens hospitaliers publics ont une activité libérale et s'ils exercent majoritairement en secteur 1, les dépassements d'honoraires en secteur 2 s'avèrent en moyenne plus élevés dans le secteur public que dans le secteur privé<sup>1112</sup>.

Dans ces circonstances, le contrôle sur les dépassements d'honoraires pratiqués par les praticiens hospitaliers publics dans le cadre de leur activité libérale apparaît comme un élément essentiel pour éviter les abus en la matière. Il faut affirmer pour autant qu'il subsiste encore des lacunes qui affaiblissent l'efficacité de ce contrôle. En ce sens, le décret du 11 avril 2017 avait introduit quelques mécanismes d'encadrement mais dont l'efficacité n'est pas suffisamment évidente. A titre d'exemple, une charte de l'activité libérale intra-hospitalière doit être établie dans les établissements publics de santé où les praticiens exercent une activité libérale<sup>1113</sup>. Cependant, l'efficacité de cette charte comme instrument d'encadrement des dépassements d'honoraires dans le cadre de l'activité libérale n'est pas pleinement garantie, notamment en raison de sa faible portée sur le plan normatif.

De la même manière, les praticiens hospitaliers concernés bénéficient toujours d'une option, ouverte par l'article L. 6154-3 du Code de la santé publique, pour la perception de leurs honoraires au titre de l'activité libérale. Celle-ci pourrait s'effectuer ainsi soit directement auprès des patients, soit auprès de l'administration de l'hôpital. En effet, l'article 54 de la loi du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, avait instauré, pour une période courte, la pratique du paiement obligatoire des honoraires perçus au titre de l'activité libérale par les caisses de l'hôpital. Or, c'est en procédant directement au paiement des honoraires des praticiens, que l'établissement public de santé est en mesure de s'informer, de la manière la plus complète possible, sur le volume de l'activité libérale de ses praticiens, mais, avant tout, sur le montant des dépassements d'honoraires pratiqués par ces derniers. En revanche, tout paiement d'honoraires effectué directement par le patient est

---

<sup>1111</sup> V. Art. L. 6154-2 et R. 6154-5-1 du CSP.

<sup>1112</sup> V. ABALLEA, Pierre et al., *Les dépassements d'honoraires médicaux*, op.cit., p. 22

<sup>1113</sup> Art. R. 6154-3-1 du CSP.

source potentielle des abus de la part des praticiens dans la fixation du montant des honoraires demandés.

Cependant, une limite importante des abus dans la fixation des montants des dépassements d'honoraires par les praticiens hospitaliers a été dégagée par la jurisprudence administrative<sup>1114</sup>. Le Conseil d'Etat avait ainsi considéré que l'appréciation du montant de la redevance due à l'hôpital par un praticien en contrepartie de l'exercice d'une activité libérale, pouvait prendre en considération en particulier les avantages économiques tirés par le praticien de l'exercice de son activité libérale. Par conséquent, le montant des honoraires perçus au titre de cette activité pourrait être pris en considération dans la fixation du montant de la redevance hospitalière. En ce sens, l'article D. 6154-10-1 du Code de la santé publique prévoit désormais que la redevance en question est fixée en pourcentage des honoraires perçus par les praticiens hospitaliers au titre de leur activité libérale.

Ainsi, le secteur de l'activité libérale dans les établissements publics de santé était sauvé dans le contexte de la redéfinition du service public hospitalier. Le maintien de ce dispositif était justifié essentiellement en raison de son intérêt au vu de l'attractivité de l'hôpital public à l'égard des professionnels de santé. Cependant, le maintien du secteur de l'activité libérale, comprenant la possibilité pour les praticiens hospitaliers d'effectuer des dépassements d'honoraires, constitue une entrave au principe d'égalité des établissements de santé devant le service public hospitalier et un avantage concurrentiel supplémentaire au profit des établissements publics de santé dans le cadre du secteur hospitalier.

---

<sup>1114</sup> CE, ass., 16 juill. 2007, *Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital*, n° 293229, Rec., p. 349. CRISTOL, Danièle, « Activité libérale des praticiens hospitaliers statutaires et redevances », *RDSS*, 2007, p. 1050.



## CONCLUSION TITRE 2

L'introduction, en droit de la santé, de la notion de missions de service public de santé, effectuée par la loi Bachelot de 2009, est la marque officielle du dépassement de la notion traditionnelle de service public hospitalier dans son rôle originaire de fondement du système hospitalier.

Ce dépassement est en partie lié à l'apparition d'une nouvelle dimension entrepreneuriale des établissements publics de santé. En effet, ces derniers sont désormais conçus non seulement comme des institutions publiques dédiées à l'exécution d'un service public, mais également comme des opérateurs-prestataires de services de santé dans le cadre d'un secteur hospitalier concurrentiel. Par conséquent, ces établissements ont été dotés de moyens pour améliorer leur productivité et efficacité, ce qui les a rapprochés considérablement aux prestataires des services de santé ayant un statut privé<sup>1115</sup>.

En outre, le dispositif de la planification sanitaire, qui est opposable à tous les établissements de santé publics et privés, s'est imposé, à la différence du service public hospitalier, comme un véritable fondement alternatif du système hospitalier français. En ce sens, la planification sanitaire a déclenché un processus d'unification de la régulation des établissements de santé. Elle a impliqué également le renforcement des démarches de coopérations public-privé dans le domaine hospitalier, y compris au vu de l'organisation mutualisée des activités de soins.

Or, l'analyse de la nouvelle notion de service public hospitalier, réintroduite par la loi Touraine de 2016, permet de réaffirmer que la notion traditionnelle de service public ne peut pas être conçue comme fondement du système hospitalier ou du système de santé dans le cadre français.

En effet, la nouvelle notion de service public hospitalier apparaît davantage comme un outil de revalorisation du secteur public de l'hospitalisation au sein du système de santé. En ce sens, la définition du service public hospitalier par référence à un bloc d'obligations et de missions conduit pratiquement à exclure les établissements de santé privés commerciaux de son exécution. De la même manière, les dispositifs qui accompagnent le rétablissement du

---

<sup>1115</sup> V. PELJAK, Dominique, « Pourquoi faut-il requalifier les hôpitaux publics en EPIC ? », *AJDA* 2006, p. 1705.

service public hospitalier dans la loi peuvent poser un certain nombre de difficultés au regard du droit de la concurrence. C'est le cas, en particulier, des groupements hospitaliers de territoire, qui permettent de mettre l'accent sur la coopération public-public dans la prise en charge des besoins territoriaux de santé. Le même constat peut être fait au regard du secteur de l'activité libérale dans les établissements publics de santé, qui constitue un dispositif permettant de déroger à l'obligation de ne pas pratiquer des dépassements d'honoraires dans le cadre du service public hospitalier.

## **Partie 2 L'extension du régime de service public comme instrument d'organisation du système de santé**

Il a été déjà constaté, qu'en droit français, la notion de service public n'a pas pu s'imposer comme le fondement du système de santé<sup>1116</sup>, ni par ailleurs comme le fondement du système hospitalier<sup>1117</sup>. Cependant, c'est le régime juridique attaché à la notion de service public qui est progressivement mobilisé comme instrument d'organisation du système de santé.

Deux facteurs vont imposer de repenser le contenu de la notion de service public en matière de santé.

Le premier facteur est un facteur tiré du droit du service public. Ce facteur est lié à l'évolution de l'approche de la notion de service public en droit français sous l'influence du droit de l'Union Européenne qui a pu entraîner des conséquences sur la notion de service public dans le domaine de la santé.

En effet, le droit de l'Union Européenne est porteur d'une approche moins idéologique et institutionnelle et essentiellement pragmatique et technique en matière de service public. En ce sens, le droit de l'Union Européenne est à l'origine d'une approche purement fonctionnaliste des services d'intérêt général, mettant en avant la fonction attachée à la notion de service d'intérêt général au sein de l'Union Européenne, qui est d'englober dans son cadre les activités d'intérêt général susceptibles de bénéficier des dérogations au droit du marché intérieur, nécessaires à l'accomplissement de leurs missions et de leurs obligations spécifiques. De ce point de vue, il y a deux éléments essentiels qui singularisent l'approche fonctionnaliste européenne, en la distinguant de l'approche française classique en matière de service public. Ces éléments se manifestent essentiellement dans le champ des services qualifiés de services d'intérêt économique général.

En premier lieu, en droit de l'Union Européen, les services d'intérêt économique général sont censés s'inscrire au sein d'un secteur marchand ouvert à la concurrence entre

---

<sup>1116</sup> *Supra*, p. 93.

<sup>1117</sup> *Supra*, p. 219.

plusieurs opérateurs économiques. Pour cette raison, le droit de l'Union Européenne implique de procéder à l'identification claire et précise des missions et des obligations de service d'intérêt général dans chaque secteur concerné. En ce sens, la logique retenue au sein de l'Union Européenne contraste nettement avec l'approche globale du service public, qui était adoptée dans le contexte français et qui consistait en l'inclusion de toutes les missions relevant d'un secteur d'intérêt collectif donné dans le champ de la notion de service public. L'approche européenne a entraîné, en outre, une rupture avec le paradigme existant dans le contexte français, de la gestion des activités de service public sous forme de monopole public sur le marché, ou selon la mise en œuvre d'un régime de prérogative de puissance publique. Le droit de l'Union Européenne insiste ainsi exclusivement sur la conception des services d'intérêt général comme un ensemble de missions d'intérêt général qui doivent être rendus au public dans le respect de certaines obligations spécifiques, dont l'exécution est susceptible d'être compensée par le versement des subventions publiques.

En outre, à la différence du droit administratif français, le droit de l'Union Européenne ne retient pas une approche organique de la notion de service d'intérêt général. En ce sens, la Commission européenne avait insisté sur l'ambivalence de la notion de service public qui pouvait être confondue avec la notion de secteur public englobant les administrations publiques et les entreprises contrôlées par les autorités publiques. En effet, le droit de l'Union Européenne laisse aux Etats membres la faculté de choisir les modes de prise en charge des activités de services d'intérêt général, qui peuvent être directement assurées par la collectivité publique ou conférées à des organismes tiers de droit public ou privé. Toutefois, dans le domaine des services d'intérêt économique général, le droit de l'Union européenne priorise l'hypothèse de l'association du secteur privé dans la prise en charge des missions relevant de ces services.

Le deuxième facteur qui doit être invoqué est un facteur tiré du droit de la santé. Il s'agit de l'émergence, dans le champ juridique, du concept de système de santé, qui a dépassé la notion de service public en matière de santé.

Il convient de rappeler qu'une série de réformes hospitalières ont contribué à la construction d'un système hospitalier en dehors du cadre du service public hospitalier. La notion de système hospitalier se réfère à la coordination de l'ensemble de l'offre de soins hospitalière par l'Etat au travers des agences régionales de santé. Par conséquent, tous les établissements de santé se trouvent désormais soumis à un socle de droit commun, malgré le



maintien de la diversité de leurs statuts juridiques. En ce sens, le système hospitalier a dépassé la notion de service public hospitalier dans le champ sanitaire.

Néanmoins, la construction du système hospitalier en droit français a été prolongée par la construction d'un système de santé, notion qui renvoie à l'organisation de toute la chaîne de l'offre de soins par l'Etat<sup>1118</sup>.

En ce sens, les dernières réformes adoptées dans le domaine sanitaire se réfèrent désormais à l'organisation du système de santé et non plus au système strictement hospitalier, voire au service public hospitalier. Le système de santé apparaît ainsi comme un nouveau concept juridique, visant à « réunir tous les établissements et professionnels de santé, quel qu'en soit le statut, pour les soumettre à des règles et des disciplines communes.<sup>1119</sup> » Il s'entend ainsi comme un concept qui implique l'application d'un régime de droit commun à l'ensemble des offreurs de soins en vue de l'accomplissement de certains objectifs d'intérêt général, qui sont notamment la protection de la santé de la population et la réponse coordonnée aux demandes de santé des usagers.

Or, la notion de système de santé ne doit pas être confondue avec la notion de service public de santé. En ce sens, le régime juridique du système de santé présente des points en commun avec le régime juridique du service public, sans pour autant que ces deux régimes juridiques se confondent complètement. Le régime juridique du système de santé est ainsi moins contraignant par rapport au régime juridique du service public. Cela s'explique par la prise en considération de la diversité des statuts juridiques des offreurs de soins qui composent le système de santé français. Le régime juridique du système de santé repose ainsi sur des mécanismes plus souples que les mécanismes classiques de service public, tels que la régulation, la contractualisation, l'incitation et l'initiative des acteurs du terrain.

En ce sens, le renouvellement du rôle de la notion de service public en matière de santé, comme instrument d'organisation du système de santé, est initié, d'une part, sous l'influence du droit de l'Union Européenne et son approche fonctionnaliste en matière de services d'intérêt général (**Titre 1**) et, d'autre part, par la dilution progressive de la notion de service public au sein du système de santé. (**Titre 2**).

---

<sup>1118</sup> EVIN, Claude, *Les droits des usagers du système de santé*, *op.cit.*, p. 11.

<sup>1119</sup> V. TRUCHET, Didier, « Etablissement public de santé et système de santé », *AJDA* 2006, p. 401.



# **Titre 1- La transformation de la notion de service public dans le domaine de la santé sous l'influence du droit de l'Union Européen**

Le droit de l'Union Européenne constitue le premier facteur qui a contribué à la transformation progressive du rôle de la notion de service public dans le domaine de la santé. En effet, le droit de l'Union Européenne apparaît comme un élément de confortation des logiques de service public en matière de santé, dans la mesure où son approche fonctionnaliste en matière de services d'intérêt général a permis de mettre l'accent exclusivement sur les finalités attachées au procédé de service public dans l'organisation du système de santé. C'est en ce sens, que le droit de l'Union Européenne a permis de concevoir la notion de service public comme un instrument d'organisation du système de santé en droit français.

Or, le constat d'une confortation des logiques de service public en matière de santé par le droit de l'Union Européenne peut paraître paradoxal, dans la mesure où initialement, le droit de l'Union Européenne avait promu une approche qui semblait très éloignée de l'approche française du service public. En ce sens, la doctrine juridique avait identifié une période initiale d'ignorance, voire de remise en cause de l'approche française du service public par le droit de l'Union Européenne<sup>1120</sup>. La construction communautaire était présentée comme « un vecteur de déliquescence de la conception française de service public<sup>1121</sup> » allant dans le sens d'un « refoulement maximal des services publics<sup>1122</sup> » dans le cadre français.

En premier lieu, l'Union Européenne, fondée sur le projet de construction d'un marché intérieur à l'échelon européen, semblait véhiculer une approche dérogatoire des services publics par rapport au marché. En ce sens, dans le cadre de l'Union Européenne, le libre marché concurrentiel était érigé en nouveau paradigme de satisfaction des besoins d'intérêt collectif. Dans cette configuration, il existait une logique de subsidiarité du service public par rapport au marché. Or, une telle vision contrastait nettement avec la conception française, dans le cadre de laquelle le service public est envisagé comme le procédé par excellence de satisfaction des besoins d'intérêt général, ce qui justifiait la soustraction des activités de

---

<sup>1120</sup> V. LONG, Marceau, « Service public, services publics : déclin ou renouveau ? », *RFDA*, *op.cit.* ; LONG, Marceau, « Service public et réalités économiques du XIXe siècle au droit communautaire », *op.cit.*

<sup>1121</sup> BRACONNIER, Stéphane, *Droit des services publics*, *op.cit.*, p. 65.

<sup>1122</sup> CHAPUS, René, *Droit administratif général*, t. 1, *op.cit.*, p. 574.

service public aux mécanismes du marché, ainsi que leur prise en charge sous forme de monopole ou à l'appui des prérogatives exorbitantes de droit commun conférées aux organismes responsables de l'exécution des activités de service public.

De la même manière, le droit de l'Union Européenne était à l'origine d'une approche principalement économique des services publics au travers de la notion de services d'intérêt économique général, qui était, pendant longtemps, la seule notion consacrée au niveau des traités constitutifs de l'Union<sup>1123</sup>. Par ailleurs, le principe était posé de l'application du droit européen de la concurrence aux entreprises chargées de la gestion des services d'intérêt économique général. Par conséquent, les dérogations aux règles du droit européen de la concurrence au profit des services d'intérêt économique général n'étaient admises que dans la mesure où leur application ne permettait pas de garantir le fonctionnement normal de ces services.

Cependant, à fur et à mesure était forgée une approche plus globale et systémique des services publics en droit de l'Union Européenne dans le sens d'une convergence avec le droit administratif français sur ce point. Cette approche est passée par la construction des notions européennes autonomes pour désigner les activités d'intérêt général à l'échelon européen. Ces notions autonomes figurent désormais au sein des traités constitutifs de l'Union Européenne. En ce sens, le protocole n° 26 sur les services d'intérêt général du 26 octobre 2012, annexé au traité de Lisbonne de 2007, souligne l'importance des services d'intérêt général en Europe, qui sont définis comme « les services marchands ou non marchands que les autorités publiques considèrent comme étant d'intérêt général et soumettent à des obligations spécifiques de service public<sup>1124</sup>.» La notion de service d'intérêt général est une notion générique qui permet de regrouper les activités de services non marchands, qualifiés de services non économiques d'intérêt général, qui échappent aux règles du droit européen de la concurrence, ainsi que les activités de services marchands, qualifiés de services d'intérêt économique général, qui sont soumis au droit de la concurrence, mais qui peuvent bénéficier d'un régime dérogatoire au sein du marché intérieur pour l'accomplissement de leurs missions d'intérêt général. Toujours est-il, que la construction de ces notions européennes autonomes, ainsi que leur consécration par le droit primaire de l'Union Européenne, a permis de mettre l'accent sur deux aspects essentiels. D'un côté, le droit de l'Union Européenne a officiellement consacré le principe de l'autonomie des Etats membres dans la définition,

---

<sup>1123</sup> V. art. 106§2 du TFUE, ex art. 86§2 du TCE.

<sup>1124</sup> Livre vert de la Commission sur les services d'intérêt général, COM(2003), *op.cit.*, p. 7

l'organisation, le financement et le contrôle de leurs services d'intérêt général. Mais surtout, le droit de l'Union Européenne reconnaît pleinement la spécificité des services d'intérêt général au niveau européen, en ce qu'ils visent à répondre aux besoins essentiels qualifiés d'intérêt général, ce qui permet de les distinguer des activités marchandes ordinaires qui relèvent de la libre initiative et de la concurrence. En ce sens, progressivement était dégagé, en droit de l'Union Européenne, un régime juridique spécifique attaché aux services d'intérêt général comprenant un ensemble commun d'obligations, qui englobe la garantie d'un service universel, ainsi que l'aménagement de la continuité, la qualité et l'accessibilité tarifaire de ces services<sup>1125</sup>.

« La revalorisation du service public<sup>1126</sup> » en droit de l'Union Européenne a également impliqué le développement d'une approche plus politique et symbolique des services d'intérêt général, se rapprochant à nouveau de l'approche française en matière de service public. En ce sens, le droit primaire, par le biais de l'article 14 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, classe les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union Européenne et consacre leur rôle primordial dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale au niveau européen. De la même manière, cet article souligne l'impératif que ces services fonctionnent dans des conditions, notamment économiques et financières, leur permettant d'accomplir leur missions. Les services d'intérêt économique général sont également envisagés comme un pilier de la citoyenneté européenne. En ce sens, l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne prévoit que l'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général aménagés par les législations nationales, conformément au droit de l'Union Européenne.

Ainsi, progressivement, les services d'intérêt général ont été identifiés par rapport aux objectifs qu'ils sont censés remplir au sein de l'Union Européenne, en tant que vecteurs de la solidarité sociale à l'échelon européen.

Or, en droit français, le secteur des services de santé est l'un des secteurs qui a dû s'adapter à la nouvelle conception européenne du service public. Le processus d'adaptation de la notion de service public en matière de santé aux exigences du droit de l'Union Européenne a été successivement mis en œuvre par la réforme Bachelot du 21 juillet 2009, qui a substitué à la notion traditionnelle de service public hospitalier la notion de missions de service public

---

<sup>1125</sup> *Ibid*, p. 16 et s.

<sup>1126</sup> DUBOUIS, Louis, BLUMANN, Claude, *Droit matériel de l'Union Européenne*, Paris, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., 2019, p. 804-808.

de santé, et par la réforme Touraine de 2016, qui a rétabli la notion de service public hospitalier, mais en adoptant une définition principalement formelle de cette notion par référence aux obligations de service public hospitalier.

Il convient ainsi de remarquer que l'approche fonctionnaliste véhiculée par le droit de l'Union Européenne a permis de réactiver les logiques de service public au sein du système de santé français, en ce qu'elle a conduit à préciser et à souligner la fonction dédiée à la notion de service public dans l'organisation du système de santé, en tant que procédé juridique censé renforcer l'égal accès, territorial et financier à certains services de santé que le système de santé n'est pas en mesure de fournir aux usagers dans les mêmes conditions d'accessibilité.

En ce sens, l'inclusion progressive du système de santé dans le champ du marché intérieur (**Chapitre 1**) a conduit à la transposition de l'approche fonctionnaliste attachée à la notion de service d'intérêt économique général, en droit interne de la santé (**Chapitre 2**).

# Chapitre 1 - L'inclusion du système de santé dans le champ du marché intérieur

Selon l'affirmation de l'ancien Vice-présidence du Conseil d'Etat Marceau Long, « la construction européenne est essentiellement dominée par la liberté de la circulation et des échanges (personnes, capitaux, biens, marchandises), et par le jeu de la concurrence<sup>1127</sup>. »

En ce sens, la réalisation d'un marché intérieur est un objectif fondamental dans le cadre de l'Union Européenne. En vertu de l'article 26§2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités. La construction du marché intérieur s'appuie sur la réalisation de quatre libertés économiques fondamentales consacrées au niveau de l'Union Européenne, qui sont la libre circulation des marchandises<sup>1128</sup>, la libre circulation des personnes<sup>1129</sup>, la libre circulation des services<sup>1130</sup> et la libre circulation des capitaux<sup>1131</sup>. La réalisation effective du marché intérieur et des libertés économiques fondamentales implique une élimination progressive des frontières tarifaires (douanières et fiscales) et non tarifaires (techniques et réglementaires) aux échanges européens. Le droit du marché intérieur englobe ainsi l'ensemble des règles du droit européen primaire ou dérivé adoptées afin de rendre effective la réalisation du marché intérieur.

Il faut souligner également que le droit de la concurrence apparaît comme l'un des instruments majeurs en vue de la réalisation du projet du marché intérieur. A ce titre, le Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, dans ses articles 101 à 109, énumère un ensemble de règles qui relèvent du droit européen de la concurrence et qui s'appliquent à toutes les entreprises au sein de l'Union Européenne, c'est-à-dire à tous les organismes dont la fonction est de produire ou de fournir des biens et des services sur un marché.

---

<sup>1127</sup> LONG, Marceau, «Service public et réalités économiques du XIXe siècle au droit communautaire », *RFDA*, 2001, p. 1161.

<sup>1128</sup> Art. 28 à 37 TFUE.

<sup>1129</sup> Art. 45 à 48 TFUE.

<sup>1130</sup> Art. 56 à 62 TFUE.

<sup>1131</sup> Art. 63 à 66 TFUE.

Par ailleurs, en vertu de l'article 106§2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, l'ensemble des règles du droit européen de la concurrence sont en principe applicables aux entreprises chargées de la gestion des services d'intérêt économique général. Le même article précise néanmoins, que pour les services économiques d'intérêt général, il est possible de déroger aux règles du droit de la concurrence, lorsque, d'une part, il apparaît que l'application de ces règles empêche l'accomplissement de leur mission d'intérêt général et, d'autre part, lorsque la dérogation envisagée n'affecte pas le développement des échanges d'une façon contraire à l'intérêt de l'Union.

Cependant, dans le cadre de sa jurisprudence, la Cour de justice de l'Union Européenne avait autorisé de manière plus extensive les restrictions au droit européen de la concurrence au profit des services d'intérêt économique général. Ont été admises ainsi les limitations de la concurrence apparaissant comme nécessaires à l'accomplissement de la mission d'intérêt général conférée aux services d'intérêt économique général<sup>1132</sup>, destinées à assurer l'équilibre économique et financier des organismes chargés de la gestion de ces services<sup>1133</sup>, ou encore, à compenser les contraintes qui pèsent sur ces services et qui ne subissent pas les entreprises privées<sup>1134</sup>. Par ailleurs, le droit de l'Union Européenne avait progressivement pris en considération les spécificités des services d'intérêt économique général par rapport aux services économiques ordinaires par le biais des concepts de service universel<sup>1135</sup> et d'obligations de services publics<sup>1136</sup>.

Toujours est-il que dans le contexte français, le droit du marché intérieur a obligé « à apprendre à penser le service public dans un environnement concurrentiel<sup>1137</sup>. »

En ce sens, sur le fondement de l'article 106§2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, a été initié un processus de réorganisation des services publics

---

<sup>1132</sup> CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, aff. C-393/92, point 49.

<sup>1133</sup> CJCE, 19 mai 1993, *Paul Corbeau*, aff. C-320/91, point 17

<sup>1134</sup> CJCE, 23 oct. 1997, *Commission c. France*, aff. C-159/94, points. 56-59.

<sup>1135</sup> En droit de l'Union Européenne, la notion de service universel porte sur un ensemble d'exigences d'intérêt général dont l'objectif est de veiller à ce que certains services soient mis à la disposition de tous les consommateurs et utilisateurs sur la totalité du territoire d'un Etat membre, indépendamment de leur position géographique, au niveau de qualité spécifié et, compte tenu de circonstances nationales particulières, à un prix abordable. Elle a été établie spécifiquement à l'intention de certaines industries de réseaux (télécommunications, électricité, services postaux) : Livre vert de la Commission sur les services d'intérêt général, COM(2003), *op.cit.*, p. 16.

<sup>1136</sup> En droit de l'Union Européenne, la notion d'obligations de service public désigne les obligations spécifiques imposées par les autorités publiques à un fournisseur de service afin de garantir la réalisation de certains objectifs d'intérêt public, par exemple dans le secteur du transport aérien, ferroviaire ou routier et dans le domaine de l'énergie. Ces obligations peuvent être imposées au niveau communautaire, national ou régional : Livre vert de la Commission sur les services d'intérêt général, COM(2003), *op.cit.*, p. 7.

<sup>1137</sup> KOVAR, Robert, « Droit communautaire et service public », *RTD eur.*, 1996, p. 215.



industriels et commerciaux en réseaux dans le sens d'une libéralisation progressive de ces services anciennement monopolistiques. Ce mouvement a été réalisé sur la base d'une approche sectorielle et a concerné les grands services publics en réseaux, tels que les télécommunications<sup>1138</sup>, la poste<sup>1139</sup>, l'énergie (l'électricité<sup>1140</sup> et le gaz<sup>1141</sup>), les transports ferroviaires<sup>1142</sup> et aériens<sup>1143</sup>.

Il faut souligner également que le secteur sanitaire n'a pas échappé à l'emprise du marché intérieur. Le droit de l'Union Européen avait ainsi engagé un processus de « translation » des libertés économiques européennes vers le domaine de la santé<sup>1144</sup>. En ce sens, sous l'égide des libertés de circulation des personnes et des services, le droit de l'Union Européenne, au travers de la jurisprudence de la Cour de justice<sup>1145</sup> et des actes du droit dérivé<sup>1146</sup>, s'est saisi de plusieurs aspects touchant à l'organisation des systèmes de santé. A titre d'exemple, l'Union Européenne est intervenue pour réglementer la mobilité des patients dans le cadre d'un « marché intérieur des soins de santé », ainsi que la question accessoire du remboursement des frais médicaux liés aux soins transfrontaliers<sup>1147</sup>. Par ailleurs, sous le prisme de la libre circulation des marchandises, l'Union Européenne s'est saisie de l'organisation de la circulation et de la commercialisation des médicaments, des produits et des appareils de santé dans l'espace européen<sup>1148</sup>. De la même manière, sous le prisme de la libre circulation des personnes, a été aménagée la circulation des professionnels de santé au niveau européen<sup>1149</sup>.

---

<sup>1138</sup> Dir. 90/388/CEE de la Commission, du 28 juin 1990, relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunication, JOCE, L 192, 24 juill. 1990, p. 10.

<sup>1139</sup> Dir. 97/67/CE du Parlement Européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service. JOCE L 15, 21 janv. 1998, p. 14

<sup>1140</sup> Dir. 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, JOCE, L 27, 30 janv. 1997, p. 20.

<sup>1141</sup> Dir. 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, JOCE n° 204, 21 juill. 1998, p. 1

<sup>1142</sup> Dir. 91/440/CEE du Conseil, du 29 juillet 1991, relative au développement de chemins de fer communautaires, JOCE, L 237, 24 août 1991, p. 25.

<sup>1143</sup> Règl. (CEE) n° 2408/92 du Conseil, du 23 juillet 1992, concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires, JOCE L 240, 24 août 1992, p. 8.

<sup>1144</sup> BLANC, Didier, « La planification des services de santé et le droit de l'Union européenne », *RTD Eur.*, 2013, p. 217.

<sup>1145</sup> CJCE, 28 avr. 1998, *Kohll et Decker*, aff. C-120/95 et C-158/96.

<sup>1146</sup> Dir. 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, JOUE L 88, p. 45.

<sup>1147</sup> V. DE GROVE-VALDEYRON, Nathalie, *Droit européen de la santé*, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2018, p. 136-156.

<sup>1148</sup> DE GROVE-VALDEYRON, Nathalie, *Droit européen de la santé*, *op.cit.*, p. 167-175.

<sup>1149</sup> *Ibid.*, p. 156-167.

Cependant, la question qui se pose est celle du statut des services sanitaires au sein du marché intérieur. Il s'agit, plus précisément, de savoir si ces services se présentent comme des services d'intérêt économique général au sens du droit de l'Union Européenne et s'ils pourraient être envisagés comme des entreprises soumises au droit européen de la concurrence. Or, il convient d'apporter une réponse nuancée à cette question.

Ainsi, d'une part, plusieurs facteurs ont permis de constater le développement d'une approche entrepreneuriale des services sanitaires dans le cadre français sous l'influence du droit de l'Union Européenne. En effet, ces services relèvent majoritairement de la catégorie européenne de services d'intérêt économique général, y compris lorsqu'ils sont exécutés dans le cadre du régime de service public en droit interne. (**Section 1**).

Cependant, d'autre part, le droit de l'Union Européenne prend en considération la spécificité des services de santé au sein du marché intérieur, qui découle de la particularité de leur objet : ces services visent à permettre de maintenir et d'améliorer l'état de santé des personnes et des populations. Par conséquent, la dimension économique, même si elle présente, apparaît comme secondaire pour ce type de services. En ce sens, les services sanitaires sont des services d'intérêt économique général, mais d'une nature sociale, qui est censée primer sur leurs éventuelles implications marchandes. Par conséquent, il faut constater que l'influence du marché intérieur sur les services de santé est limitée (**Section 2**).

## **Section 1. Le développement d'une approche entrepreneuriale des services sanitaires**

Pendant longtemps, la question du statut des services sanitaire par rapport au marché intérieur n'a pas été clairement tranchée par le droit de l'Union Européenne.

Toutefois, dès les années 1990, cette question a été abordée au sein de la doctrine juridique française. Ainsi, selon certains auteurs, il n'y avait que peu de points de contacts entre le droit du marché intérieur et le service public hospitalier français, l'entrée éventuelle de ce service public dans la catégorie européenne de services d'intérêt économique général apparaissait, par conséquent, comme une hypothèse exclue<sup>1150</sup>. En revanche, pour d'autres

---

<sup>1150</sup> TRUCHET, Didier, « Réflexions générales et perspectives », in *Europe de la santé : entre service public et service d'intérêt économique général*, Cahiers de CERDES, p.100.

auteurs, ce manque d'intérêt des institutions communautaires à l'égard des services de santé n'était qu'une situation transitoire, mais le jour viendrait où celles-ci seraient conduites à examiner, en particulier, les rapports des hôpitaux publics et des cliniques privées sous l'angle du droit de la concurrence et par conséquent, la conception du service public en matière sanitaire pourrait être appelée à évoluer comme dans le domaine des services en réseaux<sup>1151</sup>.

Or, force est de constater que progressivement a émergé une approche entrepreneuriale des services de santé, qui a été consolidée par un certain nombre d'éléments provenant à la fois du droit de l'Union Européen, ainsi que du droit français. En ce sens, le développement de l'approche entrepreneuriale des services de santé se trouve conforté, d'une part, à l'aune de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de services d'intérêt économique général (§1) et, d'autre part, à l'aune des spécificités du modèle français d'organisation des services de santé (§2).

### ***§1. Une approche confortée à l'aune de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union Européenne en matière de services d'intérêt économique générale***

Comme cela a été souligné, dans les années 1980, au moment de l'intrusion du droit du marché intérieur et du droit de la concurrence dans l'organisation de certains services publics, la question du statut des services sanitaires au sein du marché intérieur n'était pas à l'ordre du jour. Initialement, l'influence du marché intérieur semblait limitée aux seuls services publics « les plus proches du marché.<sup>1152</sup> » Il est apparu que l'article 106§1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne ne visait directement que les services publics de nature économique qui étaient qualifiés en droit français en services publics industriels et commerciaux. Par ailleurs, au sein de cette dernière catégorie, n'étaient concernés que les services publics industriels et commerciaux en réseau, dont la gestion était pendant longtemps exercée en monopole par des entreprises publiques appartenant à l'Etat.

En revanche, deux grandes catégories de services publics semblaient a priori exclues du champ du marché intérieur. Il s'agissait, tout d'abord, des services publics locaux assumés

---

<sup>1151</sup> DUBOUIS, Louis, « Présentation générale », in *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, t. I *op.cit.*, p. 409 ; V.aussi : LEMOYNE de FORGES, Jean-Michel, « Le système hospitalier français face au droit communautaire de la concurrence », in *Au carrefour des droits. Mél. En l'honneur de Louis Dubouis*, 2002, p. 812.

<sup>1152</sup> VOISSET, Michèle, « Le service public autrement », *RFDA*, 1995, p. 304.

par les collectivités locales, dans la mesure où la gestion de ce type de services n'était pas censée affecter les échanges économiques entre les Etats membres de l'Union Européenne. De la même manière, devaient échapper à l'emprise du marché intérieur l'ensemble des services publics qualifiés en services publics administratifs, dans la mesure où ces services n'étaient pas censés avoir une nature principalement économique<sup>1153</sup>.

Or, face à ce constat initial, les services sanitaires semblaient exclus du champ du marché intérieur, en raison de leur objet social, ainsi que de leur appartenance à la catégorie nationale de services publics administratifs. Tel était le cas, en particulier, du service public hospitalier français, qui était expressément qualifié en service public administratif, que ce soit par la jurisprudence<sup>1154</sup> ou par le législateur<sup>1155</sup>.

Cependant, à l'aune de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union Européenne, l'approche entrepreneuriale a été étendue aux services sanitaires. En ce sens, la Cour de justice a développé une approche extensive et fonctionnelle de la notion de service d'intérêt économique général (A), ce qui a conduit à l'intégration de la plus grande partie des services sociaux et sanitaires dans le champ du marché intérieur(B).

#### A. L'approche extensive de la notion de service d'intérêt économique général

Il ressort de la pratique communautaire, que la notion de services d'intérêt économique général se réfère aux services de nature économique que les États membres ou l'Union Européenne soumettent à des obligations spécifiques de service public en vertu d'un critère d'intérêt général<sup>1156</sup>. Le régime juridique applicable à ces services est précisé par l'article 106§2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne. En vertu de cet article, les services d'intérêt économique général sont en principe soumis aux règles du droit européen de la concurrence, mais peuvent bénéficier, à titre dérogatoire, d'exceptions à l'application de ces règles nécessaires à l'accomplissement de leurs missions d'intérêt général.

---

<sup>1153</sup> V. DUBOUIS, Louis, « Le service public et la construction communautaire », *RFDA*, 1995, p. 291.

<sup>1154</sup> V. T Confl., 12 janv. 1987, *Mme Launay c/ Assistance publique de Paris*, n° 02436 ;

<sup>1155</sup> V. art. L. 6141-1 du CSP, qualification par référence aux établissements publics de santé qui assurent de droit le service public hospitalier et qui sont qualifiés comme des personnes morales de droit public dont l'objet principal n'est ni industriel, ni commercial.

<sup>1156</sup> Livre vert de la Commission sur les services d'intérêt général, préc., point 17.

Or, dans le cadre de sa jurisprudence, la Cour de justice de l'Union Européenne avait dégagé des critères précis d'identification des services d'intérêt économique général, qui ont mis en évidence que la notion de service d'intérêt économique général dépassait le cadre strict des services industriels en réseaux pour englober toutes les activités de services d'intérêt général ayant, de près ou de loin, une vocation économique. Il existe ainsi quatre éléments constitutifs de la notion de service d'intérêt économique général<sup>1157</sup>. Certains de ces éléments se rapportent au caractère d'intérêt général du service et permettent de le distinguer des activités économiques ordinaires. Il s'agit de la présence des missions d'intérêt général, ainsi que de l'investiture de l'organisme responsable de la gestion du service par un mandat public officiel. D'autres éléments se réfèrent davantage à la nature économique du service et permettent de le distinguer des services non économiques d'intérêt général, qui restent à l'abri de l'application du droit de la concurrence. En ce sens, en droit de l'Union Européenne, l'identification du caractère économique d'un service d'intérêt général s'appuie sur deux éléments : la nature marchande de l'activité faisant l'objet du service, ainsi que la présence d'une entreprise responsable de la prise en charge du service.

En ce qui concerne la nature marchande de l'activité, celle-ci est définie de manière classique, comme toute activité consistant à offrir des biens et des services sur un marché par une entreprise moyennant une rémunération qui constitue la contrepartie économique de la prestation en cause<sup>1158</sup>.

C'est surtout la notion d'entreprise qui a été définie de manière extensive et purement fonctionnelle par la Cour de justice de l'Union Européenne. La juridiction européenne a précisé que cette notion comprenait toute entité qui exerce une activité économique sur le marché, indépendamment de son statut juridique, de son mode de financement et de fonctionnement<sup>1159</sup>. A ce titre, il ressort de l'arrêt *Commission c/Italie* de 1987, qu'un Etat pourrait être qualifié d'entreprise en droit européen de la concurrence, à partir du moment où il se livre à l'exercice d'une activité de nature économique, y compris lorsque cette activité présente un caractère d'intérêt général.

Les critères extensifs de définition des services d'intérêt économique général en droit de l'Union Européenne amènent de plus à constater que la notion européenne de service

---

<sup>1157</sup> LACHAUME, Jean-François et al., *Droit des services publics, op.cit.*, p. 17.

<sup>1158</sup> V. CJCE, 16 juin 1987, *Commission c/Italie*, aff. C-118/85, point 7 ; CJCE, 12 sept. 2000, *Pavlov*, aff. C-180/98 à C-184/98, point 2.

<sup>1159</sup> CJCE, 23 avr. 1991, *Hofner*, aff. C-41/90, point 21.

d'intérêt économique général ne se confond pas avec la notion française de service public industriel et commercial. Il apparaît, en ce sens, que la notion de service d'intérêt économique général est une notion plus large que la notion de service public industriel et commercial. Elle est par conséquent susceptible d'inclure dans son champ un certain nombre de services qualifiés en services publics administratifs en droit français. Ce constat découle notamment de la différence des méthodes d'identification de ces deux notions utilisées respectivement par les juridictions françaises et par la Cour de justice de l'Union Européenne.

En effet, pour caractériser la nature économique d'un service, la Cour de justice s'appuie exclusivement sur la dimension marchande du service en cause. En revanche, dans la détermination de la nature industrielle et commerciale d'un service, le juge français se base sur des critères essentiellement normatifs. Il ressort ainsi de la jurisprudence française, qu'en absence de qualification textuelle, tout service public est présumé avoir une nature administrative. Cette présomption ne pourrait être renversée que lorsque trois critères cumulatifs permettent de déceler la nature industrielle et commerciale du service. A côté de l'objet du service, qui doit s'analyser en une opération de production ou de vente, le juge administratif s'appuie sur deux critères complémentaires, qui n'existent pas en droit de l'Union Européenne. Les juridictions françaises prennent ainsi en considération le mode du financement, ainsi que les modalités de gestion du service public<sup>1160</sup>. En ce sens, comme le souligne le professeur Stéphane Braconnier, en droit français « la distinction entre les services publics administratifs et les services publics industriels et commerciaux repose sur un socle purement normatif qui ignore, dans une très large mesure, les paramètres non juridiques, notamment économiques ou managériaux<sup>1161</sup>. »

Le juge français avait ainsi à plusieurs reprises reconnu le caractère administratif de certains services publics, qui, pour autant, présentaient une nature économique et concurrençaient l'initiative privée dans leurs domaines. Tel était le cas de l'activité d'organisation d'un festival culturel international au sein d'une municipalité, qui a été considérée comme une activité de service public administratif en raison de son objet culturel, ainsi que de la dépendance du gestionnaire du service par rapport à l'administration publique, à la fois au regard de son financement, qu'au regard des modalités de son fonctionnement<sup>1162</sup>.

---

<sup>1160</sup> CE, Ass., 16 nov. 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, Rec., p. 434 ; V. LACHAUME, Jean-François et al., *Droit des services public*, op.cit., p. 91-100.

<sup>1161</sup> BRACONNIER, Stéphane, *Droit des services publics*, op.cit., p. 238.

<sup>1162</sup> CE, 6 avr. 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, préc.

Il convient ainsi de conclure que la qualification d'un service public en service public industriel et commercial en droit interne n'exclut pas la qualification du même service en service d'intérêt économique général en droit de l'Union Européenne.

En effet, la doctrine juridique avait souligné que l'intérêt majeur de la distinction entre les services publics administratifs et les services publics industriels et commerciaux en droit français se situait avant tout sur le plan juridique et contentieux. En ce sens, la détermination de la nature d'un service public est censée permettre de déterminer le droit applicable à celui-ci, ainsi que le juge compétent pour statuer sur les litiges en lien avec le service. Comme le précise le professeur Bertrand Seiller, « le dualisme des services publics français procède indirectement du dualisme juridictionnel, construit sur la base de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III, et directement du dualisme juridique, corollaire circonstanciel du premier<sup>1163</sup>. »

En revanche, de nombreux services publics administratifs ont une dimension économique et relèvent de l'application du droit de la concurrence. En ce sens, le droit de l'Union Européenne a permis de mettre en lumière « l'érosion<sup>1164</sup> » et « le caractère obsolète<sup>1165</sup> » de la distinction entre les services publics administratifs et les services industriels et commerciaux qui existe dans le cadre français. Certains auteurs ont par ailleurs proposé de substituer à cette distinction classique une distinction nouvelle, inspirée de l'approche économique des services d'intérêt général en droit de l'Union Européenne, qui est « la distinction entre les services de puissance publique, à l'abri, par nature, des règles du marché, et les services économiques, soumis à un environnement juridique garantissant une concurrence équitable<sup>1166</sup>. »

Mais il apparaît surtout qu'au regard des critères extensifs de définition des services d'intérêt économique général posés en droit de l'Union Européenne, la plupart des services sociaux et sanitaires d'intérêt général ont été appréhendés dans le champ de la catégorie européenne de service d'intérêt économique général.

---

<sup>1163</sup> SEILLER, Bertrand, « L'érosion de la distinction SPA-SPIC », *AJDA*, 2005, p. 417.

<sup>1164</sup> *Ibid.*

<sup>1165</sup> BRACONNIER, Stéphane, *Droit des services publics, op.cit.*, p. 244.

<sup>1166</sup> *Ibid.*

B. L'appréhension des services sociaux et sanitaires dans le champ de la notion de service d'intérêt économique général

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union Européenne a mis en évidence que la grande majorité des services sociaux et sanitaires d'intérêt général étaient traversés par une logique entrepreneuriale et s'inscrivaient au sein de la catégorie européenne de services d'intérêt économique général. En ce sens, la qualification de service d'intérêt économique général s'impose de principe pour les services sociaux et sanitaires au sein du marché intérieur (1). Font exception de ce principe uniquement les services sociaux et sanitaires à objet purement social (2).

1. Les services sociaux et sanitaires : des services d'intérêt économique général de principe

Les critères extensifs d'identification de la notion de service d'intérêt économique général en droit de l'Union Européenne ont permis de constater que celle-ci n'était pas cantonnée aux seuls services industriels et commerciaux en réseaux. Cette notion est ainsi susceptible d'englober dans son champ toute activité d'intérêt général qui présente une dimension économique et qui pourrait être assurée dans un cadre marchand et concurrentiel. Il ressort en particulier de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union Européenne, que la plus grande partie des services d'intérêt général ayant un objet social ou sanitaire sont qualifiées de services d'intérêt économique général en droit du marché intérieur<sup>1167</sup>.

En ce sens, au fil de sa jurisprudence, la Cour de justice de l'Union Européenne avait précisé que ni l'objet social attaché à une activité, ni l'absence du but lucratif poursuivi dans sa prise en charge n'étaient des éléments suffisants pour remettre en cause sa qualification en service d'intérêt économique général.

De la même manière, à plusieurs reprises la Cour de justice de l'Union Européenne avait appliqué la qualification d'entreprise à des organismes publics chargés de l'exécution d'un service social ou sanitaire et bénéficiant des droits exclusifs dans le cadre de sa prise en charge. En ce sens, le juge européen avait adopté une approche particulièrement large de la notion d'entreprise, en considérant qu'on était en présence d'une entreprise soumise au droit

---

<sup>1167</sup> V. HENNION-MOREAU, Sylvie, « La notion d'entreprise en droit social communautaire », *Dr.soc.*, 2001, p. 957.



de la concurrence, à chaque fois qu'il apparaissait qu'une activité donnée pouvait être assurée par l'initiative privée dans un but lucratif. Cependant, dans la plupart des cas, l'approche entrepreneuriale s'impose naturellement pour les services sanitaires et sociaux, dans la mesure où, à la différence des services industriels en réseaux, leur prise en charge s'effectue souvent dans un cadre concurrentiel.

Par ailleurs, le juge européen a précisé que les services sanitaires et sociaux fournis à titre gratuit aux usagers pouvaient entrer dans la catégorie de services économiques d'intérêt général. En ce sens, la rémunération du service est susceptible d'être assurée par un organisme tiers, à partir du moment où cette rémunération apparaît comme la contrepartie économique de la prestation du service d'intérêt général<sup>1168</sup>.

Ainsi, dans l'affaire *Hoffner* de 1991, la qualification de service d'intérêt économique général était attribuée à l'activité de placement des cadres et des dirigeants d'entreprises malgré l'objet social attaché à celle-ci. De plus, la Cour de justice avait retenu cette qualification malgré la présence d'un certain nombre d'indices qui pouvaient témoigner du cadre non marchand d'exercice du service du placement. En l'espèce, ce service était fourni à titre gratuit par un organisme à statut public et qui bénéficiait des droits exclusifs dans la prestation du service. Or, selon la Cour de justice le caractère économique de l'activité de placement était caractérisé, à partir du moment où celle-ci n'a pas toujours été et n'est pas nécessairement exercée par des entités publiques<sup>1169</sup>.

Un raisonnement comparable a été développé dans l'affaire *Ambulanz Glöckner* de 2001 à l'égard des services du transport sanitaire, auxquels la Cour de justice a dénié la qualification de services non économiques d'intérêt général, en raison de l'absence d'un rattachement suffisant des activités en cause avec l'exercice de l'autorité publique. Ainsi, à nouveau, l'objet social des services publics en matière de transport sanitaire, ainsi que leur prise en charge par des organisations sanitaires titulaires des droits exclusifs sur le marché, n'ont pas été considérés comme des indices suffisants pour renverser la qualification de service d'intérêt économique général en l'espèce. En revanche, pour conclure à cette qualification, la Cour de justice s'est appuyée sur l'existence d'une rétribution des services du transport sanitaire de la part des utilisateurs, ainsi que sur la possibilité que ce service soit assuré par des entreprises privées<sup>1170</sup>. Par conséquent, la compatibilité de l'organisation de ce

---

<sup>1168</sup> CJCE, 26 avril 1988, *Bond van Adveteerders*, aff. 352/85, point 16.

<sup>1169</sup> CJCE, 23 avr. 1991, *Hofner*, préc., points 22 à 25.

<sup>1170</sup> V. CJCE, 25 oct. 2001, *Firma Ambulanz Glöckner*, aff. C-475/99, point 20.

type de services au sein des Etats membres doit être systématiquement apprécié au regard des règles du droit européen de la concurrence, ainsi qu'au regard de la réglementation européenne dans le domaine des marchés publics<sup>1171</sup>.

De la même manière, la qualification d'entreprises chargées de la gestion des services d'intérêt économique général était appliquée aux régimes d'assurances et aux fonds de pension complémentaires, à partir du moment où ces régimes ne fonctionnaient pas exclusivement sur la base du principe de solidarité nationale, mais selon un principe de capitalisation. Cet élément était illustratif de la nature économique attachée à leur activité, qui était exercée en concurrence avec les compagnies d'assurance privées. Dans les affaires concernées, la nature économique de ces services s'est ainsi imposée malgré l'absence d'un but lucratif poursuivi dans la gestion des régimes en question<sup>1172</sup>.

En ce sens, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union Européenne en matière de services d'intérêt économique général a permis de mettre en évidence un phénomène de banalisation des services sociaux et sanitaire dans le champ du marché intérieur et du droit européen de la concurrence<sup>1173</sup>. Cependant, au sein de sa jurisprudence, la juridiction européenne avait également dégagé la catégorie de services d'intérêt général à objet purement social qui étaient, quant à eux, exclus du champ de la notion de service d'intérêt économique général.

## 2. L'exclusion des services à objet exclusivement social de la catégorie de services d'intérêt économique général

Comme cela vient d'être démontré, en droit de l'Union Européenne, l'objet social attaché à un service d'intérêt général ne suffit pas en lui-même à enlever au service la qualification de service d'intérêt économique général. Cependant, la Cour de justice de l'Union Européenne avait précisé que doivent échapper à cette qualification les services d'intérêt général à objet exclusivement social qui sont organisés sur la base du principe de solidarité nationale ou qui sont financés, à titre principal, à partir du budget de l'Etat . Ce type de services relève ainsi de la catégorie de services non économiques d'intérêt général.

---

<sup>1171</sup> V. CJUE, 29 avril 2010, *Commission européenne c/ République fédérale d'Allemagne*, aff. C-160/08.

<sup>1172</sup> CJCE, 16 nov. 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance*, aff. C-244/94, points 14 à 22 ; CJCE, 21 sept. 1999, *Albany International*, aff. C-67/96, points 77 à 87.

<sup>1173</sup> DRIGUEZ, Laetitia, RODRIGUES, Stéphane, « Services sociaux d'intérêt général et droit communautaire », *AJDA*, 2008, p. 191.

La notion de service non économique d'intérêt général est d'apparition plus récente en droit de l'Union Européenne et manifeste la volonté de dépasser « la seule appréhension des services économiques d'intérêt général<sup>1174</sup>. » C'est dans son livre blanc sur les services d'intérêt général, que la Commission européenne mentionne pour la première fois l'existence, au sein de l'Union Européenne, des services d'intérêt général non économiques. Plus tardivement, dans le cadre d'une communication publiée en 2007 qui porte sur les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général, apparaît clairement la dichotomie entre les services d'intérêt économique général et les services non économiques d'intérêt général, qui sont érigés en deux sous-catégories distinctes de la notion générique de services d'intérêt général<sup>1175</sup>.

Le régime juridique applicable aux services non économiques d'intérêt général se caractérise par l'absence d'applicabilité directe des règles du droit européen de la concurrence à ces services, ce qui est confirmé par l'article 2 de la directive 2006/123 relative aux services dans le marché intérieur, qui exclut expressément de son champ d'application les services d'intérêt général non économique<sup>1176</sup>. En outre, l'article 2 du Protocole n° 26 sur les services d'intérêt général annexé au Traité de Lisbonne consacre la compétence des Etats membres pour fournir, faire exécuter et organiser les services non économiques d'intérêt général.

Cependant, la notion de services non économiques d'intérêt général se caractérise également par son champ matériel restreint en droit de l'Union Européenne. Font partie de cette catégorie tous les services régaliens des Etats qui s'attachent à l'exercice de l'autorité publique, tels que les services publics de l'armée, de la justice, de l'impôt, de la police<sup>1177</sup>. Toutefois, certains services sociaux d'intérêt général ont également été intégrés dans cette catégorie en raison de leur objet exclusivement social.

L'arrêt de référence en la matière est l'arrêt *Poucet et Pistre* de 1993<sup>1178</sup>, dans lequel la Cour de justice de l'Union Européenne n'avait pas appliqué la qualification d'entreprise

---

<sup>1174</sup> GUGLIELMI, Gilles J., KOUBI, Geneviève, LONG, Martine, *Droit du service public, op.cit.*, p. 151.

<sup>1175</sup> Communication de la Commission européenne sur les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général, COM (2007) 725 final du 20 nov. 2007 ; V. DELZANGLES, Béatrice, « La systématisation des activités d'intérêt général en droit de l'Union Européenne », *RDP*, 2009, n° 4, p. 1115 ; BOISSARD, Béatrice, « Le traitement communautaire des services d'intérêt général non économiques », *RDP*, 2006, n° 5, p. 1301.

<sup>1176</sup> Dir. 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JOCE L 376, 27 déc. 2006, p. 36.

<sup>1177</sup> V. CJCE, 16 juin 1987, *Commission/ Italie*, préc., CJCE 19 janv. 1994, *Eurocontrol*, aff. C-364/92, CJCE, 18 mars 1997, *Diego Cali*, aff. C-343/95.

<sup>1178</sup> CJCE, 17 févr. 1993, *Poucet et Pistre*, aff. C-159/91 et C-160/91 ; V. THAUVIN, Tiphaine, *Les services sociaux dans le droit de l'Union européenne*, Thèse, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 70-71.

chargée de service d'intérêt économique général aux régimes légaux de sécurité sociale en se fondant sur la nature exclusivement sociale du service public de la sécurité sociale<sup>1179</sup>. En l'espèce, ce sont deux éléments qui ont permis à la Cour de justice de conclure au caractère non économique des régimes légaux de la sécurité sociale : l'affiliation obligatoire à ces régimes qui est prescrite par la loi<sup>1180</sup>, ainsi que le fonctionnement du service de la sécurité sociale sur la base du principe de solidarité qui se manifeste par l'absence de sélection des risques, ainsi que par l'asymétrie entre les cotisations versées et les prestations reçues<sup>1181</sup>.

La qualification de service non économique d'intérêt général était également retenue pour d'autres services à objet social en dehors de l'hypothèse spécifique des régimes légaux de sécurité sociale et des assurances obligatoires fonctionnant sur la base du principe de solidarité. Tel est le cas, en particulier, du système national d'enseignement public auquel la Cour de justice a dénié le caractère de service d'intérêt économique général dans l'arrêt *Humbel* de 1988 concernant l'Etat belge<sup>1182</sup>. Pour justifier sa position, la juridiction européenne s'est appuyée à nouveau sur l'objet purement social de l'enseignement public, en précisant que par la mise en œuvre d'un service public de l'éducation, l'Etat n'entendait pas se livrer à l'exercice d'une activité économique, mais accomplir sa mission dans le domaine social, culturel et éducatif envers la population. De la même manière, était invoquée la nature particulière du financement du service de l'enseignement public, qui ne provenait pas d'une rémunération versée par les parents et les élèves en contrepartie économique des prestations fournies, mais trouvait sa source principale au sein du budget public de l'Etat<sup>1183</sup>. C'est ce type de financement qui permettait d'établir l'absence de proportionnalité entre le coût réel du service et l'impôt perçu<sup>1184</sup>. La même solution était appliquée au service public de l'enseignement supérieur dans l'arrêt *Wirth* de 1993<sup>1185</sup>.

En ce sens, il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union Européenne, que la qualification du service à objet purement social est susceptible d'être retenue dans deux hypothèses particulières : d'une part, à l'égard des services qui sont organisés sur le fondement du principe de solidarité nationale et, d'autre part, à l'égard des services qui sont

---

<sup>1179</sup> V. dans le même sens : CJCE 22 mai 2003, *Freskot*, aff. C-355/00 à propos d'un régime d'assurance obligatoire contre certains risques dans le domaine agricole.

<sup>1180</sup> *Ibid.*, points 7 et 13.

<sup>1181</sup> *Ibid.*, points 10 à 12.

<sup>1182</sup> CJCE, 27 sept. 1988, *Humbel*, aff. C-263/86.

<sup>1183</sup> *Ibid.*, points 17 à 19.

<sup>1184</sup> THAUVIN, Tiphaine, *Les services sociaux dans le droit de l'Union européenne*, op.cit., p. 49

<sup>1185</sup> CJCE, 7 déc. 2003, *Stephan Max Wirth contre Landeshauptstadt Hannover*, aff. C-109/92, Points 13 à 22.

financés par l'impôt, ce qui permet de constater la volonté de l'Etat de remplir envers la population des missions non rémunérées dans le domaine social, culturel ou éducatif.

Ainsi, en droit de l'Union Européenne la plupart des services sanitaires sont des services d'intérêt économique général intégrés dans le champ du marché intérieur. Cependant, certains services sanitaires peuvent échapper aux règles du droit de la concurrence, lorsqu'ils apparaissent comme des services à objet purement social. Dans cette configuration, c'est avant tout le modèle spécifique d'organisation du système de santé, qui a permis de conforter l'approche entrepreneuriale des services sanitaires dans le cadre français.

## ***§2. Une approche confortée à l'aune du modèle français d'organisation du système de santé***

Il convient de souligner, que du côté du droit de l'Union Européenne, il n'existe pas des services d'intérêt général qui seraient considérés comme non économiques par nature et comme exclus de principe du champ du droit européen de la concurrence. Une telle affirmation pourrait être faite, à la limite, pour les services publics régaliens, notamment dans la mesure où ces derniers relèvent davantage d'une logique d'exercice de la souveraineté par l'Etat, que d'une logique de prestation de services. Cependant, en ce qui concerne les services d'intérêt général à objet social, l'appréciation de leur caractère économique ou non économique se fait au cas par cas par les institutions européennes. Cela implique que leur qualification en droit du marché intérieur dépend essentiellement des modalités d'organisation et de prise en charge aménagées pour ces services en droit interne. En ce sens, un service est susceptible, dans un moment donné, de revêtir les caractéristiques de service non économique d'intérêt général, mais d'être qualifié par la suite en service d'intérêt économique général, lorsque certaines modifications interviennent dans les conditions de son organisation et de sa prise en charge en droit national.

Ainsi, dans le contexte français, le modèle d'organisation du système de santé s'est imposé comme l'élément décisif dans la confortation de l'approche entrepreneuriale des services sanitaires au sein du marché intérieur. C'est à l'aune de ce modèle, qu'est apparu que les services sanitaires français relevaient de la catégorie de services d'intérêt économique général et que les établissements chargés de l'exécution du service public hospitalière revêtaient les caractéristiques d'entreprises au sens du droit européen de la concurrence.

En démonstration de cette idée, il convient d'invoquer, tout d'abord, qu'il existe une ambivalence du statut des services sanitaires au regard du marché intérieur, qui diffère en fonction du modèle d'organisation des systèmes de santé retenu par les Etats membres (A). Or, la dimension économique qui traverse le fonctionnement du système de santé français implique la qualification des services sanitaires français en services d'intérêt économique général (B).

#### A. Le statut ambivalent des systèmes de santé au sein du marché intérieur

Dans les années 2000, la Cour de justice de l'Union Européenne avait clarifié sa position au regard du statut, en droit de l'Union Européenne, des services sanitaires aménagés dans le cadre des systèmes de santé des Etats membres. La juridiction européenne fait ainsi dépendre le statut des services sanitaires au sein du marché intérieur du modèle d'organisation du système de santé retenu par chaque Etat membre.

En ce sens, les services de santé des Etats ayant adopté le modèle du système national de santé présentent une nature non économique et sont exclus du champ du droit européen de la concurrence (1).

En revanche, les services de santé dans le cadre des systèmes de santé assurantiels sont généralement organisés dans un cadre marchand et relèvent de la catégorie de services d'intérêt économique général (2).

#### 1. Le caractère non économique des services sanitaires au sein des systèmes de santé nationaux

Il convient de rappeler, tout d'abord, que les systèmes de santé nationaux s'inscrivent au sein du modèle beveridgien de protection sociale et présentent, en ce sens, un certain nombre de caractéristiques spécifiques. Ces systèmes de santé sont organisés sur le fondement du concept de service public. En ce sens, ils assurent un accès universel et gratuit aux services de santé au profit de toute la population. Leur organisation, ainsi que leur financement relèvent de la responsabilité de l'Etat ou éventuellement des collectivités locales. Les offreurs de soins en leur sein ont un statut public et font l'objet d'une coordination très poussée de la part des autorités administratives responsables de la gestion du système de santé. De plus, la

liberté des offreurs de soins et des usagers est très fortement restreinte dans le cadre du modèle des systèmes de santé nationaux<sup>1186</sup>.

Au vu de ces spécificités, le Tribunal de première instance, confirmé par la Cour de justice de l'Union Européenne, avait conclu au caractère non économique des services sanitaires au sein des systèmes de santé nationaux dans l'arrêt *FENIM*<sup>1187</sup>. En l'espèce, c'est essentiellement le critère du mode de financement, qui a permis aux juridictions européennes d'exclure la qualification de service économique à l'égard des services hospitaliers prodigués au sein du système de santé national espagnol, dans la mesure où ce services ne faisaient pas l'objet d'une rémunération en contrepartie de leurs prestations, mais d'un financement forfaitaire à partir du budget de l'Etat. Ils étaient financés, plus précisément, par le biais des cotisations sociales et autres contributions étatiques. Sur ce point, la solution de l'arrêt *FENIM* s'inscrit dans la ligne droite de la jurisprudence *Humbel* de 1988, rendue à propos du service de l'enseignement public, qui avait érigé le critère du financement d'un service d'intérêt général à partir des ressources de l'Etat en indice en faveur de sa qualification en service à objet purement social. Cependant, dans l'affaire *FENIM*, le juge de l'Union Européen met en valeur également l'existence d'une prestation gratuite des services hospitaliers aux personnes affiliées sur la base d'une couverture universelle, pour déduire que l'organisation du système de santé espagnol ne relève pas d'une logique économique, mais repose sur le principe de solidarité nationale. En ce sens, les systèmes de santé nationaux apparaissent comme des services publics à objet exclusivement social, dont la mise en place traduit la volonté de la part des Etats d'intervenir pour assurer ses missions essentielles dans le champ social. C'est sur la base de ces arguments juridiques, mais également politiques, que les services sanitaires au sein des systèmes de santé nationaux ont été exclus du champ du droit européen de la concurrence.

En revanche, la solution diffère à l'égard des services sanitaires dans le cadre des systèmes de santé assurantiels qui, en raison des modalités de leur organisation, sont appréhendés par une logique marchande et se trouvent intégrés dans la catégorie de services d'intérêt économique général.

---

<sup>1186</sup> *Supra*, p. 36.

<sup>1187</sup> TPICE 4 mars 2003, *FENIN c/ Commission*, aff. T-319/99 ; CJCE 11 juill. 2006, *FENIN c/ Commission*, aff. C-205/03.

## 2. Le caractère économique des services sanitaires au sein des systèmes de santé assurantiels

Les systèmes de santé assurantiels se caractérisent par certains aspects spécifiques, qui permettent de les distinguer des systèmes de santé nationaux. En premier lieu, au sein de ces systèmes, l'organisation des services sanitaires relève de la responsabilité de l'Etat ou des collectivités locales, mais leur financement est assuré par des caisses autonomes d'assurance maladie. De plus, les systèmes de santé assurantiels intègrent souvent des offreurs de soins à statuts publics et privés (professionnels de santé libéraux, établissements hospitaliers publics et privés). Par ailleurs, ces systèmes de santé sont fondés sur le principe du libre choix des patients, qui ont ainsi la faculté de choisir leur praticien, ainsi que leur établissement de santé<sup>1188</sup>.

Au vu de ces caractéristiques, il apparaît que les systèmes de santé assurantiels s'inscrivent davantage au sein d'une logique économique par rapport aux systèmes de santé nationaux.

Ce constat se vérifie de manière particulièrement évidente à l'égard des services sanitaires prodigués par les professionnels de santé à statut libéral. En ce sens, dans l'arrêt *Pavlov* de 2000<sup>1189</sup>, la Cour de justice de l'Union Européenne avait reconnu le caractère économique des services médicaux fournis par les médecins libéraux, dans la mesure où leur prestation s'effectue dans des conditions marchandes, en contrepartie d'une rémunération des médecins de la part des patients. Par conséquent, les médecins libéraux étaient qualifiés d'entreprises au sens du droit du marché intérieur en raison de leur statut d'opérateurs économiques indépendants intervenant sur un marché. Par ailleurs, ni la nature complexe et technique des services médicaux, ni le caractère réglementé de la profession médicale n'ont été considérés comme des circonstances susceptibles d'atténuer la dimension économique de ces services.

En revanche, la solution était moins évidente concernant le statut des services hospitaliers dans le cadre des systèmes de santé assurantiels, notamment lorsque ces derniers sont fournis par des établissements assurant des missions de service public.

---

<sup>1188</sup> *Supra*, p. 35.

<sup>1189</sup> CJCE, 12 sept. 2000, *Pavlov*, aff. C-180/98 à C-184/98, points 73 à 77.



L'arrêt de référence en la matière est l'arrêt *Smits et Peerbooms* de 2001, dans lequel la Cour de justice a appliqué la qualification de services économiques aux services hospitaliers prodigués au sein des systèmes de santé assurantiels, en l'occurrence, dans le cadre du système de santé néerlandais. Pour dégager cette solution, la Cour de justice s'est appuyée à nouveau sur le critère lié au mode de financement des services hospitaliers. En l'espèce, les services sanitaires étaient fournis à titre gratuit aux patients, mais les établissements hospitaliers étaient rémunérés par les caisses de sécurité sociale sur la base des tarifs forfaitaires fixés par voie conventionnelle. Or, la Cour de justice de l'Union Européenne avait analysé ces rémunérations forfaitaires comme constitutives de la contrepartie économique des prestations hospitalières, ce qui lui a permis de conclure à la présence d'une activité de type économique. La juridiction européenne s'est fondée ici sur sa jurisprudence *Bond van Adveteerders* de 1988 pour rappeler que la rémunération des services sanitaires par des organismes tiers, qui sont les caisses de sécurités sociales, ne constituait pas un obstacle pour identifier la nature économique attachée à l'activité établissements hospitaliers néerlandais. En revanche, la solution de la Cour de justice semblait plus contestable sur un autre point. En effet, dans cette affaire, le juge de l'Union Européenne avait retenu la qualification de rémunération reçue en contrepartie économique de la prestation hospitalière. Or en l'espèce, il apparaissait que le financement forfaitaire versé aux établissements hospitaliers sur la base des tarifs préalablement négociés n'était pas véritablement constitutif d'une rémunération proportionnelle au coût réel de la prestation hospitalière<sup>1190</sup>.

Cependant, la qualification de services d'intérêt économique général retenue à l'égard des services sanitaires dans le cadre des systèmes de santé assurantiels, semble justifiée, dans la mesure où l'activité sanitaire y est souvent exercée dans un cadre marchand et concurrentiel entre plusieurs offreurs de soins. Cette qualification se confirme en particulier à l'égard des services sanitaires au sein du système de santé français, dans la mesure où celui-ci présente incontestablement une dimension économique qui traverse son organisation et son fonctionnement.

---

<sup>1190</sup> V. THAUVIN, Tiphaine, *Les services sociaux dans le droit de l'Union européenne*, op.cit., p. 53-57.

## B. La dimension économique du système de santé français

En droit interne, il existe deux éléments qui témoignent de la dimension économique du système de santé. Tout d'abord, malgré la régulation de ce système opérée par les agences régionales de santé, qui a permis de renforcer la coordination de l'offre de soins dans une logique de service public, il subsiste toujours un cadre concurrentiel dans l'exercice des activités sanitaires (1). De la même manière, un certain nombre de facteurs permettent de saisir le double visage du service public hospitalier au sein du système de santé français, qui s'inscrit à la fois dans une logique sociale, que dans une logique marchande (2).

### 1. Le cadre concurrentiel d'exercice des services sanitaires

Il convient de rappeler, tout d'abord, que le système de santé français s'inscrit dans le cadre du modèle des systèmes de santé assurantiels, malgré la tendance récente de son rapprochement, sur certains aspects, aux systèmes de santé nationaux. En ce sens, à la différence des pays relevant de la tradition bismarkienne, dans le cadre français, la construction du système de santé n'est pas fondée sur le projet d'instauration d'un grand service public national de santé. Ainsi, l'une des spécificités du système de santé français réside dans la diversité des statuts des offreurs de soins qui sont intégrés en son sein. Cette configuration diffère de celle qui existe dans le cadre des systèmes de santé nationaux, où des systèmes de santé privés existent, mais d'une manière alternative et duplicative au système de santé public, notamment dans l'objectif de pallier aux carences du système de santé national. En revanche, le système de santé français est organisé sur la base d'une démarche de complémentarité entre les offreurs de soins publics et privés. Cependant, la diversité des offreurs de soins intégrés au sein du système de santé français est également illustrative de la dimension concurrentielle qui entoure l'exercice des activités sanitaires.

En ce sens, comme l'explique le professeur Didier Truchet, l'espace concurrentiel n'est pas étranger au secteur sanitaire français, malgré l'existence d'une « conviction historique que les services de santé ne se déploient pas sur un marché concurrentiel, mais relèvent de la solidarité nationale<sup>1191</sup> » et malgré l'encadrement rigoureux de la concurrence au sein de ce secteur par le biais du mécanisme de l'autorisation administrative préalable<sup>1192</sup>

---

<sup>1191</sup> TRUCHET, Didier, « Quels espace de concurrence pour les services de santé » *op.cit.*, p. 10.

<sup>1192</sup> V. *supra*, p. 273 et s.

ou encore par la fixation préalable des prix des prestations de soins de santé<sup>1193</sup>. La concurrence est ainsi imparfaite, mais existant entre les services sanitaires au sein du système de santé français.

Il convient de souligner, tout d'abord, que conformément à la jurisprudence européenne *Smits et Peerbooms* de 2001, les services sanitaires français relèvent de la catégorie de services économiques, dans la mesure où ils bénéficient d'une rémunération en contrepartie de leurs prestations, qui est assurée, en l'occurrence, par les caisses d'assurance maladie obligatoire et complémentaires. Or, dans le cadre français, ce type de rémunération s'applique à l'égard de tous les services sanitaires publics et privés, ce qui, de son côté, offre aux assurés sociaux la possibilité de s'adresser, pour la prise en charge de leurs demandes de santé, à tous les offreurs de soins, quel que soit leur statut juridique. Cela crée ainsi des conditions propices à l'instauration d'une concurrence au sein du secteur sanitaire français.

Toutefois, il faut souligner également que dans le cadre du secteur sanitaire, la concurrence ne porte pas sur le prix demandé aux usagers. Elle se focalise, en revanche, sur deux autres éléments essentiels.

Ainsi, le premier objet de concurrence dans le domaine de la santé est l'autorisation sanitaire. Celle-ci conditionne l'accès au marché hospitalier, mais permet également aux offreurs de soins de développer les activités de leur choix en les faisant fonctionner de manière rémunératrice, ce qui explique la valeur patrimoniale qui est attachée à cette autorisation<sup>1194</sup>. La concurrence entre les offreurs de soins porte, en outre, sur la patientèle, dans la mesure où, au sein du système de santé français, les patients disposent de la liberté de choisir le professionnel ou l'établissement qui leur conviennent mieux<sup>1195</sup>, mais aussi puisque ces derniers se sont vus conférer un droit à l'information, qui leur permet de se renseigner sur le coût et sur la qualité des services de santé<sup>1196</sup>.

Il existe, en outre, des éléments qui ont conduit à renforcer la dimension concurrentielle dans le fonctionnement du système hospitalier français.

Le premier élément en ce sens réside dans le processus d'unification progressive des missions des établissements de santé, qui a permis de constater que toutes les missions

---

<sup>1193</sup> V. *supra*, p. 115.

<sup>1194</sup> V. *supra*, p. 280-282.

<sup>1195</sup> *Supra*, p. 41.

<sup>1196</sup> TRUCHET, Didier, « Quels espace de concurrence pour les services de santé », *op.cit.*, p. 17-19 ; *Infra*, p. 501-502.

relevant du champ hospitalier pouvaient être exercés aussi bien dans un cadre de service public par les établissements de service public hospitalier, que dans un cadre commercial par les établissements de santé privés ayant un but lucratif. De ce point de vue, il apparaît de manière évidente que les établissements de santé prenant en charge le service public hospitalier agissent sur le même marché pertinent que les établissements de santé privés à statut commercial restant en dehors du service public. Par conséquent, comme le souligne la doctrine juridique, la mise en cause des établissements de santé de service public au regard du droit européen de la concurrence risquerait de devenir croissante<sup>1197</sup>.

Il faut évoquer également le processus d'uniformisation du financement des établissements de santé publics et privés, déclenché par l'adoption de la tarification à l'activité, qui est devenue le mode de financement de droit commun pour l'activité de soins en médecine, chirurgie, obstétrique et odontologie exercée dans un cadre hospitalier. Or, cette réforme a permis de renforcer le lien entre l'allocation des ressources aux établissements de santé et l'activité de soins produite. Par ailleurs, son objectif était d'introduire davantage de compétition entre les établissements de santé sur le plan financier, mais aussi de garantir l'égalité de traitement entre les deux secteurs de l'hospitalisation française conformément aux exigences du droit de la concurrence.

Le constat s'impose, en ce sens, que si le service public hospitalier français se trouve saisi par le droit européen de la concurrence, c'est essentiellement « par le prisme de son financement et de son éventuelle incidence sur la concurrence<sup>1198</sup>. » Ainsi, comme l'avait remarqué la doctrine juridique, l'emprise du droit européen de la concurrence sur le secteur hospitalier français a permis de mettre en évidence « les prémices d'une remise en cause des subventions versées au service public hospitalier<sup>1199</sup>. » Il est apparu, par conséquent, un objectif de « sécurisation du financement du service public hospitalier » au regard de la réglementation européenne des aides publiques qui a « joué un grand rôle dans le flux et le reflux de la notion de service public hospitalier au sein des dispositions du code de la santé publique<sup>1200</sup>. »

Néanmoins, la question de la comptabilité du financement du service public hospitalier avec le droit de l'Union Européenne ne semble pas complètement réglée, notamment dans la

---

<sup>1197</sup> CHAVRIER, Géraldine, « Etablissement public de santé, logique économique et droit de la concurrence », *RDSS*, 2006, p. 274.

<sup>1198</sup> LLIPOULOU-PENOT, Anastasia, « Service public hospitalier et droit de l'Union », *RDSS*, 2017, p. 626.

<sup>1199</sup> CHAVRIER, Géraldine, « Etablissement public de santé, logique économique et droit de la concurrence », *op.cit.*

<sup>1200</sup> APOLLIS, Benoît, « Le financement du service public hospitalier », *op.cit.*

mesure où les établissements publics de santé continuent à bénéficier, dans le cadre de la tarification de l'activité, d'un montant de tarification plus élevé par rapport à celui applicable aux établissements de santé privés. Or, cela peut paraître problématique, étant donné que la tarification à l'activité est censée rémunérer des missions communes à tous les établissements de santé.

Il faut conclure ainsi que les services sanitaires au sein du système de santé français apparaissent pleinement comme des activités économiques, intégrées et soumises au droit du marché intérieur, ainsi qu'au droit européen de la concurrence. De la même manière, la qualification de services d'intérêt économique général s'applique pour la plus grande partie des missions relevant du champ du service public hospitalier et notamment pour les missions de soins de santé.

Par conséquent, si la loi française continue à disposer que l'activité principale des établissements publics de santé n'est ni industrielle ni commerciale, elle n'en demeure pas une activité économique du côté du droit de l'Union<sup>1201</sup>.

En ce sens, le droit de l'Union Européenne a permis de mieux saisir le double visage attaché au service public hospitalier français, qui est susceptible de remettre en question sa qualification en service public administratif.

## 2. Le double visage du service public hospitalier

En droit français, le service public hospitalier est un service public administratif par qualification de la loi. Cependant, cette qualification est opérée indirectement, par référence au statut des établissements publics de santé, pour lesquels l'article L. 6141-1 du Code de la santé publique précise que leur objet principal n'est ni industriel ni commercial. Cette formulation est assez ambiguë et sert à indiquer surtout que les établissements publics de santé peuvent exercer, à titre secondaire, des activités industrielles et commerciales. Toujours est-il que la qualification législative du service public hospitalier s'impose aux juridictions judiciaires et administratives. Elle implique que ce dernier est soumis principalement à un régime de droit public et qu'il relève de la compétence contentieuse du juge administratif. Cependant, le caractère artificiel de cette qualification législative apparaît lors de

---

<sup>1201</sup> V. CHAVRIER, Géraldine, « Etablissement public de santé, logique économique et droit de la concurrence », *op.cit.*

l'appréciation de la nature du service public hospitalier sur la base du faisceau d'indices dégagé par la jurisprudence administrative dans l'arrêt *Union syndicale des industries aéronautiques* de 1956.

Ainsi, tout d'abord, l'objet du service public hospitalier, qui consiste dans l'exécution d'une série de missions sanitaires, n'est pas étranger au champ industriel et commercial, compte tenu que l'ensemble de ses missions constitutives peuvent être également exécutées par des établissements de santé à statut privé situés en dehors du service public hospitalier. De la même manière, le financement du service public hospitalier est désormais identique au financement des établissements de santé privés commerciaux et s'effectue sur la base de l'activité de soins produite. Il pourrait être analysé, en ce sens, comme une forme de rémunération en contrepartie économique de la prestation reçue par le patient, même si cette rémunération s'effectue indirectement par un organisme tiers, en l'occurrence par les caisses d'assurance maladie. Enfin, sous l'influence du mouvement du nouveau management public, les modalités de gestion du service public hospitalier se sont rapprochées de manière significative aux modalités caractérisant la gestion privée<sup>1202</sup>.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, on peut constater que les établissements publics de santé s'inscrivent dans la catégorie jurisprudentielle d'établissements publics à double visage<sup>1203</sup>. Cela s'explique par la double nature du service public hospitalier qui s'inscrit à la fois dans un cadre administratif, en raison de la spécificité de son objet, et dans un cadre industriel et commercial, en raison des modalités de sa gestion. Par conséquent, il apparaît impossible de classer le service public hospitalier de manière catégorique dans l'une des deux catégories de services publics qui existent en droit français. En ce sens, il semble que le maintien de sa qualification en service public administratif s'explique essentiellement par des raisons politiques et reflète la volonté immuable du législateur de soustraire ce service de la sphère industrielle et commerciale, ainsi que de l'application du régime de droit privé.

Cependant, certains auteurs ont plaidé en faveur de la requalification des établissements publics de santé en établissements publics industriels et commerciaux. Cette requalification était analysée comme une source d'allègement des contraintes qui découlent

---

<sup>1202</sup> V. *supra*, p. 256 et s.

<sup>1203</sup> V. T Confl., 10 févr. 1949, *Sieur Guis c/ Cie Fluviale du Midi et Office national de la Navigation*, Rec., p. 590, à propos de l'Office national de la navigation, qualifié d'établissement public industriel et commercial par la loi, mais identifié comme établissement à double visage par le Tribunal de Conflit, en raison d'un cumul de mission administratives et de missions industrielles et commerciales conférées à cet établissement.

du statut de l'établissement public administratif et qui sont constitutives d'un frein dans le contexte du « poids croissant de la concurrence » des établissements de santé privés<sup>1204</sup>.

Or, il faut souligner ici, qu'à la différence de l'approche retenue en droit de l'Union Européenne, en droit français, l'objet social attaché à un service public constitue parfois un indice suffisant en soi pour la qualification du service concerné en service public administratif. Tel est le cas, en particulier, des services publics du champ sanitaire. En ce sens, dans un avis rendu à propos de l'Etablissement français du sang, le Conseil d'Etat avait constaté que sa mission de santé se rattachait par son objet au service public administratif, même si ses modalités de financement et de gestion étaient comparables à celles appliquées aux établissements publics industriels et commerciaux<sup>1205</sup>.

Par conséquent, en droit français, il existe une incompatibilité de principe entre le service public dans le domaine de la santé et la notion de service public industriel et commercial, essentiellement en raison de l'objet spécifique des services publics sanitaires, qui exercent des missions de soins et de santé publique qui sont indispensables au regard de l'objectif de protection de la santé publique et individuelle. En ce sens, le maintien du statut d'établissement public administratif à l'égard des établissements publics de santé est un élément, qui est censé mettre l'accent sur la primauté de la dimension sociale du service public hospitalier par rapport à la dimension économique de ce dernier.

Cependant, il convient de rappeler que la conséquence la plus importante, qui résulte de la qualification du service public hospitalier en service public administratif, réside dans l'application à celui-ci d'un régime juridique principal de droit public. En revanche, cette qualification ne soustrait pas le service public hospitalier aux règles du droit européen de la concurrence, à partir du moment où il présente une nature économique dans le cadre du marché intérieur.

L'émergence d'une approche entrepreneuriale des services sanitaires est étroitement liée à l'appréhension de ces services par le marché intérieur instauré dans le cadre de l'Union Européenne. Plusieurs éléments ont permis de consolider la qualification des services sanitaires français en services d'intérêt économique général. Tout d'abord, la Cour de justice de l'Union Européenne avait promu une approche particulièrement extensive des services d'intérêt économique d'intérêt général dans le cadre européen. Au fil de sa jurisprudence, la

---

<sup>1204</sup> PELJAK, Dominique, « Pourquoi faut-il requalifier les hôpitaux publics en EPIC ? », *op.cit.*

<sup>1205</sup> CE, avis, 27 oct. 2000, *Mme Torrent*, n° 222627, Rec., p. 471.

plus grande partie des services sociaux et sanitaires étaient intégrés dans le champ de la notion de service d'intérêt économique général. Par ailleurs, dans le contexte français, la qualification des services sanitaires en services économiques résulte de la dimension économique, qui s'applique en partie au fonctionnement du système de santé. Cette dimension se manifeste à la fois par le cadre concurrentiel d'exercice des services de santé, que par la logique marchande, qui a été progressivement appliquée au service public hospitalier.

Toutefois, de nombreux éléments tendent à nuancer l'influence du marché intérieur sur l'organisation des services sanitaires. En ce sens, l'appréhension du domaine de la santé par le marché intérieur apparaît, au final, comme relativement limitée.

## **Section 2. L'influence limitée du marché intérieur en matière de santé**

Il existe deux éléments qui peuvent être avancés en démonstration de l'affirmation de l'influence limitée du marché intérieur en matière de santé.

Le premier élément en ce sens réside dans la consécration de la compétence étatique en matière d'organisation des services de santé au sein de l'Union Européenne, qui est fondée sur l'article 6 du Traité sur l'Union Européenne. Cet article range la compétence en matière de protection de la santé humaine dans la catégorie des compétences d'appui de l'Union Européenne. Cela conduit à attribuer aux Etats membres une large autonomie dans l'organisation de leurs systèmes de santé. En ce sens, le principe de la primauté de la compétence étatique dans le domaine de la santé a pour conséquence de limiter considérablement l'emprise du marché intérieur sur l'organisation des services sanitaires au de l'Union Européenne (§1).

Le deuxième élément en ce sens réside dans la prise en considération de la spécificité des services sanitaires par le droit de l'Union Européenne. En ce sens, malgré leur déploiement dans un cadre concurrentiel, les services sanitaires présentent une réelle particularité, qui découle de leur objet principalement social. Ces services visent à répondre à l'objectif d'amélioration de l'état de santé des citoyens européens. Par conséquent, ils ne relèvent pas de la même logique concurrentielle qui s'applique aux services d'intérêt économiques général de droit commun. Cela a pu justifier que les dérogations au droit européen de la concurrence soient plus souples admises à l'égard de ces services (§2).



### ***§1. La primauté de la compétence étatique en matière d'organisation du système de santé***

En droit de l'Union Européenne, la délimitation de la compétence de l'Union est régie par le principe d'attribution, qui est consacré par l'article 5§2 du Traité sur l'Union Européenne. En vertu de ce principe, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Par ailleurs, le principe de subsidiarité, consacré par l'article 5§3 du Traité sur l'Union Européenne, régit l'exercice des compétences par l'Union, ainsi que le partage des compétences entre l'Union et les Etats membres. Ce principe implique que dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée au niveau de l'Union.

En application de ces deux principes, la compétence en matière de santé relève de la catégorie de compétences d'appui de l'Union Européenne, qui sont énumérées à l'article 6 du traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne. Or, dans le domaine des compétences d'appui, l'Union Européenne n'a de compétence d'intervention que pour appuyer, coordonner ou compléter les actions des Etats membres. Il s'agit ainsi de compétences qui conservent pleinement leur nature nationale. Pour cette raison, l'intervention de l'Union en la matière doit s'exprimer en principe par le biais d'actions et d'actes juridiquement non contraignants. De la même manière, pour que l'intervention de l'Union Européenne dans le champ des compétences d'appui soit considérée comme conforme aux exigences du principe de subsidiarité, il faut que soit démontré que son action est en mesure de compléter, mais aussi d'améliorer l'exercice de la compétence étatique.

En ce sens, les Etats membres de l'Union Européenne disposent d'une marge de manœuvre dans la détermination et l'organisation de leurs services sanitaires, ce qui se confirme par la consécration d'une compétence de principe au profit de ces derniers pour assurer la protection de la santé publique sur leurs territoires et pour organiser leurs systèmes de financement et de prestation de soins de santé. Par conséquent, le périmètre de la compétence de l'Union Européenne en matière de santé est étroit, ce qui limite considérablement l'influence du marché intérieur dans le domaine sanitaire(A). Dans le même sens, il est apparu que l'argument tiré de la protection de la santé publique, par le biais de la

mise en place d'un système de santé régulé et coordonné, est susceptible de justifier des entraves apportées par les Etats membres aux règles du marché intérieur **(B)**.

A. Le périmètre limité de la compétence de l'Union Européenne dans le domaine de la santé

Ce n'est qu'assez récemment que l'existence d'une compétence spécifique et propre à l'Union Européenne dans le domaine de la santé a été mentionnée au sein des traités constitutifs. Pendant longtemps, la santé était considérée comme une matière strictement politique, n'ayant pas de rapport avec les échanges économiques au niveau européen, et relevant, par conséquent, de la responsabilité individuelle de chaque Etat<sup>1206</sup>. Cependant, le traité de Maastricht de 1992 avait engagé un processus d'ouverture de la Communauté européenne vers des objectifs politiques, ce qui avait impliqué la consécration d'une compétence positive de l'Union Européenne dans le domaine sanitaire, qui était prévue à l'article 129 dudit traité. Cette compétence est actuellement reprise par l'article 168 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne dans le cadre du traité de Lisbonne de 2007.

C'est au sein de cet article, que la compétence en matière de protection de la santé est répartie entre les Etats et l'Union Européenne sur la base du principe de subsidiarité. Or, il ressort de l'analyse de cet article que la compétence conférée à l'Union en la matière a un champ et une étendue relativement limités.

Tout d'abord, en ce qui concerne le statut de la compétence de l'Union par rapport au principe de subsidiarité, il ressort clairement de l'article 168 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, qu'il s'agit principalement d'une compétence complémentaire, d'appui. Cela implique la garantie du maintien de la souveraineté étatique dans l'exercice de la compétence de protection de la santé. Le rôle de l'Union Européenne en la matière consiste essentiellement à compléter ou à appuyer les politiques nationales de santé afin de leur apporter une « valeur ajoutée. » Or, ce type d'intervention implique nécessairement l'existence d'une action nationale en amont, c'est-à-dire l'exercice préalable de la compétence

---

<sup>1206</sup> BROSSET, Estelle, « Les 'coordonnées' de l'influence du droit de l'Union européenne en matière de soins de santé », *RDSS*, 2013, p. 51.

sanitaire nationale<sup>1207</sup>. En outre, l'Union Européenne peut être amenée à impulser la coopération des Etats membres dans le domaine de la santé. Cependant, la responsabilité principale est laissée ici aux Etats eux-mêmes pour coordonner leurs politiques de santé en lien avec la Commission Européenne<sup>1208</sup>. Toujours est-il, que la référence à la compétence d'appui en matière de santé, exclut en principe toute hypothèse d'harmonisation des politiques nationales de santé par le biais de l'adoption d'instruments juridiques contraignants de la part de l'Union<sup>1209</sup>.

Toutefois, le traité de Lisbonne avait fait entrer dans le champ des compétences partagées de L'Union Européenne et des Etats membres « les enjeux communs en matière de sécurité sanitaire. » Cela permet aux institutions européennes d'intervenir par le biais de la procédure législative ordinaire dans trois champs limitativement énumérés qui sont la qualité et la sécurité des organes et substances d'origine humaine, du sang et des dérivés du sang, la protection de la santé publique dans les domaines vétérinaire et phytosanitaire, la qualité et la sécurité des médicaments et des dispositifs à usage médical<sup>1210</sup>.

Par ailleurs, en ce qui concerne le périmètre matériel de la compétence de l'Union Européenne dans le domaine de la santé, il apparaît que les actions européennes en la matière sont censées se déployer essentiellement dans le champ de la santé publique. En ce sens, relèvent de la compétence de l'Union les actions en matière de prévention des maladies et des causes de danger pour la santé physique et mentale, la lutte contre les grands fléaux, la surveillance et l'alerte en cas de menaces transfrontières graves sur la santé, ou encore la lutte contre les effets nocifs de la drogue sur la santé.

En revanche, les services de santé ne sont évoqués ni dans les compétences complémentaires, ni dans les compétences partagées de l'Union Européenne. Le seul mandat dont dispose l'Union en la matière est de favoriser la complémentarité des services de santé des Etats dans les régions frontalières<sup>1211</sup>. De plus, l'article 168§7 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne apparaît comme une véritable clause du respect de la compétence étatique en matière d'organisation du système de santé<sup>1212</sup>. En effet, cet article

---

<sup>1207</sup> MICHEL, Valérie, « La compétence de la Communauté en matière de santé publique », *Rev. Aff. Eur.*, 2003-2004/2, p. 175.

<sup>1208</sup> Art. 168§2 TFUE.

<sup>1209</sup> V. GUGNER, Sébastien, « L'influence de l'Union européenne sur les pratiques et politiques de santé publique : européanisation verticale et horizontale », *Sciences sociales et santé*, 2011/1, p. 85.

<sup>1210</sup> Art. 168§4 TFUE.

<sup>1211</sup> Art. 168§2 TFUE.

<sup>1212</sup> V. BROSSET, Estelle, « Les 'coordonnées' de l'influence du droit de l'Union européenne en matière de soins de santé », *op.cit.*

mentionne expressément que l'action de l'Union Européenne est menée dans le respect des responsabilités des Etats membres en ce qui concerne l'organisation et la fourniture des services de santé et des soins médicaux. Cela implique une pleine autonomie conférée aux Etats dans la gestion de leurs services de santé et de soins médicaux, ainsi que dans l'allocation des ressources qui leur sont affectées.

Or, malgré la consécration d'une compétence résiduelle de l'Union Européenne dans le domaine de la santé, la doctrine juridique a décrit un mouvement d'influence grandissante du droit de l'Union Européenne sur les politiques de santé des Etats membres<sup>1213</sup>. Ce mouvement a conduit à envisager l'hypothèse d'une éventuelle harmonisation des systèmes de santé européens<sup>1214</sup> afin de répondre à un certain nombre de défis communs à ces systèmes, comme c'est le cas de la prise en charge des maladies chroniques ou de la réponse aux déserts médicaux dans un contexte de nécessaire régulation des dépenses publiques consacrées à la santé.

A l'appui de cette thèse, il faut évoquer, tout d'abord, qu'à l'image de la déclinaison des politiques de santé au niveau étatique<sup>1215</sup>, la stratégie de l'Union Européenne en matière de santé se décline au sein d'une programmation pluriannuelle, qui était sectorielle au départ, mais qui est devenue progressivement généralisée<sup>1216</sup>. Il existe, en outre, deux fondements susceptibles de légitimer les interventions de l'Union Européenne dans le domaine sanitaire. Ainsi, l'Union est autorisée à intervenir à chaque fois lorsqu'une matière sanitaire présente des enjeux transfrontaliers (ce qui justifie l'intervention accrue de l'Union Européenne dans la gestion des crises sanitaires touchant le continent européen). De la même manière, l'intervention de l'Union est justifiée lorsqu'il s'agit de faciliter la mise en œuvre de la libre circulation au sein du marché intérieur, étant donné que les services de santé entrent dans le champ de la libre prestation des services. Sur la base de ces deux fondements, l'Union Européenne a adopté de nombreuses mesures contraignantes qui ont influencé l'organisation des systèmes de santé des Etats membres. C'est le cas des législations européennes réalisant la mobilité des étudiants et professionnels de santé, ainsi que des patients au sein du marché

---

<sup>1213</sup> GUGNER, Sébastien, « L'influence de l'Union européenne sur les pratiques et politiques de santé publique : européanisation verticale et horizontale », *op.cit.*

<sup>1214</sup> HASSENTEUFEL, Patrick, « Quelle européanisation des systèmes de santé ? », *Informations sociales*, 2013/1, n° 175, p. 48.

<sup>1215</sup> Sur la politique de santé : v. *supra*, p. 28 et s.

<sup>1216</sup> V. Règl. (UE) N° 282/2014 du Parlement Européen et du Conseil du 11 mars 2014 portant établissement d'un troisième programme d'action de l'Union dans le domaine de la santé (2014-2020), JOUE, 21 mars 2014 ; V. BELANGER, Michel, *Droit européen général de la santé*, LEH, Bordeaux, 2013, p. 49.

intérieur<sup>1217</sup>, ou également instaurant le mécanisme d'autorisation de mise sur le marché des médicaments, qui est centralisé au niveau européen<sup>1218</sup>.

Malgré ces aménagements partiels, le principe de la primauté de la compétence étatique en matière d'organisation du système de santé est maintenu en droit de l'Union Européenne. Par ailleurs, en vertu de l'article 168§1 du traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, la protection de la santé humaine apparaît non seulement comme une compétence positive de l'Union, mais également comme un objectif transversal au niveau européen qui doit être assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions européennes<sup>1219</sup>. Cela peut expliquer que l'objectif de protection de la santé publique est souvent invoqué pour justifier des entraves qui peuvent être apportées aux grandes libérées économiques dans le cadre du processus d'organisation des systèmes de santé au niveau des Etats membres.

#### B. La protection de la santé publique, justification potentielle des entraves au marché intérieur

Comme cela vient d'être démontré, en droit de l'Union Européenne, la compétence en matière d'organisation et de financement des services de santé, de définition des services d'intérêt général de santé et de construction des systèmes de santé adaptés aux contextes nationaux relève des Etats membres. Cependant, les secteurs sanitaires des Etats membres de l'Union Européenne sont intégrés dans le champ du marché intérieur, ce qui implique le déploiement dans leur cadre de la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux.

Or, l'organisation du système de santé au niveau national est un processus qui semble difficilement conciliable avec la réalisation des grandes libertés économiques européennes au sein des secteurs sanitaires. Il convient de rappeler en ce sens, que la mise en place d'un système de santé est une démarche justifiée par l'objectif d'assurer la protection de la santé publique en garantissant à chaque individu un égal accès aux soins de santé. Pour cette raison, la construction du système de santé peut impliquer non seulement la définition et l'aménagement des services sanitaires d'intérêt général, mais également la mise en place

---

<sup>1217</sup> *Ibid.*

<sup>1218</sup> V. HASSENTEUFEL, Patrick, « Quelle européanisation des systèmes de santé ? », *op.cit.*, p. 49-51.

<sup>1219</sup> L'article 168§1 TFUE vise l'objectif d'assurer un « niveau élevé » de protection de la santé humaine dans le cadre de l'Union Européenne.

d'une planification territoriale de l'offre de soins<sup>1220</sup>, ou encore l'instauration des droits exclusifs sur l'exercice de certaines activités relevant du domaine sanitaire<sup>1221</sup>. Il apparaît de manière évidente, que ces mécanismes, qui relèvent du processus d'organisation du système de santé, sont susceptibles de restreindre l'exercice de certaines libertés économiques consacrées dans le cadre du marché intérieur, comme c'est le cas de la libre circulation des personnes ou encore de la liberté d'établissement. En ce sens, l'exercice de ces libertés dans le secteur sanitaire est souvent conditionné par l'obtention d'une autorisation administrative préalable<sup>1222</sup>.

Cependant, le motif tiré de la protection de la santé publique a toujours été considéré comme un motif légitime justifiant les entraves aux libertés économiques européennes, que ce soit au titre des dérogations conventionnelles aux règles du marché intérieur<sup>1223</sup>, qu'au titre de la dérogation jurisprudentielle fondée sur l'existence d'exigences impératives d'intérêt général susceptibles de justifier les restrictions apportées aux règles du droit du marché intérieur par les législations nationales<sup>1224</sup>.

Il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union Européenne, que les entraves aux libertés économiques, apportées dans le cadre des législations nationales et motivées par des considérations liées à la protection de la santé publique, sont régulièrement admises au sein du marché intérieur. En ce sens, la majorité des procédés utilisés par les Etats dans l'organisation de leurs systèmes de santé ont été validés en droit de l'Union Européenne, malgré leur incompatibilité avec les règles du marché intérieur. Par ailleurs, conformément à la compétence étatique en matière d'organisation du système de santé, la Cour de justice a affirmé le principe de libre détermination par chaque Etat de son niveau de protection de la santé<sup>1225</sup>, en admettant ainsi l'hypothèse de variations des niveaux de protection de la santé publique d'un Etat à l'autre. Ce principe implique une marge de manœuvre laissée aux Etats dans le choix de l'échelle de régulation publique instaurée sur leurs services sanitaires.

---

<sup>1220</sup> Sur le mécanisme de la planification territoriale de l'offre de soins en droit français : V. *supra*, p. 270 et s. *infra*, p. 537 et s.

<sup>1221</sup> La Cour de justice de l'Union avait, en ce sens, validé la compatibilité avec le droit du marché intérieur des législations nationales instaurant un monopole au profit des seuls pharmaciens d'officine le droit d'être propriétaire et d'exploiter des pharmacies : V. CJUE, 19 mai 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes*, aff. C-171/07 et C-172/07.

<sup>1222</sup> V., *supra*, p. 273 et s.

<sup>1223</sup> V. art. 36, 45-3, 52 TFUE.

<sup>1224</sup> CJCE, 20 févr. 1979, *Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. 120/78. , point 8.

<sup>1225</sup> V. CJUE, 19 mai 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes*, aff. C-171/07 et C-172/07, point 19.

En ce sens, certains auteurs ont observé que la Cour de justice de l'Union Européenne validait systématiquement les dérogations au marché intérieur apportées dans le cadre des législations sanitaires des Etats membres, à partir du moment où ces dérogations apparaissaient comme cohérentes au regard de l'objectif de protection de la santé publique, ainsi que comme objectivement justifiées, transparentes et non discriminatoires. Par conséquent, le contrôle de proportionnalité des mesures restrictives aux libertés économiques européennes est considérablement allégé dans le domaine de la santé<sup>1226</sup>. Cela atteste, de son côté, que la protection de la santé publique est un impératif primordial au sein de l'Union Européenne, qui est censé primer sur l'objectif de réalisation du projet du marché intérieur dans le champ sanitaire.

Dans le cadre de sa jurisprudence, la Cour de justice de l'Union Européenne avait ainsi admis la compatibilité de principe entre la planification des services sanitaires au niveau national et le marché intérieur<sup>1227</sup>. Cette position a été affirmée, tout d'abord, en ce qui concerne la planification territoriale de l'offre de soins hospitaliers<sup>1228</sup>. Cette planification est constitutive d'une entrave à la libre circulation et prestation de services de santé au sein de l'Union Européenne. Cependant, selon la Cour de justice de l'Union européenne, son existence était justifiée essentiellement pour deux raisons.

D'une part, la planification dans le domaine hospitalier répond à un intérêt relevant de la protection de la santé publique, dans la mesure où elle tend à garantir, sur le territoire de l'État concerné, une accessibilité suffisante et permanente à une gamme équilibrée de soins hospitaliers de qualité. D'autre part, le mécanisme de la planification territoriale de l'offre de soins hospitalier peut être justifié par un motif économique, qui a été érigé en exigence impérative d'intérêt général au sein de l'Union Européenne. Il s'agit de l'impératif de garantir l'équilibre financier des systèmes de sécurité sociale, en évitant, dans la mesure du possible, les gaspillages des ressources financières, techniques et humaines. Cette jurisprudence a été étendue par la suite à la planification de l'ensemble des services sanitaires. En ce sens, la

---

<sup>1226</sup> V. BROSSET, Estelle, « Les justifications aux entraves aux libertés pour des raisons de protection de la santé », in BROSSET, Estelle (dir.), *Droit européen et protection de la santé, bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 101.

<sup>1227</sup> V. BLANC, Didier, « La planification des services de santé et le droit de l'Union européenne », *op.cit.*

<sup>1228</sup> V. CJCE, 28 avr. 1998, *Kohll et Decker*, aff. C-120/95 et C-158/96 ; CJCE, 12 juill. 2001, *Smits et Peerbooms*, aff. C-157/99.

planification de l'offre pharmaceutique<sup>1229</sup> ou encore de l'offre de soins ambulatoires,<sup>1230</sup> ont été considérées comme compatibles de principe avec le marché intérieur.

Il faut conclure ainsi, qu'en vertu du principe de subsidiarité consacré au niveau de l'Union Européenne, les Etats disposent d'une autonomie pour l'organisation de leurs systèmes de santé. Par ailleurs, dans le cadre du processus de régulation des systèmes de santé, les Etats peuvent apporter des restrictions aux règles du droit du marché intérieur, dont la validité est largement admises par les institutions européennes, à partir du moment où ces restrictions se trouvent justifiées par l'intérêt fondamental de protection de la santé publique. Il s'agit, en ce sens, d'un premier facteur qui limite l'influence du marché intérieur sur les services sanitaires. Il faut soulever également, que malgré leur statut de services d'intérêt économique général, le droit de l'Union Européenne a progressivement pris en considération la spécificité attachée aux services sanitaires du fait de leur importance pour la cohésion sociale et territoriale à l'échelle européenne. En ce sens, les services sanitaires bénéficient d'un régime allégé d'application du droit de la concurrence.

## ***§2. La prise en compte de la spécificité des services sanitaires au sein du marché intérieur***

Il convient de rappeler, tout d'abord, qu'au fil de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union Européenne, la majorité des services sociaux et sanitaires ont été intégrés dans le champ de la notion de service d'intérêt économique général. Ces services relèvent, par conséquent, du champ d'application du droit européen de la concurrence.

Or, à partir des années 2000, a été engagée, au niveau de l'Union Européenne, une réflexion sur le sort des services sociaux et sanitaires d'intérêt général au sein du marché intérieur. En ce sens, la notion de services sociaux d'intérêt général est apparu dans le cadre des travaux de la Commission Européenne. On trouve une première référence à cette notion dans le Livre blanc sur les services d'intérêt général de 2004, où les services sociaux d'intérêt général sont désignés comme faisant partie intégrante du « modèle européen de société. » Par la suite, la notion de services sociaux d'intérêt général a été développée dans d'autres travaux de la Commission, à savoir une communication de 2006<sup>1231</sup>, exclusivement dédiée aux services sociaux d'intérêt général, ainsi qu'une communication de 2007 sur les services

---

<sup>1229</sup> CJUE, 1<sup>er</sup> juin 2010, *Pérez et Gómez*, aff. C-570/07 et C-571/07.

<sup>1230</sup> CJUE, 10 mars 2009, *Hartlauer*, aff. C-169/07.

<sup>1231</sup> Communication de la Commission du 26 avril 2006 «Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne. Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne», COM (2006) 177 final.



d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général<sup>1232</sup>. La Commission Européenne avait insisté sur la nécessité de préserver la singularité de ces services au sein du marché intérieur. En ce sens, la consécration de la notion de services sociaux d'intérêt général en droit de l'Union Européenne poursuit une finalité précise : conduire à l'application partielle ou conditionnelle du droit de la concurrence aux services sociaux d'intérêt général et instaurer un traitement plus favorable, « de loyauté », à l'égard de ces services au sein du marché intérieur<sup>1233</sup>.

Il convient de remarquer également, qu'au sein du secteur hospitalier français, le service public hospitalier continue à se distinguer par son mode de financement dérogatoire. En effet, ce régime dérogatoire se manifeste, tout d'abord, dans le cadre de la tarification à l'activité, dans la mesure où les établissements du secteur hospitalier public bénéficient des tarifs nationaux à un montant plus élevé par rapport aux tarifs fixés pour les autres établissements de santé. De la même manière, les établissements chargés de la gestion du service public hospitalier sont censés bénéficier des subventions publiques forfaitaires pour la prise en charge de certaines missions spécifiques de service public au travers des crédits des missions d'intérêt général et d'aide à la contractualisation<sup>1234</sup>.

Il apparaît ainsi que les établissements de service public hospitalier disposent de certains financements publics, dont ne disposent pas les autres établissements du système hospitalier. Cela pose la question du traitement du financement du service public hospitalier français en droit européen des aides d'Etat. Le risque principal qui existe en la matière est que les financements publics apportés au service public hospitalier soient considérés comme des aides publiques au sens du droit européen de la concurrence. En vertu l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, l'aide publique se définit comme une aide accordée par les États ou au moyen de ressources d'État, sous quelque forme que ce soit, qui affecte les échanges entre les Etats membres en faussant ou en menaçant de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. Or, cet article pose, en outre, le principe d'incompatibilité des aides publiques avec le droit européen de la concurrence. Cependant, les institutions de l'Union Européenne ont aménagé un régime

---

<sup>1232</sup> Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions accompagnant la communication intitulée "Un marché unique pour l'Europe du 21e siècle" - Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général: un nouvel engagement européen, COM(2007) 724 final.

<sup>1233</sup> MOULAY-LEROUX, Sandra, « L'Europe des SSIG et nos structures sociales et médico-sociales : menace ou opportunité ? », *RDSS*, 2010, p. 1032.

<sup>1234</sup> V. *supra*, p. 240.

juridique particulièrement favorable applicable aux financements publics apportées aux services sanitaires d'intérêt général.

En ce sens, la prise en considération de la spécificité des services sanitaires au sein du marché intérieur se manifeste, d'une part, par l'édifice de la notion de services sociaux d'intérêt général (A) et, d'autre part, par la consolidation des financements publics apportés aux services sanitaires (B).

#### A. La consécration de la catégorie de services sociaux d'intérêt général

La notion de services sociaux d'intérêt général apparaît comme une sous-catégorie de la notion générique de services d'intérêt général. Elle diffère, mais elle n'est pas complètement autonome par rapport aux catégories classiques des services d'intérêt général, qui sont les services d'intérêt économique général et les services non économiques d'intérêt général. Il s'agit davantage d'une notion transversale, dans la mesure où les services sociaux peuvent être considérés tantôt comme des services non économiques d'intérêt général<sup>1235</sup>, tantôt comme des services d'intérêt économique général. Par ailleurs, le contenu de la notion de services d'intérêt économique général est extrêmement hétérogène. La Commission européenne y range, d'un côté, les régimes légaux et les régimes complémentaires de protection sociale, et, d'un autre côté, les services sociaux prestés à la personne parmi lesquels figurent, par exemple, le service de l'emploi et de logement social, mais également les services de santé et de soins de longue durée.

Il faut préciser néanmoins, que les services de soins de santé ont été exclus du champ de la notion de services sociaux d'intérêt général, notamment puisqu'il était prévu qu'une réglementation européenne spécifique devait leur être appliquée. Cette réglementation s'est concrétisée par l'adoption de la directive du 9 mars 2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers. Cependant, cette directive européenne n'a pas réglé la question relative à l'application du droit européen de la concurrence aux services d'intérêt général dans le domaine de la santé. Néanmoins, la logique globale attachée

---

<sup>1235</sup> Il existe, en particulier, deux grandes catégories de services sociaux qui ont été considérés comme des services non économiques d'intérêt général par la Cour de justice : les régimes légaux et obligatoires de sécurité sociale (CJCE, 17 févr. 1993, *Poucet et Pistre*, aff. C-159/91 et C-160/91.) ; le service d'enseignement public (CJCE, 27 sept. 1988, *Humbel*, aff. C-263/86.). Cependant, la même qualification a été attribuée à un service public national de santé : (CJCE 11 juill. 2006, *FENIN c/ Commission*, aff. C-205/03).

à la notion de services sociaux d'intérêt général est transposable aux services de santé, dans la mesure où ces derniers sont également des services d'intérêt général à objet social.

Or, aucune définition des services sociaux d'intérêt général n'a été dégagée en droit de l'Union Européenne. De la même manière, il n'existe pour le moment aucune intervention réglementaire dans le domaine des services sociaux d'intérêt général destinée à mettre en place un cadre juridique commun et propre à ce type de services au sein du marché intérieur. Ce défaut a été critiqué par la doctrine juridique, dans la mesure où le statut des services sociaux d'intérêt général au regard du droit européen de la concurrence continue à être apprécié au cas par cas, essentiellement au travers de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union Européenne<sup>1236</sup>. En ce sens, les services sociaux d'intérêt général sont décrits comme une catégorie qui est encore en « émergence »<sup>1237</sup>, s'inscrivant progressivement dans une « logique d'autonomisation<sup>1238</sup> », mais sans que cette logique soit complètement achevée.

Cependant, la consécration de la catégorie de services sociaux d'intérêt général en droit de l'Union Européenne est censée mettre en lumière les spécificités qui caractérisent ces services et qui permettent de les distinguer des services d'intérêt économique général ordinaires. En ce sens, les services sociaux d'intérêt général présentent une spécificité matérielle et fonctionnelle qui découle de l'objet social qui leur est attaché (1). De la même manière, malgré l'absence d'un régime juridique propre à ces services, le constat s'impose qu'ils bénéficient d'un régime d'application atténuée du droit européen de la concurrence (2).

#### 1. La spécificité matérielle et fonctionnelle des services sociaux d'intérêt général au sein du marché intérieur

En droit de l'Union Européenne, l'objet social attaché à certains services d'intérêt général leur confère une spécificité matérielle et fonctionnelle qui permet de les distinguer des autres catégories de services d'intérêt général. En ce sens, une comparaison pourrait être établie avec le droit français. En 1955, dans sa décision *Naliato* de 1955,<sup>1239</sup> le Tribunal de conflit français avait considéré que l'objet social attaché au service de colonie de vacances était un facteur suffisant pour conférer à celui-ci le statut de service public, même si en

---

<sup>1236</sup> THIEFFRY, Patrick, « Une année en demi-teinte pour les services sociaux d'intérêt général », *AJDA*, 2008, p. 176.

<sup>1237</sup> GUGLIELMI, Gilles J., KOUBI, Geneviève, LONG, Martine, *Droit du service public, op.cit.*, p. 162.

<sup>1238</sup> LACHAUME, Jean-François et al., *Droit des services publics, op.cit.*, p. 23.

<sup>1239</sup> TC, 22 janv. 1955, *Naliato*, n° 1511, Rec., p. 614.

l'espèce, le service en question était pris en charge par une personne privée et qu'il disposait d'une catégorie limitée d'usagers qui étaient les enfants des milieux défavorisés<sup>1240</sup>.

Or, comme le souligne le professeur Maryse Deguegue, la première spécificité qui caractérise les services sociaux, est que ces services sont fondés sur le principe de solidarité sociale qu'ils tendent à mettre en œuvre concrètement<sup>1241</sup>. La même analyse est développée par la Commission européenne, qui avait également souligné que les services sociaux d'intérêt général reposaient sur le principe de solidarité. Le fondement de la solidarité sociale est ainsi particulièrement évident en ce qui concerne les régimes légaux de sécurité sociale et se manifeste par la protection contre les grands risques de l'existence, qui est garantie à toutes les personnes, indépendamment de leur condition de fortune et de leur état de santé lors de l'affiliation, ainsi que par la participation des régimes excédentaires au financement des régimes ayant des difficultés structurelles<sup>1242</sup>. Cependant, le principe de solidarité sociale apparaît également comme le fondement des services d'intérêt général dans le domaine de la santé, qui tendent à assurer un accès universel, au profit de l'ensemble de la population, à une gamme de services essentiels dans le champ sanitaire, et cela, en absence de toute sélection des risques des usagers<sup>1243</sup>.

La Commission européenne avait par ailleurs insisté sur une autre spécificité des services sociaux d'intérêt général : ces services visent à satisfaire des besoins qualifiés comme « vitaux » et contribuent à la réalisation d'un certain nombre de droits fondamentaux. Tel est le cas, en particulier, des services sanitaires d'intérêt général dont la prestation peut se révéler indispensable pour le maintien en vie des personnes et qui permet de garantir le respect de nombreux droits fondamentaux consacrés au niveau européen, tels que le droit au respect de la dignité humaine ou encore le droit à la protection de la santé<sup>1244</sup>.

La Commission européenne avait procédé à une énumération plus détaillée des traits spécifiques qui se rapportent à la manière dont les services sociaux d'intérêt général sont prodigués à la population. Dans le contexte français, la majorité de ces traits spécifiques se retrouvent dans le fonctionnement de l'ensemble des services sanitaires au sein du système de santé.

---

<sup>1240</sup> V. DEGUERGUE, Maryse, « De quelques difficultés de la notion de service social », *AJDA*, 2008, p. 179.

<sup>1241</sup> *Ibid.*

<sup>1242</sup> CJCE, 17 févr. 1993, *Poucet et Pistre*, aff. C-159/91 et C-160/91, points 8 à 13.

<sup>1243</sup> V. THAUVIN, Tiphaine, *Les services sociaux dans le droit de l'Union européenne*, *op.cit.*, p. 69 et s.

<sup>1244</sup> V., *supra*, p. 51 et s.

Il apparaît, tout d'abord, que les services sociaux d'intérêt général sont censés proposer des prestations complètes, personnalisées et conçues de manière intégrée. Or, la notion de parcours de santé, consacrée au sein de la législation sanitaire française,<sup>1245</sup> s'inscrit précisément dans une approche de prestation coordonnée, complète et intégrée des soins de santé à l'égard de chaque patient.

De la même manière, les services sociaux d'intérêt général impliquent souvent l'existence d'une relation personnelle entre le bénéficiaire et le prestataire du service. Or, il s'avère qu'en droit français de la santé, le rapport juridique entre le professionnel de santé et le patient est basé sur le principe éthique du rapport individuel de confiance permettant ainsi au professionnel de santé d'adopter la réponse la plus adaptée aux besoins individuels de chaque patient.

Par ailleurs, la prestation des services sociaux d'intérêt général est censée s'effectuer en tenant compte de la diversité des usagers, ainsi que des besoins spécifiques des usagers vulnérables. Or, en droit français, le Code de la santé publique impose une obligation à l'ensemble des établissements de santé d'assurer l'activité de soins en tenant compte de la singularité et des aspects psychologiques des personnes<sup>1246</sup>. De la même manière, en ce qui concerne la prise en charge des besoins spécifiques des personnes vulnérables, il incombe au service public hospitalier de proposer un accueil et une prise en charge adaptés à la situation d'handicap ou de précarité sociale de certains patients<sup>1247</sup>. Cependant, ce sont l'ensemble des établissements de santé, qui doivent contribuer à faciliter l'accès au système de santé des personnes en situation de précarité par la mise en place des permanences d'accès aux soins de santé<sup>1248</sup>.

En outre, la prestation des services sociaux d'intérêt général s'effectue souvent dans le cadre d'une relation asymétrique entre le bénéficiaire et le prestataire du service. Cette relation se distingue de la relation commerciale classique, ce qui impose souvent le recours à des financements publics, voire au tiers payant, afin de garantir l'égalité dans l'accès aux services sociaux, indépendamment des revenus des personnes. Or, cette configuration se retrouve dans le cadre du système de santé français au travers du système de l'assurance maladie qui permet de prendre en charge le coût financier des prestations de soins fournies aux usagers par tous les offreurs de soins, quel que soit leur statut juridique.

---

<sup>1245</sup> V. *infra*, p. 525.

<sup>1246</sup> Art. L. 6111-1 du CSP.

<sup>1247</sup> Art. L. 6112-2-I-1° du CSP.

<sup>1248</sup> V. *infra*, p. 582.

Il faut souligner également que la Commission européenne place le principe de proximité au centre de l'organisation et de la prestation des services sociaux d'intérêt général. Or, il s'avère que la proximité territoriale des services de santé est l'un des enjeux principaux du système de santé français<sup>1249</sup>.

Du côté de l'Union Européenne, la conceptualisation de la catégorie de services sociaux d'intérêt général confirme l'essor de l'approche sociale et politique de l'Union<sup>1250</sup>. La prise en compte des spécificités des services sociaux d'intérêt général au sein du marché intérieur est ainsi inévitable, en raison de l'importance de ces services pour la réalisation de certains valeurs et objectifs primordiaux de l'Union Européenne, tels que la cohésion économique, sociale et territoriale, le haut niveau d'emploi et de protection sociale, et en particulier, l'objectif transversal de niveau élevé de protection de la santé humaine.

Suite à la présentation des différents traits caractéristiques des services sociaux d'intérêt général, permettant de les distinguer des services d'intérêt économique général de droit commun, il s'agit d'invoquer l'intérêt principal de la conceptualisation de la notion de services sociaux d'intérêt général en droit de l'Union Européenne. En effet, cette notion s'accompagne d'un régime d'application différencié du droit de la concurrence aux services sociaux d'intérêt général.

## 2. L'application nuancée du droit de la concurrence aux services sociaux d'intérêt général

La reconnaissance de la spécificité des services sociaux d'intérêt général en droit de l'Union Européenne a entraîné une logique d'application différenciée du droit européen de la concurrence à ces services. La même logique a été transposée aux services sanitaires d'intérêt général, malgré leur exclusion « artificielle » du champ de la catégorie des services sociaux d'intérêt général.

En ce sens, certains auteurs de la doctrine juridique ont plaidé pour une systématisation de l'inclusion des services sociaux au sein de la catégorie de services non économiques d'intérêt général sur la base d'un critère finaliste, en prenant en compte que les services sociaux sont censés répondre aux besoins essentiels des personnes et participer à la

---

<sup>1249</sup> V. *infra*, p. 588 et s.

<sup>1250</sup> V. LAUDIJOIS, Marie, « Les services sociaux d'intérêt général et la construction de l'Europe sociale », *RDSS*, 2007, p. 1005.

construction des solidarités sociales<sup>1251</sup>. Une telle démarche devait impliquer l'exclusion pure et simple d'un grand nombre de services sociaux d'intérêt général du champ d'application du droit européen de la concurrence et la consécration d'une très large marge de manœuvre au profit des Etats membres dans l'organisation de ces services.

Cependant, cette position ne semble pas partagée par les institutions de l'Union Européenne. En ce sens, la Cour de justice de l'Union Européenne n'applique la qualification de service non économique d'intérêt général qu'aux services sociaux dont l'objet apparaît comme « exclusivement social » et détaché de toute considération économique<sup>1252</sup>. En revanche, la plupart des services sociaux d'intérêt général appartiennent à la catégorie de services d'intérêt économique général, soit puisqu'ils sont susceptibles de relever de l'initiative privée, soit en raison des modalités de leur financement, lorsqu'ils bénéficient d'une rémunération constitutive de la contrepartie économique de la prestation fournie à l'utilisateur. Cette analyse s'applique également aux services de santé, y compris de nature hospitalière, dans le cadre des systèmes de santé de type assurantiel, dont fait partie le système de santé français. De la même manière, la Commission Européenne avait souligné, dans sa communication sur les services sociaux d'intérêt général de 2006, que la grande majorité des services sociaux d'intérêt général devaient être considérés comme exerçant des activités de type économique.

Par conséquent, le principe qui s'impose est celui de l'application du droit européen de la concurrence aux services sociaux et sanitaires d'intérêt général. En effet, en cas d'impossibilité d'établir l'objet exclusivement social d'une activité de service, il est présumé que cette activité est économique et que le droit commun du marché intérieur s'applique dans le cadre de son exécution<sup>1253</sup>. Or, ce principe permet de mieux saisir l'intérêt de la conceptualisation de la catégorie des services sociaux d'intérêt général. Ainsi, l'identification d'un service d'intérêt économique général à objet social devait avoir comme conséquence la prise en considération des particularités de ce service « au stade de l'application des règles du droit de la concurrence<sup>1254</sup> » et devait entraîner, par conséquent, une application nuancée du droit européen de la concurrence au profit du service en question.

---

<sup>1251</sup> *Ibid.*

<sup>1252</sup> *Supra*, p. 391-393.

<sup>1253</sup> MOULAY-LEROUX, Sandra, « L'Europe des SSIG et nos structures sociales et médico-sociales : menace ou opportunité ? », *op.cit.*

<sup>1254</sup> DRIGUEZ, Laetitia, RODRIGUES, Stéphane, « Services sociaux d'intérêt général et droit communautaire », *op.cit.*

En ce sens, au regard de ses conséquences juridiques, la notion européenne de service sociaux d'intérêt général apparaît comme beaucoup plus stable que la notion française de services publics sociaux. En effet, la consécration de cette catégorie de services publics dans le contexte français résultait surtout de l'œuvre doctrinale suite à l'arrêt *Naliato* rendu par Tribunal de Conflit en 1955<sup>1255</sup>. Dans cette affaire, le Tribunal de Conflit avait identifié l'existence d'un service public à objet social, mais qui ne présentait aucune particularité permettant de le distinguer des organisations similaires relevant des institutions privées. En ce sens, la catégorie de services sociaux à gestion privée a été dégagée essentiellement dans le but de faciliter la répartition de la compétence contentieuse entre les deux ordres de juridictions et de conférer un bloc de compétences contentieuses en la matière au profit de la juridiction judiciaire<sup>1256</sup>. Il s'agissait probablement aussi de souligner l'existence de certains services publics relevant du droit privé, mais qui ne pouvaient pas être rangés dans la catégorie de services industriels et commerciaux en raison de leur objet social. Cette jurisprudence était aussi illustrative de l'approche restrictive de la notion de service public industriel et commercial retenue en droit français qui diffère drastiquement de l'approche large des services d'intérêt économique général qui a été adoptée en droit de l'Union européenne. Cependant, aucune conséquence juridique particulière n'était identifiée à l'égard des services publics sociaux. De plus, dans l'affaire *Naliato*, le Tribunal de conflit n'a pas tenu compte de l'objet social attaché à ces services, pour consacrer le principe de l'application nuancée du droit privé à ces derniers. En ce sens, la notion française de service public social n'a jamais été accompagnée des conséquences juridiques particulières. Cela explique la disparition de cette notion, qui a été officialisée par la jurisprudence dans les années 1980<sup>1257</sup>. En ce sens, la majorité des services sociaux dans le cadre français sont intégrés dans la catégorie globale des services publics administratifs et sont soumis à un régime juridique principal de droit public, ainsi qu'à la compétence du juge administratif.

En revanche, il existe des exemples concrets en droit de l'Union Européenne, permettant de constater que l'application du droit européen de la concurrence aux services sociaux et sanitaires d'intérêt général peut faire l'objet à des multiples dérogations.

En ce sens, la directive « Services » du 12 décembre 2006, dans son article 2, avait expressément exclu de son champ d'application certains services sociaux, en particulier, les services relatifs au logement social, à l'aide à l'enfance et à l'aide aux familles et aux

---

<sup>1255</sup> *Supra*, p. 416.

<sup>1256</sup> V. DEGUERGUE, Maryse, « De quelques difficultés de la notion de service social », *op.cit.*

<sup>1257</sup> T. Confl., 4 juill. 1983, *Gambini*, n° 02306, Rec., p. 540.



personnes se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin. Le principe d'exclusion est encore plus marqué à l'égard des services sanitaires qui, à l'image des services non économiques d'intérêt général, semblent exclus de manière quasi-absolu du champ d'application de la directive, dans la mesure où celle-ci prévoit que le principe de non application vaut pour les services de soins de santé, quel que soit leur mode d'organisation, de prise en charge et de financement et indépendamment de leur nature publique ou privée. Ainsi, l'exclusion de certains services sociaux et des services sanitaires du champ d'application de la directive « Services » de 2006, alors que leurs activités présentent une nature économique, se justifie clairement par l'objet principalement social qui leur est attaché.

De la même manière, la législation européenne en matière d'aides publiques s'applique de manière nuancée aux services sociaux et sanitaires d'intérêt général. En effet, les compensations de service public reçues par certains services sociaux sont présumées comme compatibles avec le marché intérieur et exemptées de la procédure de notification préalable à la Commission. Tel est le cas en particulier des compensations reçues par les hôpitaux publics<sup>1258</sup>. Il faut souligner aussi, que la présomption de comptabilité des compensations publiques des services sociaux d'intérêt général avec le droit européen des aides publiques s'applique indépendamment du montant du financement public. En ce sens, cette présomption de comptabilité repose exclusivement sur la spécificité des services concernés qui découle de leur objet social.

Toutefois, il convient de préciser que la notion de service social d'intérêt général n'implique pas une exclusion généralisée et systématique de l'application des règles du droit européen de la concurrence.

Ainsi, les dérogations prévues dans le cadre de la directive « Services » de 2006, ainsi que dans le cadre de la législation européenne relative aux aides publiques, ne sont pas applicables à tous les services sociaux d'intérêt général, dont certains restent pleinement inscrits dans le champ d'application de ces deux réglementations. Le droit de l'Union Européenne adopte une approche sectorielle en matière de services sociaux d'intérêt général. La doctrine juridique a également considéré que, malgré la tendance d'une application nuancée du droit européen de la concurrence aux services sociaux d'intérêt général, le caractère économique de ces services continue à primer sur leur finalité sociale au sein du

---

<sup>1258</sup> *Infra*, p. 430 et s.

marché intérieur<sup>1259</sup>. Du côté du droit de l'Union Européenne, la réalisation d'un marché intérieur unifié et intégrant les services sociaux d'intérêt économique général reste ainsi un objectif primordial, malgré l'essor de la dimension sociale de l'Union Européenne. Cette vision a été confirmée par la Commission européenne qui a censuré, sur la base de l'erreur manifeste d'appréciation, la définition extensive du périmètre du service de logement social qui a été opérée par les Pays Bas, malgré la circonstance qu'il s'agissait, en l'espèce, d'un service social d'intérêt général censé bénéficier des dérogations plus souples admises aux règles du droit européen de la concurrence.

De la même manière, pour que les dérogations au droit européen de la concurrence puissent effectivement s'appliquer aux services sanitaires, les pouvoirs publics des Etats membres sont tenus par le respect d'un certain nombre d'obligations, notamment lorsqu'ils procèdent à la définition de leurs services d'intérêt général dans le domaine de la santé. Il s'agit ainsi de procéder en la matière à un mandat officiel au vu de l'exécution des missions de service public dans le domaine de la santé, ainsi que de respecter les exigences européennes relatives au calcul du montant des compensations de service public, afin d'éviter les surcompensations par l'aide financière attribuée, qui pourraient être considérées comme contraires au droit européen de la concurrence en cas de litige.

Or, il existe également un autre élément qui témoigne de la prise en considération de la spécificité des services sanitaires d'intérêt général au sein du marché intérieur. Il s'agit de la consolidation, en droit de l'Union Européenne, des financements publics apportés à ces services.

## B. La consolidation des financements publics dans le domaine de la santé

Les institutions européennes ont aménagé un cadre juridique particulièrement favorable qui s'applique aux financements des services sanitaires d'intérêt général, ce qui a conduit à la consolidation des financements publics apportés à ces services en droit de l'Union Européenne. Ainsi, d'une part, il apparaît que les subventions versées aux entreprises en contrepartie de la prise en charge d'un service d'intérêt économique général n'entrent pas, en principe, dans le champ de la catégorie européenne d'aides d'Etat (1). Par ailleurs, un

---

<sup>1259</sup> LAUDIJOIS, Marie, « Les services sociaux d'intérêt général et la construction de l'Europe sociale », *op.cit.*

traitement dérogatoire spécifique est prévu en faveur des entreprises chargées de l'exécution des services d'intérêt économique général dans le champ sanitaire (2).

1. Le principe de non qualification d'aides d'Etat des subventions publiques apportées aux services d'intérêt économique général

En droit européen des aides publiques, les financements publics apportés aux services d'intérêt économique général ne relèvent pas en principe de la notion d'aide d'Etat, à partir du moment où ils visent à compenser les surcoûts qui résultent de la prise en charge de ce type de services. Ainsi, après une période d'hésitation, la Cour de justice a imposé sa position, en vertu de laquelle les compensations publiques versées en contrepartie de l'exécution des obligations de service public ne devaient pas être qualifiées d'aides d'Etat au sens de l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (a). Cette solution permet de saisir le dépassement de l'approche purement concurrentielle des services d'intérêt économique général en droit de l'Union Européenne et la prise en considération accrue de leur spécificité en tant que vecteurs de la cohésion économique et sociale à l'échelle européenne (2).

a. L'exclusion des subventions publiques des services d'intérêt économique général du champ de la catégorie d'aides d'Etat

Pendant longtemps, la question du statut des subventions publiques des services d'intérêt économique général au regard de la réglementation européenne des aides d'Etat n'a pas été clairement tranchée. Il existait ainsi deux approches différentes de la notion d'aide d'Etat qui se sont affrontées en la matière<sup>1260</sup>.

La première approche, qualifiée d'approche « aide d'Etat », qui était essentiellement retenue par le Tribunal de première instance<sup>1261</sup>, impliquait que les subventions publiques versées aux services d'intérêt économique général relevaient de la notion abstraite d'aide d'Etat et étaient, par conséquent, incompatibles avec le droit européen de la concurrence.

---

<sup>1260</sup> V. MEROLA, Massimo, MEDINA, Caroline, « De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark : continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics », *CDE* 5-6, 2003, p. 646-660 ; RITLENG, Dominique, « Financement du service public et aides d'Etat », *AJDA*, 2004, p. 1011.

<sup>1261</sup> V. TPICE, 27 févr. 1997, *FFSA c. Commission*, aff. T-106/95.

Cependant, cette approche se présentait également comme une approche d'« aide compatible, » dans la mesure où les subventions publiques apportées à ces services pouvaient être considérées comme autorisées à titre dérogatoire, lorsqu'elles apparaissaient comme nécessaires au bon accomplissement des missions d'intérêt général conférées aux entreprises chargées de la gestion des services d'intérêt économique général.

Il existait, d'un autre côté, une approche « compensatoire » impliquant l'exclusion des financements publics octroyés aux services d'intérêt économique général du champ de la notion d'aide d'Etat, dans la mesure où ces financements ne visaient qu'à compenser le coût supplémentaire engendré par l'exécution des obligations spécifiques de service public.

C'est en faveur de cette dernière approche qu'avait opté la Cour de justice de l'Union européenne, en jugeant que les subventions publiques apportées aux entreprises chargées des missions de services d'intérêt économique général devaient être considérées comme des compensations d'obligations de service public et non pas comme des aides publiques. La position de la Cour de justice en la matière était posée dans deux arrêts en particulier, qui sont l'arrêt *Ferring* du 22 novembre 2002<sup>1262</sup> et l'arrêt *Altmark* du 24 juillet 2004<sup>1263</sup>. En effet, les financements publics des services d'intérêt économique général apparaissent comme des compensations d'obligations de service public, à partir du moment où ils sont destinés à compenser les obligations spécifiques de service public imposées à certaines entreprises, ainsi que les surcoûts résultant pour ces entreprises de l'exécution des obligations de service public.

Cependant, dans l'arrêt *Ferring*, la Cour de justice avait posé le principe qu'une « mesure qui ne fait que compenser le surcoût lié à la réalisation d'obligations de service public ne constitue pas une aide d'Etat » et qu'elle est « compatible de plein droit avec le droit communautaire<sup>1264</sup>. » En ce sens, cette jurisprudence était critiquée en raison de son imprécision, dans la mesure où elle avait mis en place un cadre large de la notion de compensation d'obligations de service public, sans en donner une définition claire et sans en fournir une méthode précise d'identification<sup>1265</sup>.

Pour cette raison, l'arrêt *Altmark* a permis de compléter et de préciser l'arrêt *Ferring*, par l'énumération des conditions que devait satisfaire une subvention publique de service

---

<sup>1262</sup> CJCE, 22 nov. 2001 *Ferring SA*, aff. C-53/00.

<sup>1263</sup> CJCE, 24 juill. 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff. C-280/00.

<sup>1264</sup> MET-DOMESTICI, Alexandre, « Aides d'Etat, service public et droit communautaire », *AJDA*, 2006, p. 1881.

<sup>1265</sup> KARPENSCHIF, Michaël, « Qu'est-ce qu'une compensation d'obligations de service public ? », *LPA*, 30 mars 2004, n° 64, p. 4.

d'intérêt économique général pour échapper à la qualification d'aide d'Etat. Cependant, il a été remarqué, qu'au travers des critères posés en la matière, la jurisprudence *Altmark* avait considérablement restreint la portée de l'arrêt *Ferring* en insistant sur la nécessité d'établir l'existence d'un lien strict entre « le coût des obligations de service public imposées et les compensations financières finalement accordées<sup>1266</sup>. » Il existe ainsi, depuis l'arrêt *Altmark*, quatre conditions restrictives auxquelles est soumise la non qualification d'aide d'Etat des financements publics accordés aux services d'intérêt économique général :

*Premièrement, l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations doivent être clairement définies.*

*Deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente, afin d'éviter qu'elle comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes.*

*Troisièmement, la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations. Le respect d'une telle condition est indispensable afin de garantir que n'est accordé à l'entreprise bénéficiaire aucun avantage qui fausse ou menace de fausser la concurrence en renforçant la position concurrentielle de cette entreprise.*

*Quatrièmement, lorsque le choix de l'entreprise à charge de l'exécution d'obligations de service public, dans un cas concret, n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations.*

En conclusion, c'est l'approche « compensatoire » des subventions publiques accordées aux services d'intérêt économique général qui l'avait emporté en droit européen des aides d'Etat. Néanmoins, la non qualification d'aide d'Etat de ce type de subventions est strictement encadrée par les conditions posées dans l'arrêt *Altmark* de 2003. Il existe,

---

<sup>1266</sup> *Ibid.*

cependant, une souplesse évidente du droit européen des aides publiques à l'égard des financements apportés aux services d'intérêt économique d'intérêt général. Cette souplesse se justifie sur la base des multiples arguments.

b. Les justifications de la non qualification d'aide d'Etat des subventions publiques des services d'intérêt économique général

Il faut souligner ici que la solution de la Cour de justice de l'Union Européenne, d'exclure les soutiens financiers publics apportés aux services d'intérêt économique général de la catégorie européenne d'aides d'Etat, était parfois critiquée, essentiellement sur la base de deux arguments<sup>1267</sup>.

Tout d'abord, la cohérence de cette solution était remise en cause au regard du droit européen de la concurrence dans son ensemble. Il a été considéré ainsi que la non qualification d'aide publique des subventions de service public n'était pas compatible avec la notion-même d'aide d'Etat, qui est envisagée comme une notion abstraite et objective. Par conséquent, il serait impossible d'exclure du champ d'application de l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne une mesure revêtant les caractéristique abstraites d'aide d'Etat, uniquement en raison de l'objectif poursuivi par celle-ci qui est, en l'occurrence, la rémunération des obligations spécifiques de service public pesant sur certaines entreprises. Plus largement, cette solution semblait en conflit avec les stipulations de l'article 106§2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne qui pose le principe de la soumission des services d'intérêt économique général à l'ensemble des règles du droit européen de la concurrence, tout en prévoyant un mécanisme spécifique de dérogations au droit de la concurrence au profit de ces services.

En outre, la solution de la Cour de justice était critiquée, en raison de la logique d'affaiblissement du déploiement du marché intérieur qu'elle introduisait. En effet, la soustraction des subventions des services d'intérêt économique général de la réglementation des aides publiques conduisait à renforcer la marge de manœuvre des Etats membres pour apporter des soutiens financiers à leurs entreprises d'intérêt général. Parallèlement, le contrôle de la Commission européenne sur les financements publics octroyés aux entreprises d'intérêt économique général se trouvait considérablement restreint.

---

<sup>1267</sup> V. MEROLA, Massimo, MEDINA, Caroline, « De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark : continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics », *op.cit.*, p. 664 et s.

Cependant, la majorité d'arguments militent en faveur de la position adoptée par la Cour de justice dans les arrêts *Ferring et Altmark*<sup>1268</sup>.

Il existe en ce sens un argument juridique solide sur lequel cette solution s'appuie. Contrairement à certaines critiques formulées sur ce point, la solution de la Cour de justice semble en adéquation avec la notion d'aide d'Etat et ses critères d'identification. En effet, l'un des éléments constitutifs de l'aide publique incompatible avec le marché intérieur consiste dans l'existence d'un avantage concurrentiel procuré à une entreprise par la mesure financière publique adoptée à son égard. Or, il s'avère que la compensation d'obligations de service public n'est pas censée procurer un avantage concurrentiel à l'entreprise qui en bénéficie, mais compenser les charges particulières qui pèsent sur celle-ci du fait de l'exécution des missions de service d'intérêt économique général. En ce sens, il s'agit davantage d'une mesure qui tend à maintenir l'égalité concurrence sur le marché, en replaçant les entreprises chargées des services d'intérêt économique général dans une situation comparable à celle de leurs concurrents.

Un argument plus pragmatique, en lien avec le dispositif procédural applicable aux aides publiques, peut également être invoqué. En vertu de l'article 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, tout projet d'aide publique doit faire l'objet d'une procédure de notification préalable à la Commission européenne, qui est censée se prononcer sur la comptabilité du projet avec le marché intérieur. Or, l'obligation de notification préalable et de suspension de l'exécution de l'aide projetée jusqu'à son autorisation par la Commission pourrait avoir des conséquences dommageables sur le fonctionnement des activités de service public au sein des Etats membres. En ce sens, le respect de cette obligation peut compromettre la continuité de certains services publics et conduire à une véritable « paralysie » du fonctionnement de certains services indispensables pour les populations qui nécessitent des financements publics pour garantir leur viabilité économique.

Cependant, il existe surtout un argument d'ordre politique permettant d'expliquer l'adoption du principe de non qualification d'aides d'Etat des subventions des services d'intérêt économique général. En effet, ce principe s'inscrit dans le cadre du mouvement général de valorisation de la notion de service d'intérêt économique général en droit de l'Union Européenne. Il convient de rappeler ainsi que le droit de l'Union Européenne a pleinement intégré la notion de service d'intérêt économique général parmi les valeurs

---

<sup>1268</sup> V. RITLENG, Dominique, « Financement du service public et aides d'Etat », *op.cit.*

fondamentales de l'Union. Cette consécration a impliqué la nécessité de garantir le bon fonctionnement de ces services dans l'intérêt des citoyens européens. Or, cet objectif a conduit à un retrait de l'approche purement concurrentielle appliquée aux services d'intérêt économique général au profit d'une nouvelle approche de prise en considération de leurs spécificités au sein du marché intérieur, ce qui a justifié l'aménagement d'une plus large marge de manœuvre laissée aux Etats dans la détermination des modalités d'organisation et de financement de leurs services d'intérêt économique général.

Par ailleurs, depuis l'arrêt *Altmark*, l'exclusion des subventions publiques des services d'intérêt économique générale de la catégorie d'aides d'Etat n'est ni absolue, ni systématique, dans la mesure où elle se trouve subordonnée au respect des quatre conditions restrictives posées par cet arrêt. C'est en ce sens, que la jurisprudence *Altmark* avait instauré un équilibre entre l'approche « compensation » et l'approche « aide d'Etat » dans le domaine du financement des services d'intérêt économique général.

Toutefois, les financements publics apportés aux services sanitaires d'intérêt général, bénéficient d'un traitement dérogatoire spécifique au sein de la réglementation européenne des aides d'Etat.

## 2. Le traitement dérogatoire des subventions publiques octroyées aux services sanitaires d'intérêt général

Il convient de souligner ici que les conditions restrictives posées par l'arrêt *Altmark* « ne se sont pratiquement jamais trouvés réalisés<sup>1269</sup>. » Cela a pu amener à une « quasi impossibilité<sup>1270</sup> » d'exclure la qualification d'aide d'Etat pour une grande partie de compensations de service public au sein de l'Union Européenne qui devaient, par conséquent, relever systématiquement du contrôle préalable de la Commission Européenne.

En ce sens, c'est l'approche « aide d'Etat » qui continue à s'appliquer aux subventions publiques d'un grand nombre de services d'intérêt économique général. Il apparaît en particulier, que cette approche est applicable au financement du service public hospitalier français. Il convient de rappeler que le financement de ce dernier est fondé sur le double dispositif de la tarification à l'activité et des crédits de missions d'intérêt général et d'aide à la

---

<sup>1269</sup> DUBOUIS, Louis, BLUMANN, Claude, *Droit matériel de l'Union Européenne, op.cit.*, p. 800.

<sup>1270</sup> V. GIACOBBO-PEYRONEL, Valérie, VERDURE, Christophe (dir.), *Contentieux du droit européen de la concurrence : questions d'actualité et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 465 et s.



contractualisation. Or, ce dispositif de financement ne semble pas en mesure de garantir une appréciation stricte de l'équivalence entre les compensations publiques apportées et les surcoûts engagés en raison des charges de service public assumées. En ce sens, le financement du service public hospitalier ne semble pas, a priori, remplir le deuxième et surtout le quatrième critère de la jurisprudence *Altmark*.

Cependant, il faut préciser que les subventions de service public qui ne remplissent pas les critères issus de l'arrêt *Altmark*, peuvent être considérées comme des aides publiques compatibles avec le marché intérieur sur le fondement de l'article 106§2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, qui autorise les dérogations au droit européen de la concurrence au profit de services d'intérêt économique général. Or, au regard des critères d'application de cet article, précisés par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union Européenne, il apparaît que les soutiens financiers publics attribués aux organismes chargés des services d'intérêt économique général devaient être systématiquement validés par rapport au marché intérieur, dans la mesure où des tels soutiens sont souvent indispensables à l'exercice des missions d'intérêt général conférées à ces organismes.

Par ailleurs, des conditions supplémentaires ont été ajoutées par la Commission européenne, dans le cadre du « paquet Almunia » du 20 décembre 2011, afin que certaines compensations de service public puissent être considérées comme des aides compatibles avec le marché intérieur, dispensés de la procédure de notification préalable<sup>1271</sup>. Cependant, l'application de ce régime juridique aux financements publics des services sanitaires d'intérêt général risque de poser deux séries de difficultés.

En premier lieu, ce régime juridique est censé s'appliquer aux subventions publiques qui entrent dans le champ de la notion d'aide publique. Cela implique, de son côté, que la mesure de financement public concernée fasse l'objet d'un contrôle préalable exercé par la Commission européenne, qui doit se prononcer sur sa comptabilité avec le marché intérieur, avant que les Etats soient en mesure de mettre en œuvre l'aide projetée. Or, dans le domaine sanitaire, cette obligation procédurale peut conduire à un blocage systématique des financements publics des missions d'intérêt général qui sont, pour autant, indispensables pour assurer la prise en charge continue de ce type de missions.

---

<sup>1271</sup> V. Déc.de la Commission du 20 décembre 2011 relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, JOUE, 11 janv. 2012, p. 3-10.

En deuxième lieu, les conditions prévues par la Commission européenne, au vu de la dispense de notification préalable des subventions de service public considérées comme compatibles avec le marché intérieur, apparaissent comme particulièrement restrictives et imprécises. En effet, la Commission reprend en grande partie les conditions posées par la jurisprudence *Altmark* qui sont, pour autant, censées s'appliquer à la non qualification d'aide d'Etat des financements de service public. Il subsiste, en particulier, une exigence de mandat public précisant les obligations de service public de l'entreprise, ainsi que la nécessité d'une compensation dont le montant n'excède pas ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts nets occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte d'un bénéfice économique raisonnable.

Pour cette raison, face à la complexité du régime présenté, les services sanitaires d'intérêt général ont bénéficié d'un statut dérogatoire dans le cadre de la réglementation européenne des aides d'Etat.

En ce sens, dans le cadre du paquet *Almunia* de 2011, la Commission européenne avait exempté de l'obligation de notification préalable les subventions publiques octroyées aux hôpitaux, quelle que soit leur qualification au regard de la jurisprudence *Altmark* (compensation d'obligations de service public ou aide d'Etat). Cette exemption est essentiellement justifiée par le fait que les hôpitaux sont censés répondre aux besoins sociaux fondamentaux dans le domaine de la santé et des soins. Il faut ainsi préciser que l'exemption consacrée à leur profit n'est pas fondée sur le montant de l'aide octroyée, comme dans l'hypothèse des aides *minimis* qui n'affectent pas la concurrence au sein du marché intérieur<sup>1272</sup>, mais sur la spécificité de l'objet de leurs missions, qui présentent une forte dimension sociale, supérieure à leur dimension économique. En ce sens, la Commission Européenne a précisé que dans le secteur des services sanitaires, le risque de distorsion de la concurrence pouvait être considéré comme acceptable, compte tenu des forts enjeux du service public qui existent en la matière<sup>1273</sup>.

Toutefois, le traitement favorable réservé aux subventions publiques dans le domaine de la santé ne met pas les financements publics apportés aux services sanitaires d'intérêt général à l'abri du droit européen de la concurrence.

---

<sup>1272</sup> V. Règl. (UE) n° 1407/2013 de la Commission du 18 décembre 2013 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de *minimis*, JOUE, L 352, 24 déc. 2013, p. 1-8.

<sup>1273</sup> LLIOPOULOU-PENOT, Anastasia, « Service public hospitalier et droit de l'Union », *op.cit.*

En premier lieu, pour sécuriser les financements apportés à ces services, les pouvoirs publics sont liés par une obligation de transparence dans la définition des obligations de service public imposées aux services sanitaires qu'il s'agit à compenser. En ce sens, ces obligations doivent nécessairement être précisées au sein d'un mandat public à l'égard de l'entreprise chargée de leur exécution. De la même manière, les pouvoirs publics sont liés par une obligation stricte d'absence de surcompensation financière par les subventions publiques octroyées à leurs services d'intérêt économique général, y compris aux services sanitaires.

Il convient de souligner également que les subventions publiques accordées aux services sanitaires d'intérêt général peuvent être soumises à un contrôle de comptabilité avec le marché intérieur. Il s'agit néanmoins d'un contrôle a posteriori, après le versement des subventions, qui doit être systématiquement exercé par les autorités nationales et qui peut être éventuellement opéré par les institutions européennes.

En ce sens, le Tribunal de l'Union Européenne a déjà eu l'occasion de se prononcer sur les modalités d'application de la réglementation européenne des aides publiques aux établissements de santé<sup>1274</sup>. Sa décision concernait les compensations d'obligations de service public apportées aux hôpitaux publics belges qui, à l'image des établissements publics de santé français, exercent l'activité de soins hospitaliers dans un cadre concurrentiel avec des cliniques privées, mais se trouvent assujettis, parallèlement à certaines missions et obligations de service public particulières. Dans sa décision, le Tribunal de l'Union Européen est revenu explicitement sur la spécificité du secteur hospitalier par rapport aux autres secteurs des services d'intérêt économique général, justifiant ainsi une application plus souple du droit européen de la concurrence. Cependant, il ressort également de cette décision, que la spécificité du secteur hospitalier ne saurait pas justifier un examen superficiel de la comptabilité des subventions publiques, reçues par les hôpitaux en contrepartie des obligations de service public, avec le droit du marché intérieur. Le principe d'égalité de traitement entre les hôpitaux publics et les cliniques privées implique, en ce sens, la présence de trois éléments qui doivent obligatoirement être remplis: des actes de mandatement au vu de l'exécution des obligations de service public, des paramètres de détermination de la compensation d'obligations de service publics clairement prédéfinis, ainsi que des mécanismes concrets de contrôle permettant d'éviter toute surcompensation<sup>1275</sup>.

---

<sup>1274</sup> Trib. UE, 7 nov. 2012, *CBI/c. Commission*, aff. T 137/10.

<sup>1275</sup> V. GUINARD, Dorian, « Aides d'Etat et financement des hôpitaux », *RDSS*, 2013, p. 413 ; VIOUJAS, Vincent, « Le financement des hôpitaux face au droit européen de la concurrence » in *Enseignement, hôpital*,

Or, la question de la comptabilité du financement du service public hospitalier avec le droit de l'Union Européenne n'est pas complètement réglée, notamment en raison du montant de tarification plus élevé dont bénéficient les établissements publics de santé dans le cadre de la tarification à l'activité. La question qui se pose est de savoir si cet écart entre les tarifs nationaux de l'hospitalisation publique et de l'hospitalisation privée permet effectivement de compenser les charges particulières de service public qui pèsent sur les établissements de service public hospitalier, tout en évitant le risque d'une éventuelle surcompensation.

Le droit hospitalier français avait tenté de remédier à cette difficulté. En ce sens, la réforme Touraine de 2016 a intégré au sein du Code de la santé publique le nouvel article L. 6116-3 qui prévoit un mécanisme de contrôle et de récupération des surcompensations financières versées aux établissements de santé dont les bénéfices excèdent un bénéfice raisonnable. Ce mécanisme de contrôle est conféré aux agences régionales de santé sur la base d'une évaluation des comptes des établissements de santé qui doivent leur être transmis annuellement. Cependant, ce mécanisme ne peut pas être considéré comme pleinement efficace, dans la mesure où le décret d'application, censé fixer les règles de calcul et d'application des surcompensations, ainsi que les modalités de la procédure de récupération de celles-ci, n'est pas encore entré en vigueur.

Pour autant, avant l'entrée en vigueur de cette disposition législative, le Conseil d'Etat avait systématiquement admis la conformité du différentiel tarifaire au profit des établissements publics de santé au droit de l'Union Européenne, qui a été ainsi considéré comme un mécanisme régulier, destiné à couvrir les coûts nets occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en intégrant également un bénéfice raisonnable<sup>1276</sup>.

En raison de leur nature économique, les services sanitaires étaient intégrés dans le champ du marché intérieur. Cependant, l'influence du marché intérieur sur leur organisation au niveau national est restée limitée. Le maintien de la compétence étatique en matière d'organisation des systèmes de santé conduit à limiter les interventions de l'Union Européenne dans le champ de la santé et confère aux Etats membres la possibilité d'invoquer la protection de la santé publique comme motif justificatif des entraves apportées au marché intérieur dans le cadre du processus d'organisation des systèmes de santé. De la même manière, la prise en considération de la spécificité des services sanitaires au sein du marché

---

*médecine, Mél. En l'honneur de Jean-Marie Clément, op.cit.*, p. 445 ; LLIPOULOU-PENOT, Anastasia, « Service public hospitalier et droit de l'Union », *op.cit.*

<sup>1276</sup> V. CE, 24 févr. 2015, *Syndicat FHP-MCO*, n° 367961 ; CE, 27 avr. 2015, *Syndicat FHP-MCO*, n° 377955.

intérieur se traduit par la conceptualisation, en droit de l'Union Européenne, de la notion de services sociaux d'intérêt général, qui relèvent d'une application différenciée du droit européen de la concurrence. Par ailleurs, l'intérêt général caractérisé, attaché aux services sanitaires, avait conduit à la consolidation des financements publics apportés à ces services en droit européen des aides d'Etat.

Sur la base de ces éléments, il faut conclure que le droit de l'Union Européenne n'impose pas de procéder à une réforme de la notion de service public en matière de santé dans un sens de comptabilité avec le marché intérieur. Pour autant, l'approche européenne en matière de service public a été progressivement réceptionnée en droit de la santé français.



## Chapitre 2 - La réception de l'approche européenne fonctionnaliste en droit interne de la santé

En droit français, l'approche européenne fonctionnaliste en matière de service public a été déjà transposée au sein des secteurs économiques des services en réseaux. Dans le cadre de ces secteurs, la réglementation européenne avait imposé l'abandon du modèle traditionnel des services publics industriels et commerciaux monopolistique en réseaux, pour en substituer le nouveau modèle des secteurs en réseaux ouverts à la concurrence et oligopolistiques de principe<sup>1277</sup>.

Par conséquent, au sein des secteurs en réseaux libéralisés, la notion de service public est désormais conçue comme un mécanisme de prise en charge des activités d'intérêt général, qui ne peuvent pas être régulièrement exécutées selon les règles du marché et de la libre concurrence. Pour cette raison, le droit de l'Union Européenne avait substitué à la terminologie française de « service public » les nouvelles notions européennes de service universel, de missions de service public et d'obligations de service public, permettant ainsi de souligner l'inscription des services d'intérêt économique général dans un cadre concurrentiel.

En ce sens, le processus de libéralisation des services d'intérêt économique général en réseaux, qui était initié au niveau européen, a profondément modifié l'approche du service public dans le cadre de ces secteurs en France<sup>1278</sup>. Les autorités nationales étaient tenues de procéder, dans chaque secteur, à une distinction entre des activités de service public (soumises aux exigences du service universel ou aux obligations de service public) et des activités marchandes, soumises au respect des règles du droit de la concurrence. Cette distinction a impliqué également la mise en place d'une séparation comptable entre les missions relevant d'une logique de service public et les missions relevant d'une logique commerciale. Par ailleurs, cette approche a pu conduire à la segmentation ou à l'extension de la prise en charge des missions d'intérêt général à tous les opérateurs des secteurs concernés par le biais d'une dévolution d'obligations de service public à l'égard de ces derniers.

Or, inévitablement, dans un deuxième temps, la question qui s'est posée est celle de la transposition de l'approche européenne en matière de services d'intérêt général dans les

---

<sup>1277</sup> KARPENSCHIF, Michaël, « Vers une définition communautaire du service public ? », *RFDA*, 2008, p. 58.

<sup>1278</sup> V. VOISSET, Michèle, « Le service public autrement », *op.cit.*

domaines des services sociaux et sanitaires d'intérêt général, dans la mesure où ces services sont majoritairement qualifiés de services d'intérêt économique général en droit de l'Union Européenne.

Par ailleurs, le professeur Didier Truchet avait préconisé la généralisation de l'approche fonctionnaliste européenne en droit français, ainsi que l'importation de l'expression de service d'intérêt général au lieu et place de l'expression de service public, qui n'aurait plus « guère de valeur juridique explicative<sup>1279</sup>. » En effet, l'approche européenne en matière de services d'intérêt général est considérée comme « apte à promouvoir les valeurs essentielles de justice sociale et d'efficacité économique qui caractérisait le service public (...) d'une manière plus réaliste en termes de marché et mieux ajustée à la diversité des besoins<sup>1280</sup>. »

Or, l'approche fonctionnaliste tirée du droit de l'Union Européenne était progressivement transposée en droit interne de la santé par la loi Bachelot de 2009 et la loi Touraine de 2016. Dans le cadre de la loi Bachelot, c'est la notion de mission de service public qui a été utilisée dans le but d'identifier les missions spécifiques au sein du système de santé français relevant du mécanisme de service public. En revanche, dans le cadre de la loi Touraine de 2016, la notion de service public hospitalier est définie par rapport au concept d'obligations de service public, dans le but d'insister sur la spécificité du régime juridique attaché à la notion de service public en matière sanitaire, afin d'objectiver les financements publics susceptibles d'être attribués aux établissements de santé en contrepartie de l'exécution d'obligations de service public.

Cependant, deux remarques doivent être formulées par rapport au processus de transposition de l'approche européenne de service public en droit interne de la santé.

Tout d'abord, il convient de souligner qu'il n'existe pas une contrainte directe et immédiate imposant la transposition de l'approche européenne du service d'intérêt général dans le secteur des services de santé. Il a été déjà démontré, que le secteur sanitaire, et notamment le secteur hospitalier français, s'inscrit dans le champ d'application du droit européen de la concurrence et en particulier du droit européen des aides d'Etat. Cependant, à la différence des secteurs des anciens services publics monopolistiques, il n'existe aucune réglementation européenne sectorielle applicable aux services sanitaires et impliquant une

---

<sup>1279</sup> V. TRUCHET, Didier, « Renoncer à l'expression 'service public' », *AJDA*, 2008, p. 553.

<sup>1280</sup> *Ibid.*



évolution de l'approche de la notion de service public retenue par les autorités nationales en la matière. En effet, l'emprise du droit européen de la concurrence sur les services sanitaires reste limitée par rapport aux autres secteurs économiques. En ce sens, la transposition de cette approche en droit interne de la santé est avant tout une transposition idéologique, qui s'effectue par ricochet.

Toutefois, la démarche de transposition de l'approche du service d'intérêt général dans le domaine sanitaire français apparaît également comme une démarche inaboutie. En effet, elle n'a jamais pu s'imposer complètement en la matière, en raison du poids symbolique de la notion traditionnelle de service public hospitalier, qui persiste encore dans ce domaine.

En ce sens, l'approche européenne fonctionnaliste en matière de services d'intérêt général était progressivement déclinée au sein de la législation sanitaire française (**Section 1**). Cependant, certains aspects relevant de cette approche devraient être renforcés, en tant qu'ils permettent l'affermissement des grands éléments structurels du système de santé français (**Section 2**).

## **Section 1. L'intégration de l'approche européenne fonctionnaliste dans la législation sanitaire**

Il convient de rappeler ici que la loi hospitalière Boulin de 1970 est le premier texte, qui avait promu une approche fonctionnaliste de la notion de service public au sein de la législation sanitaire. A cette époque, le service public hospitalier était conçu comme le fondement du système hospitalier, élément fédérateur de tous les établissements hospitaliers. De ce fait, le service public hospitalier se détachait de la conception française dominante du service public à l'époque, dans la mesure où il s'inscrivait au sein d'un système hospitalier non monopolistique, ce qui a impliqué l'ouverture de sa prise en charge aux établissements hospitaliers privés.

Cependant, dans les années 2000, deux facteurs ont conduit au développement d'un processus de réforme de la notion de service public en matière de santé. Il s'agissait, d'une part, d'intégrer la notion de service public au sein du concept émergent de système de santé, mais aussi de préciser, de manière plus détaillée, les missions et les obligations spécifiques de

service public dans le domaine sanitaire, conformément aux exigences du droit de l'Union Européenne en la matière.

Ce sont les réformes Bachelot de 2009 et Touraine de 2016, qui ont procédé à la transposition de l'approche européenne fonctionnaliste au sein de la législation sanitaire. La doctrine juridique a par ailleurs observé, que malgré la différence dans les terminologies utilisées dans le cadre de ces deux réformes, celles-ci s'inscrivaient dans un rapport de continuité dans la démarche de redéfinition de la notion de service public en matière de santé, dans un sens compatible avec le droit de l'Union Européenne.

Cependant, la loi Bachelot de 2009 avait procédé à la suppression symbolique de la notion traditionnelle de service public hospitalier, en substituant à celle-ci la nouvelle notion de missions de service public de santé. En ce sens, la réforme sanitaire de 2009 avait l'ambition de transposer la notion de service d'intérêt économique général dans le cadre du système de santé français (§1).

En revanche, la loi Touraine de 2016 procède au rétablissement de la notion de service public hospitalier au sein de la législation sanitaire, mais en définissant celle-ci par référence à ces obligations spécifiques. Or, la nouvelle définition du service public hospitalier par rapport à un bloc d'obligations de service public visait, dans le cadre de la réforme sanitaire de 2016, essentiellement de garantir la sécurisation des financements publics apportés aux missions de service public hospitalier au regard de la réglementation européenne des aides publiques (§2).

### ***§1. La notion de missions de service public introduite par la loi Bachelot de 2009***

La loi Bachelot de 2009 était à l'origine de la nouvelle notion de missions de service public de santé, qui est apparue au sein de la législation sanitaire à la place de la notion service public hospitalier. Cette loi avait entamé une première étape de la transposition de l'approche européenne en matière de services d'intérêt général dans le domaine de la santé.

Cependant, la notion-même de mission de service public existe depuis longtemps en droit français. Ainsi, dès les années 1940-1950, cette notion a parfois été utilisée par la jurisprudence au lieu de la notion de service public pour signifier le passage à une conception essentiellement matérielle de la notion de service public, progressivement détachée de tout aspect organique. La conception matérielle du service public est, en ce sens, une conception

classique en droit français et consiste à envisager cette notion exclusivement comme une activité d'intérêt général qui pourrait être prise en charge aussi bien par des personnes publiques, que par des personnes privées. Par ailleurs, la notion de mission de service public a été utilisée dans le domaine sanitaire, lorsqu'il s'agissait de conférer des missions d'intérêt général à des offreurs de soins ayant un statut privé. A titre d'exemple, la permanence des soins ambulatoires est qualifiée de mission de service public qui repose, pour son exécution, sur les médecins généralistes et spécialistes de ville<sup>1281</sup>.

Toutefois, dans le cadre de la loi Bachelot de 2009, la substitution de la notion de missions de service public de santé à la notion classique de service public hospitalier traduisait la volonté du législateur français de transposer l'approche européenne de services d'intérêt général dans le domaine sanitaire, voire même de faire évoluer les services sanitaires dans le sens des services d'intérêt économique général.

En ce sens, au travers de la notion de missions de service public, la loi Bachelot avait procédé à la transposition du concept de service d'intérêt économique général dans le domaine de la santé (A) et avait introduit une approche fragmentée de la notion de service public, inédite en matière sanitaire (B).

#### A. La transposition du concept de service d'intérêt économique général dans le domaine de la santé

La transposition du concept de service d'intérêt économique général dans le domaine de la santé, qui était opérée par la réforme Bachelot de 2009, est perceptible à deux niveaux. D'une part, le passage à la notion de missions de services publics de santé s'est accompagnée d'une nouvelle définition de la notion de service public en matière de santé, analogue à la définition de la notion de service d'intérêt économique général retenue en droit de l'Union Européenne(1). D'autre part, le législateur de 2009 est venu transposer en droit interne certains concepts attachés à la notion européenne de service d'intérêt économique général (2).

---

<sup>1281</sup> *Supra*, p. 167 et s.

## 1. La nouvelle définition de la notion de service public en matière de santé

Dans le cadre de la loi Bachelot, la notion de missions de service public s'identifiait par deux aspects. Elle regroupait des missions distinctives d'intérêt général dans le domaine de la santé, dont l'exécution était assortie d'un régime juridique particulier.

En ce sens, la loi Bachelot avait procédé à l'énumération d'un nombre limitatif de missions « d'intérêt général caractérisé » au sein du système de santé, qui étaient la permanence des soins, la prise en charge des soins palliatifs, l'enseignement universitaire et post-universitaire, la recherche, le développement professionnel continu des praticiens hospitaliers et non hospitaliers, la formation initiale et le développement professionnel continu des sages-femmes et du personnel paramédical et la recherche dans leurs domaines de compétence, les actions d'éducation et de prévention pour la santé et leur coordination, l'aide médicale urgente, la lutte contre l'exclusion sociale, les actions de santé publique, la prise en charge des personnes hospitalisées sans leur consentement, les soins dispensés aux personnes détenues ou retenues. Par ailleurs, en raison de leur importance, ces différentes missions étaient soumises par la loi à un régime juridique spécifique dans leur prise en charge qui devait s'effectuer dans le respect obligatoire de certains principes juridiques qui étaient l'égal accès aux soins, la qualité des soins, la permanence de l'accueil et de la prise en charge, ou l'orientation vers un autre établissement ou une autre institution, l'accessibilité tarifaire des prestations proposées dans le cadre des missions de service public.

De ce fait, la nouvelle définition de la notion de service public dans le domaine sanitaire correspondait à la définition donnée à la notion de service d'intérêt général en droit de l'Union Européenne, en tant qu'un ensemble de missions que les autorités publiques considèrent comme étant d'intérêt général et soumettent à des obligations spécifiques de service public.

Par ailleurs, la notion de missions de service public de santé avait entraîné une rupture drastique avec le critère organique qui caractérisait la notion traditionnelle de service public hospitalier.

En ce sens, la substitution de la notion de missions de service public à la notion de service public hospitalier avait imposé l'abandon de l'approche unitaire entre la notion matérielle de service public et le statut de l'établissement public de santé, qui existait pendant longtemps dans le cadre du système de santé français. Or, la loi Bachelot ne mentionnait plus

le principe d'exercice de droit du service public en matière sanitaire par les établissements publics de santé.

Il s'agissait ici d'un premier élément de la réforme de 2009 qui était critiqué par une partie de la doctrine juridique,<sup>1282</sup> qui continuait à militer pour le maintien du critère organique de la notion de service public dans le domaine sanitaire, en vertu duquel les missions de service public devaient continuer à être exercées de droit par les établissements publics de santé, ainsi que par les établissements de santé privés à but non lucratifs qui se portaient volontaires.

Or, sur ce point, le législateur français s'est également aligné sur la définition de la notion européenne de service d'intérêt général, qui ne fait aucune référence au critère organique. Dans le cadre de l'Union Européenne, l'indifférence du critère organique en matière de services d'intérêt général implique en principe qu'il appartient aux Etats membres de choisir et de fixer librement les modalités de gestion de leurs services d'intérêt général. En ce sens, le droit de l'Union Européenne admet la possibilité d'une gestion assurée directement par les collectivités publiques sous forme de régie, ou la délégation des services d'intérêt général à des établissements publics ou à des entreprises publiques ou privées<sup>1283</sup>. En outre, l'article 345 du traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne consacre le principe de neutralité au regard des régimes de propriété au sein des Etats membres. Par conséquent, le droit de l'Union Européenne ne s'oppose pas à la gestion des services d'intérêt général, notamment économiques, par des organismes ayant un statut public.

Néanmoins, dans le domaine des services d'intérêt économique général, le droit de l'Union Européenne priorise implicitement la prise en charge des missions de services d'intérêt général par l'ensemble des prestataires de services opérant sur un secteur économique donnée.

En ce sens, la loi Bachelot avait transposé ce modèle de prise en charge d'activités de service d'intérêt général dans le champ sanitaire, en prévoyant que les missions de service public pouvaient être assurées par une pluralité d'offres de santé : les établissements de santé publics et privés, les centres de santé, les maisons de santé, les pôles de santé,

---

<sup>1282</sup> Sur une approche critique de la notion de mission de service public adoptée par la réforme sanitaire du 21 juillet 2009 : V. TABUTEAU, Didier, « Les services publics de santé et d'assurance maladie entre repli et renouveau », *op.cit.* ; TABUTEAU, Didier, « Santé et assurance maladie : l'inquiétante dilution des services publics », *op.cit.*

<sup>1283</sup> V. en ce sens : CJUE, 9 juin 2009, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, aff. C-480/06, points 45 à 47.

l'institution nationale des invalides, les services de santé des armées, les groupements de coopération sanitaire, les personnes titulaires d'une autorisation d'équipement matériel lourd, les praticiens exerçant dans les établissements et les structures de santé. Ce dispositif légal était complété par le décret n° 2012-561 du 24 avril 2012, qui avait mis en place une procédure unique d'attribution des missions de service public pour tous les offreurs de santé qui devait permettre de respecter les exigences de transparence et d'équité lors de la procédure de sélection des candidats.

La loi Bachelot de 2009 avait ainsi procédé à la définition de la notion de service public en matière de santé par référence à la notion européenne de service d'intérêt économique général. En outre, cette réforme avait transposé en matière sanitaire certains concepts attachés à la notion de service d'intérêt économique général.

## 2. La transposition de certains concepts attachés à la notion de service d'intérêt économique général

Dans le cadre de la loi Bachelot, était perceptible une démarche de transposition de deux concepts attachés à la notion européenne de service d'intérêt général, qui sont le service universel(a) et le mandatement public pour l'exécution des missions de service public(b).

### a. La transposition du concept du service universel

Il convient d'évoquer ici que l'identification des missions distinctives de service public dans le domaine sanitaire pouvait être interprétée comme une démarche de transposition au sein du secteur sanitaire du concept européen de service universel, qui était déjà décliné au sein de certains secteurs de services en réseaux et notamment dans le cadre des secteurs des postes et des télécommunications<sup>1284</sup>. Ainsi, les missions distinctives de service public en matière de santé pouvaient être considérées comme une sorte de service public de base dans le domaine sanitaire. Par ailleurs, le régime juridique attaché à l'exécution de ces missions se rapprochait de manière significative du régime juridique lié à la notion européenne de service universel, notamment en raison de l'importance attribuée aux principes

---

<sup>1284</sup> V. art. L. 1 ; art. L. 35-1 CPCE.

de qualité et d'accessibilité tarifaire des prestations relevant du champ des missions de service public de santé<sup>1285</sup>.

Cependant, si le concept de service universel était effectivement transposé dans le champ du système de santé par la réforme Bachelot, c'était essentiellement au travers de la notion de soins de premier recours. En effet, les soins de premier recours répondent davantage à la définition de la notion de service universel, dans la mesure où ils apparaissent comme des soins de santé primaires qui doivent être fournis à l'ensemble de la population sur la base des principes de qualité et d'accessibilité territoriale et tarifaire<sup>1286</sup>.

Il faut souligner également, que l'objectif recherché par le législateur français, au travers de l'identification des missions de service public de santé, n'était pas de recourir au concept européen du service universel dans le but d'isoler certaines missions qui devaient être situées en dehors du cadre concurrentiel, comme c'est le cas dans le cadre des secteurs de services en réseaux. Il s'agissait, en revanche, d'identifier les missions d'intérêt général, qui ne pouvaient pas être correctement assumées dans le cadre du régime juridique de droit commun en matière sanitaire, qui est le régime du système de santé. En ce sens, pour garantir la prise en charge de l'ensemble de ces missions particulières, il a fallu aller au-delà du concept du système de santé et recourir à la notion de service public, en raison de certains principes et valeurs faisant partie de son régime juridique, qui ne sont pas suffisamment aménagés dans le cadre du système de santé, notamment en termes d'égalité financière et territoriale d'accès aux services essentiels au profit des usagers.

De manière beaucoup plus évidente, la loi Bachelot avait transposé au sein de la législation sanitaire l'exigence de mandatement public, qui constitue un élément indispensable de l'identification des missions d'intérêt général en droit de l'Union Européenne.

#### b. La transposition de l'exigence de mandatement public

Il convient de rappeler ici que le mandatement public est l'un des éléments constitutifs de la notion de service d'intérêt économique général en droit de l'Union Européenne. Plus précisément, le mandatement public est censé se matérialiser par un acte officiel de puissance publique, visant l'investiture d'une entreprise de l'exécution d'un service d'intérêt économique général. Le mandat public permet, en ce sens, de déceler le caractère d'intérêt

---

<sup>1285</sup> Sur la notion de service universel : *Supra*, p. 188 et s ; *Infra*, p. 566-567

<sup>1286</sup> V. *supra*, p. 186 et s.

général attaché à une activité marchande, en distinguant celle-ci des activités économiques ordinaires. Il s'avère que le mandatement public permet de constater, de manière explicite et objective, la volonté des autorités nationales d'ériger une activité économique en service d'intérêt général en aménageant le caractère obligatoire de celle-ci, ainsi que les conditions spécifiques de sa prise en charge, susceptibles de justifier, dans certaines hypothèses, des exceptions aux règles du droit de la concurrence au profit des entreprises mandatées de l'exécution des services d'intérêt économique général.

De la même manière, la notion de mandat public occupe une place primordiale dans le cadre du régime juridique applicable aux services d'intérêt économique général en droit européen des aides d'Etat. En ce sens, l'exigence d'un mandatement de puissance publique est la première condition, posée par la Cour de Justice dans l'arrêt *Altmark* de 2003, qui doit être remplie pour que la subvention octroyée à un service d'intérêt économique général ne soit pas considérée comme une aide d'Etat au sein du marché intérieur. Par ailleurs, l'exigence de mandat public a été reprise dans le cadre du « Paquet Almunia », adopté par la Commission européenne en décembre 2011, en tant que critère nécessaire pour que les subventions des services d'intérêt économique général puissent bénéficier du statut d'aide publique compatible avec l'article 106§2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne et être ainsi exemptées de l'obligation procédurale de notification préalable à la Commission.

Dans cette configuration, le processus d'harmonisation du financement des établissements de santé, suite à l'adoption de la tarification à l'activité dans le secteur hospitalier, avait rendu indispensable une démarche de redéfinition de la notion de service public en matière de santé dans un sens plus compatible avec l'exigence du mandatement public officiel imposée par droit de l'Union Européenne.

En ce sens, dans le cadre de la loi Bachelot, une forme de mandatement public général pour l'exécution des missions de services d'intérêt général était opérée, en premier lieu, par le texte de la loi, qui avait procédé, d'une part, à l'énumération limitative de quatorze missions distinctives de service public dans le domaine sanitaire et, d'autre part, à l'identification d'obligations spécifiques qui existaient dans la prise en charge de ces missions (l'égal accès, la qualité, la permanence de l'accueil et de la prise en charge, l'accessibilité financière). Le texte législatif pouvait être analysé comme un mandat public, dans la mesure où il permettait d'identifier l'ensemble des missions de service d'intérêt général existant dans le domaine de la santé, ainsi que les obligations spécifiques attachées à la prise en charge de celles-ci qui pouvaient faire l'objet à des compensations financières publiques.



En outre, le décret n° 2012-561 du 24 avril 2012 avait mis en place une procédure d'attribution territoriale des missions de service public de santé sur la base d'un appel d'offre, impliquant l'organisation d'une mise en concurrence entre les différents candidats à l'exercice de ces missions. C'est à la suite de cette procédure de sélection, que le dispositif juridique identifiait un deuxième niveau de mandatement public, qui portait, cette fois-ci, sur l'exécution concrète des missions de service public dans le champ sanitaire. Le mandat public était constitué en la matière par un acte contractuel, à savoir, soit le contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens à l'égard des établissements de santé, soit un contrat spécifique pour les offreurs de soins non soumis au dispositif du contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens. C'était au sein de ces contrats que l'attribution d'une ou plusieurs missions de service public devait être inscrite, accompagnée par la précision des obligations qui s'y rapportaient, ainsi que des modalités de calcul de la compensation financière en contrepartie de ces obligations.

Cependant, il convient d'invoquer qu'il subsistait une incohérence au sein du texte de la loi Bachelot au regard des exigences relatives au mandat public dans le cadre de la réglementation européenne des aides d'Etat applicable aux services d'intérêt économique général. En effet, sous l'égide de la loi Bachelot, le Code de la santé publique imposait le respect des obligations des missions de service public de santé pour toute l'activité des établissements publics de santé, ainsi que des établissements de santé privés d'intérêt collectif. Or, il n'était pas certain que cette disposition législative répondait aux exigences européennes relatives à la notion de mandatement public. Il pouvait paraître problématique que cette obligation générale, imposée aux établissements publics de santé et aux établissements de santé privés d'intérêt collectif, ne s'appliquait pas pour autant aux activités expressément qualifiées comme missions de service public. En ce sens, les obligations de service public s'appliquaient à une partie de l'activité de ces établissements qui englobait des missions n'ayant pas fait l'objet d'une procédure officielle d'attribution dans le cadre de leurs contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens. Par conséquent, les subventions qui pouvaient être versés en contrepartie de l'obligation générale impartie à ces établissements, de respecter les sujétions de service public pour l'ensemble de leur activité, pouvaient poser des difficultés en droit européen des aides publiques, dans la mesure où elles ne semblaient pas répondre à tous les critères de l'exigence du mandatement public posés par le droit de l'Union Européenne.

Au travers de la notion de missions de service public, la loi Bachelot avait introduit, en outre, une approche fragmentée de la notion de service public dans le domaine de la santé.

## B. L'originalité d'une approche fragmentée de la notion de service public en matière sanitaire

L'apparition d'une approche fragmentée de la notion de service public en matière sanitaire, par le biais de la notion de missions de service public de santé, consistait en l'abandon de l'approche globale qui caractérisait la notion ancienne de service public hospitalier. En effet, le service public hospitalier était conçu comme un bloc de missions par référence à toutes les missions susceptibles d'être exercées par les établissements publics de santé. En revanche, en 2009, la réforme Bachelot avait procédé à une distinction des missions de service public et des missions générales en matière de santé. Ces dernières missions apparaissaient ainsi comme communes à tous les établissements de santé et ne relevaient plus ni du champ matériel, ni du régime juridique de la notion de service public.

Or, l'approche fragmentée de la notion de service public, qui s'est progressivement imposée en droit français, constitue également un trait caractéristique de la conception européenne des services d'intérêt général.

Cette approche est ainsi, tout d'abord, apparue dans le champ des services publics en réseaux, qui étaient les premiers services publics directement saisis par la législation européenne dans le sens de leur démonopolisation au sein du marché intérieur. Pour cette raison, l'un des principes imposé par le droit de l'Union Européenne dans le champ de ces services, était de procéder, en leur sein, à une distinction entre des missions marchandes, dont la prestation pouvait être assumée dans un cadre purement concurrentiel, et des missions d'intérêt général, qui pouvaient être qualifiées de missions de service public, mais qui devaient être soumises à un régime juridique particulier de service universel ou au respect de certaines obligations de service public. Une fois ce régime juridique déterminé, ces missions pouvaient ainsi faire l'objet de dérogations au droit européen de la concurrence, voire bénéficier du maintien des droits exclusifs pour leur exécution<sup>1287</sup>.

Toujours dans le cadre de l'approche fragmentée, les institutions européennes ont admis l'hypothèse dans laquelle un même organisme, quel que soit son statut juridique, pourrait assumer une double fonction, qui supposait un cumul d'exercice à la fois de certaines missions d'intérêt général non économique, exclues du champ d'application du droit de la

---

<sup>1287</sup> V. BELLOUBET-FRIER, Nicole, « Service public et droit communautaire », *op.cit.*

concurrence, et de certaines missions d'intérêt économique général qui, pour leur part, étaient soumises au régime du droit de la concurrence<sup>1288</sup>.

Cependant, la grande originalité de l'approche fragmentée de service public qui a été introduite dans le domaine sanitaire par la loi Bachelot, résidait dans l'exclusion des soins généraux en médecine, obstétrique et chirurgie du champ matériel de la notion de service public, ce qui faisait que désormais une grande partie de l'activité du champ de la santé ne relevait plus de la qualification de service public en droit français.

Il s'agissait ici du deuxième aspect de la réforme Bachelot qui a fait l'objet à des nombreuses critiques au sein de la doctrine juridique. En effet, l'approche fragmentée du service public en matière de santé conduisait à qualifier de missions de service public les missions peu susceptibles de relever de l'initiative privée. En ce sens, la réception de cette approche en droit interne de la santé était considérée comme « l'aboutissement symbolique mais également juridique » d'un processus de « dissolution » du service public hospitalier<sup>1289</sup>. Elle a également été présentée comme une démarche de « dépeçage<sup>1290</sup> », voire d'« expropriation<sup>1291</sup> » du service public hospitalier de ces missions les plus essentielles. En ce sens, à la lumière de la logique poursuivie au sein des secteurs des services en réseaux, le recours à l'approche fragmentée du service public en matière de santé a pu être interprété comme une démarche de définition du service public « par rapport à sa subsidiarité au regard des activités économiques privées » aboutissant ainsi à promouvoir « une approche minimaliste » de l'intérêt général dans le domaine sanitaire<sup>1292</sup>. Pour cette raison, le professeur Didier Tabuteau militait pour le retour de l'approche globale du service public dans le domaine sanitaire qui devait être conçu comme « le mode d'intervention de droit commun en matière sanitaire » et ne pouvait pas « se replier sur quelques missions essentielles mais périphériques ou subsidiaires<sup>1293</sup>. » Toutefois, l'adoption de l'approche fragmentée du service public dans le domaine sanitaire pouvait être interprétée, d'un autre côté, comme une avancée susceptible de redonner un sens plus juridique à la notion de service

---

<sup>1288</sup> KOVAR, Robert, « Droit communautaire et service public », *op.cit.*

<sup>1289</sup> TABUTEAU, Didier, « Les services publics de santé et d'assurance maladie entre repli et renouveau », *op.cit.*

<sup>1290</sup> BETTINGER, Christian, « Concession et gestion des services hospitaliers au XXI<sup>e</sup> siècle », *op.cit.*

<sup>1291</sup> TABUTEAU, Didier, « Santé et assurance maladie : l'inquiétante dilution des services publics », *op.cit.*

<sup>1292</sup> TABUTEAU, Didier, « Les services publics de santé et d'assurance maladie entre repli et renouveau », *op.cit.*

<sup>1293</sup> *Ibid.*

public en matière de santé, qui serait ainsi envisagé comme un procédé censé offrir à tous ce que l'initiative privée ne peut pas livrer<sup>1294</sup>.

Or, la séparation entre les missions générales des établissements de santé et les missions de service public de santé pouvait également apparaître comme une tentative de la part du législateur français de distinguer de manière plus précise, au sein de l'activité globale des établissements de santé, deux catégories de missions. Ainsi, aux missions générales des établissements de santé correspondaient les missions qualifiées de service d'intérêt économique général dans le champ hospitalier et qui pouvaient, par conséquent, être plus largement soumises au régime juridique du droit de la concurrence, ainsi qu'au financement de droit commun en matière hospitalière qui est la tarification à l'activité. Par ailleurs, l'intégration des missions de soins traditionnelles au sein de cette catégorie était en concordance avec la position de la Cour de justice de l'Union Européenne en la matière, qui a qualifié l'activité de soins hospitaliers, exercée au sein des systèmes de santé de type bismarkien, comme une activité de service d'intérêt économique général<sup>1295</sup>. En revanche, les missions de service public de santé seraient des missions présentant une nature non économique d'intérêt général, qui devraient être situées en dehors du champ du droit de la concurrence et relever d'un régime particulier de financement sur la base des subventions forfaitaires en contrepartie d'obligations d'intérêt général. Cependant, si la qualification de service non économique d'intérêt général s'imposait clairement pour certaines missions faisant partie de la liste des missions de service public de santé, comme c'était le cas de l'enseignement, de la recherche, de la formation, de la lutte contre l'exclusion sociale et des actions de santé publique, le constat apparaissait plus nuancé à l'égard d'autres missions de cette liste, comme la permanence de soins, l'aide médicale urgente, les soins palliatifs, qui s'inscrivaient dans le champ de l'activité générale de soins de santé et qui relevaient en partie du régime de la tarification à l'activité pour leur rémunération<sup>1296</sup>.

Il faut ainsi conclure, que la distinction opérée par le législateur sanitaire en 2009 entre les missions générale et les missions de service public des établissements de santé, se justifiait surtout par l'objectif d'identifier des missions distinctives d'intérêt général au sein du système de santé français. Il a fallu, en effet, garantir la prise en charge de ces missions conformément au principe d'égalité financière et territoriale d'accès pour les usagers, ce qui a impliqué que

---

<sup>1294</sup> CLEMENT, Jean-Marie, *La crise de confiance hospitalière. Constat, causes, réformes, op.cit.*, Bordeaux, LEH, 2003, p. 93.

<sup>1295</sup> *Supra*, p. 397-398.

<sup>1296</sup> V. sur ce point : BOUSSARD, Sabine, « Les vicissitudes du service public hospitalier », *op.cit.*

leur organisation soit aménagée sur l'ensemble des territoires de santé, dans le respect des principes attachés à la notion de service public. Il convient, en ce sens, d'écarter l'hypothèse, qui a été émise par une partie de la doctrine juridique, que cette démarche consistait à laisser les missions de santé non qualifiées de service public au « dogme de la concurrence.<sup>1297</sup> » En ce sens, comme l'affirmait le professeur Didier Truchet, les missions générales des établissements de santé n'étaient pas régies par les règles du service public, mais elles n'étaient non plus régies par les règles du droit de la concurrence. En réalité, leur prise en charge relevait des règles attachées au concept du système de santé, qui sont beaucoup plus proches des règles du service public que des règles du droit de la concurrence<sup>1298</sup>.

Or, la démarche de transposition de l'approche européenne de service d'intérêt général au sein de la législation sanitaire française n'a pas été suspendue par la réintroduction de la notion de service public hospitalier au sein du Code de la santé publique suite à l'adoption de la réforme Touraine de 2016. Il faut, en ce sens, rappeler que la notion de service public hospitalier est réapparue en droit interne, mais sous une nouvelle approche, en tant que bloc d'obligations de service public.

## ***§2. La nouvelle approche du service public hospitalier comme bloc d'obligations de service public introduite par la réforme Touraine de 2016***

L'article 99 de la loi Touraine de 2016 marque la réintroduction de la notion de service public hospitalier au sein de la législation sanitaire française. Or, comme cela a été souligné, la nouvelle notion de service public hospitalier se définit exclusivement par référence aux obligations de service public. Cette nouvelle définition du service public hospitalier, par référence au concept européen d'obligations de service public, est illustrative d'une continuité dans la démarche de transposition de l'approche européenne du service d'intérêt général en matière de santé.

Or, à l'image de la notion de missions de service public, la notion d'obligations de service public est apparue en droit français avant son émergence en droit de l'Union européenne. Dans le contexte français, l'identification d'obligations de service public est une technique liée au procédé d'investissement des personnes privées de l'exécution de missions

---

<sup>1297</sup> TABUTEAU, Didier, « Les services publics de santé et d'assurance maladie entre repli et renouveau », *op.cit.*

<sup>1298</sup> TRUCHET, Didier, « Du service public hospitalier aux missions de service public en matière de santé », *op.cit.*, p. 66, *Infra*, p. 483et s.

d'intérêt général. Cependant, dans le cadre de la loi Touraine, le recours à cette notion est censé permettre d'adapter la définition du service public hospitalier aux exigences du droit de l'Union européenne et, notamment, de sécuriser son financement au regard de la réglementation européenne des aides publiques.

En ce sens, la réforme de notre système de santé de 2016 s'inscrit, a priori, dans le cadre d'un mouvement généralisé en droit français de substitution de la notion technique d'obligations de service public à la notion traditionnelle et unitaire de service public(A). Toutefois, il apparaît que la réforme Touraine avait procédé à une transposition « de façade » de l'approche européenne de service d'intérêt général, en revenant davantage à la conception traditionnelle du service public dans le champ sanitaire (B).

#### A. Une approche véhiculée par le droit de l'Union Européenne

La notion d'obligations de service public est un élément constitutif de la notion de service d'intérêt général en droit de l'Union Européenne, qui est définie comme un ensemble de missions d'intérêt général assorties, par les Etats membres, d'obligations spécifiques de service public. Les obligations de service public se réfèrent, plus précisément, au régime juridique dérogatoire applicable aux activités d'intérêt général au sein de l'Union Européenne. En ce sens, la notion d'obligations de service public occupe une place primordiale au sein de la conception européenne du service d'intérêt général.

En premier lieu, l'obligation de service public a toujours été envisagée comme un critère d'identification du service d'intérêt général, et notamment du service d'intérêt économique général. En ce sens, dans son arrêt *Corbeau* du 19 mai 1993 la Cour de justice a fait de l'aménagement par les pouvoirs publics des obligations spécifiques de service public, le critère révélateur de l'intérêt général des missions assurées par une entreprise, justifiant ainsi des exceptions au droit de la concurrence dans l'accomplissement de ce type de missions. En effet, la présence d'obligations de service public apparaît comme l'élément le plus crédible permettant de constater de manière formelle l'intention des Etats membres d'ériger une activité économique en activité de service d'intérêt économique général.

De la même manière, la notion d'obligations de service public a accompagné le processus de démonopolisation et d'ouverture à la concurrence des services publics en réseau. Le référence à cette notion a impliqué, au sein de chaque secteur en réseau, de procéder à l'identification de certaines obligations qui n'étaient pas susceptibles d'être « assumées

spontanément par les entreprises dans un cadre concurrentiel<sup>1299</sup>.» En ce sens, sur le fondement des différentes réglementations européennes sectorielles, les obligations de service public ont été déterminées dans chacun des secteurs en réseaux libéralisés. Ces obligations peuvent être envisagées comme des obligations complémentaires imposées aux opérateurs du service universel,<sup>1300</sup> ou encore comme un ensemble plus global comportant à la fois les obligations de service universel et des obligations complémentaires,<sup>1301</sup> ou enfin, les obligations de service public peuvent être précisées pour des missions spécifiques attachées au service public défini dans le cadre du secteur en réseau donné<sup>1302</sup>. Toujours est-il que la notion d'obligations de service public a permis de diversifier et d'enrichir le régime juridique des missions d'intérêt général en droit français, en imposant le respect, au-delà des lois classiques de Rolland, des exigences spécifiques en termes de qualité, d'accessibilité ou encore de sécurité des prestations afin de respecter l'objectif de cohésion sociale et territoriale dans la fourniture des services d'intérêt général.

En ce sens, dans le cadre des secteurs des services en réseaux, les notions européennes de service universel et d'obligations de service public se sont substituées à l'approche globale de service public qui existait en droit français et qui consistait à englober, dans le cadre de cette qualification, l'intégralité de l'activité assurée au sein des secteurs en réseaux.

Or, dans le cadre du secteur sanitaire, l'originalité de la nouvelle notion de service public hospitalier consiste en l'impossibilité de définir celle-ci par rapport à un critère matériel ou à un critère organique.

Il faut ainsi rappeler que la nouvelle notion de service public hospitalier se distingue de la notion de mission de service public de santé, mais également de la notion de service public hospitalier dans sa version de 1970. En effet, la notion de service public hospitalier ne dispose plus d'une identité matérielle au sein du système de santé français, c'est-à-dire d'un contenu propre composé de missions spécifiquement qualifiées comme missions de service public<sup>1303</sup>. En effet, la seule mission spécifique du service public hospitalier, identifiée par l'article L. 6112-1 du Code de la santé publique, est l'aide médicale urgente. Cependant, la qualification de cette activité en mission spécifique du service public hospitalier a été justifiée

---

<sup>1299</sup> BRACONNIER, Stéphane, *Droit des services publics, op.cit.*, p. 81.

<sup>1300</sup> Cette approche a été mise en place au sein du secteur postal : V. art. L. 2, al. 2 du CPCE.

<sup>1301</sup> Une telle approche a été déclinée au sein du secteur des communications électroniques : Art. L. 35 du CPCE.

<sup>1302</sup> Cette approche a été transposée dans le secteur du service de l'électricité où le service public de l'électricité a été défini au travers de ces missions spécifiques et de ces obligations : V. art. L. 121-1 à 121-5 du Code de l'énergie.

<sup>1303</sup> V. sur la question : *supra*, p. 335-338.

essentiellement par des raisons pragmatiques<sup>1304</sup>. En revanche, toute une série de missions traditionnellement relevant du domaine réservé du service public en matière de santé ont été intégrées, par la loi Touraine, au sein de la catégorie des missions générales des établissements de santé, comme c'est le cas de la mission d'enseignement, de formation et de recherche, ainsi que des missions d'éducation et de prévention en matière de santé. La doctrine juridique a pu parler, par conséquent, d'une nouvelle approche de service public hospitalier sans missions spécifiques, en opposition drastique de l'approche promue par la réforme Bachelot de 2009 de missions de service public sans service public global<sup>1305</sup>.

De la même manière, la nouvelle notion de service public hospitalier ne se définit pas par référence à un critère organique. Le législateur de 2016 a ainsi sauvegardé l'une des caractéristiques majeures de la notion de service public dans le champ sanitaire, qui réside dans son caractère non monopolistique, c'est-à-dire dans son ouverture organique aux personnes privées. En ce sens, dans le cadre du système de santé français, la prise en charge du service public a toujours été ouverte soit à l'ensemble des offreurs de santé<sup>1306</sup>, soit, au moins, à l'ensemble des établissements de santé publics et privés<sup>1307</sup>. Par ailleurs, on pourrait saisir une volonté de la part du législateur de 2016, de renforcer l'ouverture organique du service public hospitalier aux établissements de santé privés par le biais d'une simplification des procédures d'investissement des établissements privés de l'exécution du service public hospitalier<sup>1308</sup>. Ainsi, en ce qui concerne les établissements de santé privés à statut commercial, le nouveau dispositif juridique avait substitué au procédé classique de la concession, la procédure plus souple d'habilitation unilatérale pour l'exécution du service public hospitalier.

Par conséquent, avec la réforme Touraine de 2016, la notion de service public hospitalier est devenue une notion statutaire, exclusivement définie par son régime juridique, c'est-à-dire par les modalités selon lesquelles les missions, relevant de l'ensemble des établissements de santé devaient être exécutées dans son cadre. Or, comme dans le cadre des secteurs des services en réseaux, la référence implicite à la notion d'obligations de service public dans le domaine de la santé a permis la précision, mais surtout le renforcement et la

---

<sup>1304</sup> *Supra*, p. 337.

<sup>1305</sup> BOUSSARD, Sabine, « Les vicissitudes du service public hospitalier », *op.cit.*

<sup>1306</sup> Une expérimentation en ce sens a été réalisée par la réforme Bachelot du 21 juill. 2009, préc., *supra*, p. 74 et s.

<sup>1307</sup> Le service public hospitalier fondé en 1970, par la réforme Boulin, était ainsi susceptible d'être assuré par les établissements de santé privés à but lucratif ou non lucratif qui se portaient volontaires ; *supra*, p. 70 et s.

<sup>1308</sup> V. sur la question : *supra*, p. 339 et s.



diversification des différentes obligations existant dans la prise en charge du service public hospitalier<sup>1309</sup>. Dans ce domaine, la loi Touraine se distingue des lois Boulin et Bachelot, dans la mesure où elle est allée au-delà d'une simple référence aux lois classiques de Rolland. Le Code de la santé publique énumère désormais de nombreuses obligations attachées à la notion de service public hospitalier, qui ont été parfois classifiées en catégories par la doctrine juridique. En ce sens, selon certains auteurs<sup>1310</sup>, les obligations de service public hospitalier pourraient être regroupées en trois catégories : la catégorie des obligations constitutives des garanties pour les usagers<sup>1311</sup>, la catégorie des obligations de fonctionnement des établissements de service public hospitalier<sup>1312</sup> et la catégorie des obligations constitutives des garanties contribuant à la qualité et l'accessibilité des soins<sup>1313</sup>. Cependant, afin de mieux cerner l'apport de la loi de modernisation de notre système de santé, il est possible également de distinguer, au sein des obligations de service public hospitalier, celles qui sont classiques et qui visent à assurer l'effectivité de l'accès au service public hospitalier,<sup>1314</sup> et celles qui sont nouvelles et propres au service public hospitalier, à l'image des obligations définies au sein des secteurs des services en réseaux par rapport aux spécificités particulières de chaque secteur<sup>1315</sup>. Ainsi, au sein du secteur sanitaire, la première obligation spécifique se réfère à l'exigence générale de fonctionnement transparent du service public hospitalier, qui implique les obligations pour les établissements de santé, qui en font partie, d'assurer la participation des usagers et de transmettre leurs comptes d'exploitation aux agences régionales de santé. Il faut mentionner également l'exigence particulière de coopération au sein du système de santé, illustrée par la consécration de nombreuses obligations en ce sens au sein de l'article L. 6112-2-III du Code de la santé publique.

---

<sup>1309</sup> V. *supra*, p. 324 et s.

<sup>1310</sup> CRISTOL, Danièle, « Les habits neufs du service public hospitalier », *op.cit.*

<sup>1311</sup> V. art. L. 6112-2-I du CSP : accueil adapté et délai de prise en charge adapté à l'état de santé de chaque usager, permanence de l'accueil et de la prise en charge, égal accès aux activités de prévention et de soins de qualité, absence de facturation de dépassements des honoraires.

<sup>1312</sup> Art. L. 6112-2-II du CSP : garantir la participation des représentants des usagers du système de santé, transmission annuelle des comptes d'exploitation à l'agence régionale de santé compétente.

<sup>1313</sup> Art. L. 6112-2-III du CSP : participation aux communautés professionnelles territoriales de santé, développement des actions permettant de répondre aux besoins de santé de la population en cas de carence de l'offre des services de santé, développements des actions de coopération avec d'autres offreurs de services de santé, information de l'ARS de tout projet de cessation ou de modification de leur activités de soins susceptibles de restreindre l'offre de service de santé et recherche de coopérations possibles avec d'autres offreurs de services de santé, développement des actions visant à améliorer l'accès et la continuité de soins et d'identifier les risques spécifiques dans les territoires d'Outre-Mer.

<sup>1314</sup> V. art. L. 6112-2-I du CSP.

<sup>1315</sup> V. en ce sens : VIOUJAS, Vincent, « Les obligations du service public hospitalier : quelles spécificités ? », *RDSS*, 2017, p. 644.

Comme le constate Monsieur Vincent Vioujas, « en définitive, le service public hospitalier ne s'identifie pas à des missions ou à des acteurs, mais plutôt à la manière dont celles-ci sont accomplies. » Il s'agit, par conséquent, d'une démarche de définition formelle de la notion de service public en matière sanitaire, inspirée par l'approche européenne en matière de services d'intérêt général. Or, en réalité, la réforme de modernisation de notre système de santé de 2016 marque un retrait dans la logique de transposition de l'approche européenne de service d'intérêt général dans le champ sanitaire. On peut parler ainsi d'une transposition « de façade » de cette approche qui ne peut pas cacher la logique dominante de retour vers la conception traditionnelle de la notion de service public hospitalier.

#### B. Une transposition de « façade » de l'approche européenne de service d'intérêt général

Il existe deux arguments principaux qui permettent de démontrer que la nouvelle définition du service public hospitalier, par référence aux obligations de service public, ne s'inscrit pas réellement dans le cadre d'une démarche de transposition de l'approche européenne en matière de services d'intérêt général, mais traduit davantage une logique de retour vers la conception classique de la notion de service public hospitalier en droit français.

En premier lieu, comme le souligne Monsieur Salim Ziani, en droit de l'Union Européenne, la notion d'obligations de service public est essentiellement attachée à une approche économique et juridique de la notion de service d'intérêt économique général<sup>1316</sup>. Ce constat pouvait être vérifié à l'aune de l'exemple du recours à la technique d'identification d'obligations de service public au sein des secteurs en réseaux démonopolisés. En effet, au sein de ces secteurs, la notion d'obligations de service public s'inscrit clairement dans le cadre d'une logique économique, dans le sens où elle est érigée en mécanisme palliatif au modèle concurrentiel qui est devenu le modèle de base pour la prestation des services en réseaux. Or, ce processus a permis de donner un sens juridique très précis à la notion de service d'intérêt économique général, au moins dans le cadre des secteurs en réseaux, qui apparaît ainsi comme un instrument permettant de corriger les insuffisances du marché dans la prise en charge de certains besoins d'intérêt général.

Dans le domaine de la santé, une logique comparable était introduite par la loi Bachelot de 2009, qui avait procédé à l'identification des missions de service public de santé,

---

<sup>1316</sup> ZIANI, Salim, *Du service public à l'obligation de service public*, *op.cit.* p. 61-63.

qui devaient répondre aux besoins d'intérêt général que le système de santé n'était pas en mesure de satisfaire.

En revanche, la loi de modernisation de notre système de santé s'écarte de cette logique, en renouant avec l'approche globale du service public hospitalier. Par conséquent, la notion de service public redevient le modèle de principe pour la prise en charge des besoins d'intérêt général dans le domaine de la santé. En ce sens, dans le cadre de la loi Touraine, le recours à la notion d'obligations de service public ne vise pas à identifier les besoins d'intérêt général que le système de santé n'est pas en mesure de satisfaire, dans la mesure où les obligations de service public se rapportent à toutes les missions des établissements de santé, énumérées par les articles L. 6111-1 à L. 6111-6 du Code de la santé publique.

En outre, en droit de l'Union Européenne, le recours à la notion d'obligations de service public est en principe censé favoriser l'externalisation de la prise en charge des missions d'intérêt général assorties de ce type d'obligations, ainsi que l'utilisation du procédé contractuel et des procédures de mise en concurrence pour le transfert de leur gestion<sup>1317</sup>. Cette logique s'explique par le fait que les obligations de service public sont définies au sein des secteurs concurrentiels, ce qui justifie la recherche de l'association de l'ensemble des opérateurs à leur exécution dans un secteur donné.

Or, à l'inverse de cette logique, la loi Touraine renoue avec une approche organique très marquée de la notion de service public dans le domaine de la santé. Cette approche résulte non seulement du retour du principe de l'exercice de droit du service public hospitalier par les établissements public de santé, mais également de l'exclusion de fait des établissements de santé privés à statut commercial de l'exécution du service public hospitalier, qui résulte de l'impossibilité pratique pour ces derniers de satisfaire à l'obligation d'absence de dépassement des honoraires dans l'ensemble de leurs missions<sup>1318</sup>.

Il faut souligner surtout, que dans le cadre de l'approche européenne du service d'intérêt général transposée au sein des secteurs en réseaux, la définition des obligations de service public s'accompagne toujours de la précision des missions d'intérêt général qui sont soumises à ces obligations. Or, malgré les précisions des obligations inhérentes à son

---

<sup>1317</sup> ZIANI, Salim, *Du service public à l'obligation de service public*, op.cit. p. 61.

<sup>1318</sup> V. sur la question : *Supra*, p. 342-344.

exécution, le service public hospitalier ne dispose pas d'un contenu matériel propre et spécifique, ce qui fait qu' « il souffre d'une présentation obscure<sup>1319</sup>. »

Au final, la seule justification de la définition du service public hospitalier par référence aux obligations de service public tient à l'objectif d'assurer la sécurisation des financements publics apportés aux établissements publics de santé dans leur qualité de gestionnaires de droit de ce service public. En ce sens, il convient de rappeler que pour bénéficier du régime juridique favorable dans le cadre de la réglementation des aides d'Etat, les financements publics apportés aux services d'intérêt économique doivent viser à compenser les surcoûts liés à l'exécution des obligations particulières de service public, ce qui suppose que ces obligations soient clairement identifiées pour chaque service d'intérêt économique général.

Toutefois, dans le cadre de la réforme Touraine, il existe au moins deux incohérences par rapport à l'exigence européenne de mandatement public pour l'exécution d'obligations de service public, qui risquent de remettre en cause les financements publics apportés au service public hospitalier face au droit de l'Union Européenne.

En premier lieu, en droit de l'Union Européenne, la notion de mandat public implique la détermination d'obligations spécifiques, qui pèsent exclusivement sur les entreprises chargées de l'exécution des missions d'intérêt général dans un secteur donné. En ce sens, la procédure d'identification des obligations de service public est censée permettre de distinguer les activités d'intérêt général du reste des activités marchandes exercées au sein du secteur concerné. Or, il s'avère que dans le champ sanitaire, une grande partie des obligations de service public hospitalier s'imposent à l'ensemble des offreurs de soins ou, au moins, à tous les établissements de santé. La majorité de ces obligations se présentent ainsi comme des garanties attachées au statut de l'utilisateur du système de santé<sup>1320</sup>. Au final, il apparaît que le service public hospitalier ne dispose que d'une seule obligation distinctive qui est l'obligation d'accessibilité tarifaire<sup>1321</sup> et qui suppose que ces prestations soient fournies aux usagers aux tarifs fixés par les autorités compétentes au niveau national, c'est-à-dire sans dépassement des honoraires de la part des professionnels de santé.

---

<sup>1319</sup> CLUZEL-METAYER, Lucie, GRITTON, Anne-Claude, « Prolégomènes à une réflexion sur le service public hospitalier », *RDSS*, p. 595.

<sup>1320</sup> V. *infra*, p. 489 et s.

<sup>1321</sup> V. *infra*, p. 581-584.

En deuxième lieu, la procédure de mandatement officiel pour l'exécution du service public hospitalier, par le biais du contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens, ne s'applique désormais qu'aux seuls établissements de santé privés. En ce sens, un avenant au contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens de l'établissement de santé privé est censé déterminer la durée de son mandat, ainsi que ses obligations spécifiques de service public. Or, il peut paraître problématique que les établissements publics de santé ne fassent pas l'objet d'une procédure équivalente, alors qu'ils se trouvent investis, par le texte de la loi, de l'exécution de droit du service public hospitalier. En effet, les établissements publics de santé sont en principe soumis à l'ensemble des obligations de service public hospitalier énumérées par l'article L. 6112-2 du Code de la santé publique. Cependant, il serait plus pertinent, au regard de la réglementation européenne des aides publiques, de décliner les obligations concrètes de service public qui pèsent sur chaque établissement public de santé dans le cadre des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens, dans la mesure où il peut y exister dans les faits une application différenciée des obligations de service public aux différents établissements publics de santé, notamment dans le champ des obligations de service public hospitalier relatives à la démarche de coopération au sein du système de santé.

Le droit de l'Union Européenne constitue un facteur d'évolution de la notion de service public en matière sanitaire. Les réformes sanitaires Bachelot de 2009 et Touraine de 2016 ont amorcé un processus de transposition de l'approche européenne fonctionnaliste en matière de services d'intérêt général au sein de la législation sanitaire. La notion de service public en matière de santé a progressivement été définie au travers de ses missions et de ses obligations spécifiques, ce qui a permis de mieux saisir son rôle d'instrument dans l'organisation du système de santé.

Cependant, la transposition de l'approche européenne en matière de services d'intérêt général est encore imparfaite dans le domaine sanitaire.

En ce sens, l'approche fonctionnaliste du service public en matière de santé, inspirée par le droit de l'Union Européenne, était plus perceptible dans le cadre de la loi Bachelot, qui avait procédé à l'identification des missions et des obligations spécifiques de service public au sein du système de santé, qui devaient être assurés sur l'ensemble des territoires de santé et qui pouvaient être exécutés par tous les offreurs de soins. Or, le dispositif juridique mis en place en 2009 n'a pas pu produire pleinement ces effets, dans la mesure où il était abrogé par la loi Touraine de 2016.

En revanche, malgré la référence au concept européen d'obligations de service public, la loi de modernisation de notre système de santé de 2016 a rétabli l'approche traditionnelle de la notion de service public en matière de santé, comme notion attachée aux établissements publics de santé et englobant en bloc toutes les missions relevant du système hospitalier.

En ce sens, certains aspects de l'approche européenne en matière de service d'intérêt général devraient être plus développés en droit français de la santé afin de renforcer la cohérence de la notion de service public dans le cadre de l'organisation du système de santé. Cette exigence s'impose d'autant plus, dans la mesure où le droit de l'Union Européenne apparaît comme un facteur d'affermissement des éléments structurels du système de santé français.

## **Section 2. L'affermissement des éléments structurels du système de santé français par le droit de l'Union Européenne**

Il convient de souligner, que la transposition de l'approche fonctionnaliste de la notion de service public, tirée du droit de l'Union Européenne, devait être achevée et renforcée dans le domaine la santé. En effet, cette démarche présente des intérêts à plusieurs niveaux.

En premier lieu, l'approche fonctionnaliste permet de mettre en lumière la distinction, qui existe en matière de santé, entre les notions de système de santé et de service public. Elle conduit par ailleurs à la transformation du rôle dédié à la notion de service public en matière de santé, en tant que celle-ci puisse être conçue désormais comme un instrument d'organisation du système de santé.

En outre, l'approche fonctionnaliste met davantage en perspective les objectifs attachés à la notion de service public dans le domaine de l'organisation des services de santé : garantir aux usagers un égal accès financier et territorial à toutes les missions que le système de santé n'est pas en mesure d'assurer dans les mêmes conditions d'universalité.

Or, il faut souligner surtout, que le recours à l'approche fonctionnaliste européenne ne s'accompagne pas d'un affaiblissement de la logique de service public dans l'organisation du système de santé. Au contraire, cette approche conduit à la consolidation de certains éléments structurels du système de santé français, ce qui permet de renforcer davantage la logique de service public au sein du secteur sanitaire.

En ce sens, dans le domaine de la santé, l'approche européenne en matière de services d'intérêt général pourrait contribuer au renforcement de l'association de tous les offreurs de soins à la prise en charge des missions de service public (§1). De la même manière, cette approche permet de préserver la place prioritaire dévolue aux établissements publics de santé dans le cadre du système de santé français (§2).

***§1. La consolidation de l'association de tous les offreurs de soins à l'exécution des missions de service public en matière sanitaire***

Depuis sa fondation officielle en droit français par la loi hospitalière du 31 décembre 1970, la notion de service public dans le domaine de la santé se caractérise par son caractère non monopolistique et organiquement ouvert, qui consiste dans la possibilité octroyée à certains acteurs privés de participer à l'exécution des missions de service public en matière sanitaire. Or, malgré la consécration de cette faculté à l'égard des offreurs de soins privés par les textes juridiques, dans la pratique, la gestion privée du service public dans le domaine de la santé n'a pas connu un essor considérable. En effet, ce sont uniquement les établissements hospitaliers à but non lucratif, qui ont été majoritairement intégrés dans le champ du service public hospitalier. En revanche, la plus grande partie des établissements de santé commerciaux, ainsi que les offreurs de soins de ville, sont restés en dehors de la notion de service public en matière de santé

Il faut souligner, en ce sens, que l'aspect hospitalier est un élément inhérent à la notion de service public en matière de santé dans le cadre français. Or, il s'agit d'un obstacle traditionnel à l'intégration des offreurs de soins de ville dans la prise en charge de ce service public.

De la même manière, les réformes sanitaires dans le cadre français n'ont pas proposé, pour le moment, aucun moyen stable et cohérent pour promouvoir une logique de prise en charge du service public en la matière par les établissements de santé privés à statut commercial.

Il faut affirmer que sur ce point, c'est uniquement la loi Bachelot du 21 juillet 2009, qui a tenté de renforcer l'implication de l'ensemble des offreurs de soins dans l'exécution du service public en matière sanitaire. Il convient de rappeler ainsi que cette loi avait supprimé

l'aspect purement hospitalier attaché au service public dans le domaine de la santé et avait promu la possibilité de prise en charge des missions de service public de santé par l'ensemble des offreurs de soins sur une base territoriale. Cependant, l'innovation apportée par la loi Bachelot, a été abandonnée par la loi de modernisation de notre système de santé de 2016, avant qu'elle puisse produire ses effets à long terme. En ce sens, la loi Touraine de 2016 avait de nouveau exclu la plupart des offreurs de soins privés de la prise en charge du service public hospitalier, à l'exception des établissements de santé privés d'intérêt collectif.

Cependant, la prise en charge effective des missions de service public dans le domaine sanitaire par tous les offreurs de soins apparaît comme une exigence indispensable dans le contexte actuel du système de santé territorialisé et organisé autour des parcours des patients. Dans cette configuration, le mode de gestion mutualisée des activités de service public par tous les offreurs de santé apparaît comme le mode de gestion le plus pertinent.

En ce sens, l'approche européenne en matière de services d'intérêt général semble une source potentielle de consolidation durable du principe de l'exécution mutualisée, publique-privée du service public dans le domaine de la santé. Or, pour saisir l'apport du droit de l'Union Européenne en la matière, il convient de rappeler, tout d'abord, que la tradition de prise en charge des services publics par des personnes privées s'est imposée en droit français, indépendamment de toute influence du droit de l'Union Européenne (**A**). Toutefois, le droit de l'Union Européenne a introduit une nouvelle logique : celle de la gestion partagée des activités de service d'intérêt général par un ensemble de prestataires opérant sur un secteur donné. Or, cette logique apparaît comme particulièrement adaptée au modèle du système de santé français (**B**).

#### A. La prise en charge des missions de service public par des personnes privées, un principe ancré en droit français

Il convient de rappeler ici que le droit de l'Union Européenne n'a pas importé en droit français le principe de l'association des acteurs privés à l'exécution des missions de service d'intérêt général. Il s'agit ainsi d'une technique qui s'est répandue dans le contexte français en dehors de l'influence de l'Union Européenne.



En effet, historiquement, la notion française de service public apparaît comme fortement marquée par un critère organique, en vertu duquel c'étaient uniquement les personnes publiques qui assuraient l'exécution des activités qualifiées de service public. Le critère organique de cette notion découlait naturellement de la théorie générale du service public, dans la mesure où « la doctrine de service public » avait érigé celui-ci en procédé matérialisant et justifiant l'intervention des personnes publiques dans la prise en charge des activités de prestation. La notion de service public permettait, en ce sens, de distinguer les activités des personnes publiques, marquées par leur but d'intérêt général, des activités développées par les personnes privées, marquées par la recherche de leur profit personnel. Par ailleurs, le critère organique de la notion de service public semble également découler de l'arrêt *Blanco* rendu par le Tribunal Conflit en 1873, dans lequel a été établi un lien entre trois éléments : les personnes publiques, la prise en charge des services publics et l'application du droit administratif.

Cette présentation correspondait au contexte historique jusqu'au début du XX<sup>e</sup> siècle, lorsque la grande majorité des services publics se rattachaient à la puissance publique (police, armée, diplomatie, fisc, justice). De ce fait, la gestion de ces services était facilement assurée par la collectivité publique elle-même en régie directe, avec ses propres ressources humaines, techniques et financières. Or, dans le domaine des services publics d'autorité, la gestion en régie directe apparaissait comme particulièrement adaptée, dans la mesure où ces derniers n'avaient pas d'usagers, mais des bénéficiaires directs ou indirects, et leurs prestations n'étaient pas de nature marchande<sup>1322</sup>.

Cependant, au moment de la diversification des activités de service public et de leur expansion dans le champ économique et social, à partir du début de XX<sup>e</sup> siècle, le principe d'exécution des missions de service public par des personnes publiques était maintenu en droit français, notamment grâce à la formule de l'établissement public. Cette formule permettait aux pouvoirs publics de conférer la gestion de certains services publics aux personnes publiques autonomes sur le plan juridique, mais soumises au contrôle de tutelle des personnes publiques territoriales responsables du service dont la gestion était transférée aux établissements. Or, cette configuration se retrouvait dans le domaine sanitaire, où la gestion du service public hospitalier est assurée par les hôpitaux publics, qui ont acquis le statut d'établissement public depuis une loi du 7 août 1851<sup>1323</sup>. C'est depuis l'adoption de cette loi,

---

<sup>1322</sup> GUGLIELMI, Gilles J., KOUBI, Geneviève, LONG, Martine, *Droit du service public*, op.cit, p. 710.

<sup>1323</sup> V. *supra*, p. 67.

que le lien entre l'hôpital public et le service public en matière sanitaire a été officialisé en droit français au travers du statut de l'établissement public<sup>1324</sup>.

Toutefois, le droit français accorde également une place importante aux procédés de gestion des services publics par des personnes privées<sup>1325</sup>. En ce sens, la technique de l'association des personnes privées à l'exécution des activités de service public était, tout d'abord, développée dans le champ des services publics industriels et commerciaux en réseaux, dont la gestion était systématiquement concédée à des entrepreneurs privés dès le début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>1326</sup>. Par la suite, c'est le phénomène des personnes privées unilatéralement investies de la gestion des services publics administratifs qui a connu un essor important en droit français<sup>1327</sup>. Par ailleurs, la gestion des services publics par des personnes privées était également déclinée dans le domaine des services sanitaires et sociaux, comme l'illustre en particulier l'arrêt *Centre de lutte contre le cancer « Eugène Marquis »*, rendu par le Tribunal de Conflit en 1961,<sup>1328</sup> qui a reconnu le caractère de service public de la mission assurée par les centres de luttés contre le cancer, malgré leur statut juridique de droit privé, et avant l'adoption de la loi hospitalière du 31 décembre 1970 qui a consacré la formule de la participation au service public hospitalier à l'égard des établissements de santé privés à but non lucratif.

Or, face au développement de la prise en charge des missions de service public par des personnes privées, la doctrine juridique a souligné le déplacement du critère organique de la notion de service public en droit français. En effet, le critère organique du service public subsiste dans le cadre français, mais il se situe désormais au niveau de la maîtrise de celui-ci, ce qui implique que « la responsabilité suprême,<sup>1329</sup> » la « direction stratégique » de tout service public appartient obligatoirement à une personne publique. En revanche, la gestion du service public, ainsi que l'exécution matérielle de ses prestations, peuvent être assurées par des personnes publiques privées.

En ce sens, dans le domaine sanitaire, la fonction de maîtrise du service public relève du pouvoir législatif, qui est compétent pour procéder à la définition de ce service public, pour

---

<sup>1324</sup> V. CE, 21 févr.1936, *SA Les armateurs français*, préc.

<sup>1325</sup> V. JANICOT, Laetitia, « L'identification du service public géré par une personne privée », *RFDA*, 2008, p. 67.

<sup>1326</sup> V. par ex. : CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, Rec., p. 216.

<sup>1327</sup> V. par ex. : CE, Ass., 13 mai 1938, *Caisse primaire Aide et protection*, préc., CE, ass., 2 avril 1943, *Bouguen*, préc.

<sup>1328</sup> TC., 20 nov. 1961, *Centre de lutte contre le cancer « Eugène Marquis »*, préc.

<sup>1329</sup> MESCHERIAKOFF, Alain-Serge, *Droit des services publics*, Paris, PUF, 2<sup>e</sup> éd., 1997, p. 278 ; GUGLIELMI, Gilles J., KOUBI, Geneviève, LONG, Martine, *Droit du service public*, op.cit, p. 622.

fixer les règles relatives à son organisation et son fonctionnement, et pour désigner les personnes responsables de son exécution. Dans le champ sanitaire, il existe également un niveau intermédiaire, constitué par les agences régionales de santé, qui sont chargées de l'organisation du service public en matière de santé au niveau régional et territorial. En revanche, l'exécution matérielle des missions de service public dans le domaine de la santé relève actuellement des établissements publics de santé, sachant que les établissements de santé privés d'intérêt collectif ou à statut commercial peuvent également être habilités pour assurer l'exécution matérielle du service public hospitalier.

Le droit français envisage ainsi depuis longtemps l'hypothèse d'une prise en charge des activités de service public par des personnes privées. Cette hypothèse est déclinée en matière sanitaire, où l'exécution du service public hospitalier est actuellement ouverte à tous les établissements de santé privés. Cependant, l'approche européenne du service d'intérêt général présente un intérêt, en ce qu'elle pourrait contribuer à promouvoir la gestion partagée des activités de service public de santé par l'ensemble des offreurs de soins.

#### B. Le droit de l'Union Européenne, vecteur du mode de prise en charge partagée des missions de service public de santé par tous les offreurs de soins

Le droit de l'Union Européenne, au travers de son approche fonctionnaliste de la notion de service d'intérêt général, introduit une approche novatrice qui se rapporte à la gestion des services d'intérêt général en Europe. Cette innovation réside dans la promotion d'un mode de gestion des services d'intérêt général, qui s'appuie sur la mise en concurrence, mais également sur le partenariat entre plusieurs prestataires de services, qui exercent leur activité au sein d'un secteur où il existe également des obligations et des missions spécifiques de service public ou de service universel qui sont identifiées.

Cette modalité de gestion était initialement priorisée dans le domaine des services d'intérêt économique général et notamment des services publics en réseaux. En effet, ce sont les services d'intérêt économique général que les traités constitutifs de l'Union, sur la base de l'article 106§1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, soumettent expressément au droit européen de la concurrence. Cependant, c'est dans le champ des services d'intérêt économique général en réseaux que la réglementation européenne

sectorielle a véritablement imposé ce mode de gestion particulier que les Etats membres ont aménagé de manière progressive dans leurs réglementations nationales.

Or, l'intérêt de cette modalité de gestion était plus récemment souligné par la Commission Européenne dans le domaine des services sociaux et sanitaires d'intérêt général. En ce sens, la Commission Européenne préconise que la prise en charge de ces services s'inscrive davantage dans un environnement plus concurrentiel, par l'externalisation des missions du secteur public vers le secteur privé, ce qui suppose également la transformation des autorités publiques en régulateurs de la concurrence et de la bonne organisation des services sociaux et sanitaires d'intérêt général<sup>1330</sup>. Cependant, il ne s'agit ici que d'un mode de gestion recommandé par les institutions européennes, mais qui ne s'impose pas aux Etats membres, qui conservent ainsi leur maîtrise dans le choix des modalités d'organisation et de gestion des services d'intérêt général dans le champ social et sanitaire. La marge de manœuvre dont disposent les Etats en la matière s'applique même pour les services sociaux et sanitaires d'intérêt général ayant une nature économique, qui sont par ailleurs censés échapper dans une très large mesure à l'emprise du droit européen de la concurrence, en raison de leur finalité de mise en œuvre de la solidarité sociale. En ce sens, il faut conclure que la gestion du service public hospitalier, telle qu'elle est actuellement aménagée en droit français, n'est pas contraire et ne risque pas d'être remise en cause par le droit de l'Union Européenne.

Néanmoins, comme le souligne le professeur Stéphane Braconnier, dans le cadre français, le choix de mode de gestion des services public s'opère très souvent « par référence à des considérations politiques, voire idéologiques, à l'égard de tel ou tel mode de gestion<sup>1331</sup>. » Il préconise, en ce sens, le dépassement de « la dialectique réductrice entre gestion publique et gestion privée » au profit d'une « approche partenariale de la gestion des services publics<sup>1332</sup>. » Mais, surtout, le mode de gestion retenu pour chaque service public doit être celui qui apparaît le plus adapté à sa nature<sup>1333</sup>, ainsi qu'à l'environnement global au sein duquel ce service public s'inscrit.

En ce sens, il existe plusieurs arguments qui impliquent le passage, dans le domaine sanitaire, d'une prise en charge partagée des missions de service public par tous les offreurs de soins. Il s'agirait ainsi d'associer davantage au « noyau dur » des établissements publics de

---

<sup>1330</sup> Communication de la Commission du 26 avril 2006 «Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne. Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne », *préc.*, p. 5

<sup>1331</sup> BRACONNIER, Stéphane, *Droit des services publics, op.cit.*, p. 378.

<sup>1332</sup> *Ibid.*

<sup>1333</sup> *Ibid.*

santé et des établissements de santé privés d'intérêt collectif, les cliniques commerciales, ainsi que les professionnels de santé libéraux<sup>1334</sup>.

Ce mode de gestion apparaît, tout d'abord, comme plus pertinent au regard de la démarche d'organisation territorialisée du système de santé français<sup>1335</sup>, ainsi que de « recomposition de l'offre de soins autour des parcours de santé dans un territoire donné<sup>1336</sup> » qui implique une logique de coopération entre l'ensemble des offreurs de soins. Dans ce contexte, l'approche actuelle du service public hospitalier, retenue par le législateur de 2016, semble obsolète, « compte tenu de la multiplicité d'offeurs pouvant répondre aux besoins de santé<sup>1337</sup>. » La gestion mutualisée des missions de service public permet en outre d'orienter davantage la gestion des activités de service public autour de la satisfaction des besoins des usagers du système de santé en permettant d'améliorer la continuité territoriale ou encore la qualité des prestations de service public, ainsi que de renforcer la cohérence et la continuité dans la prise en charge des parcours de santé. Par ailleurs, cette prise en charge partagée des missions de service public en matière sanitaire se révèle aussi comme une modalité de gestion répondant aux exigences de l'égalité de concurrence entre les offreurs de soins au sein du secteur de santé, qui malgré ses spécificités, reste un secteur saisi par la logique concurrentielle.

Cependant, la mise en œuvre de la logique de prise en charge mutualisée des missions de service public dans le domaine de la santé implique nécessairement de renouer avec l'approche fragmentée de la notion de service public, qui devait être conçue comme un ensemble de missions d'intérêt général de santé, assorties d'obligations spécifiques de service public. En effet, l'approche fragmentée est la seule approche en mesure de garantir l'implication de tous les offreurs de soins à la gestion des missions de service public sur un même territoire, et d'ouvrir de manière plus large les possibilités de prise en charge transversale des missions de service public sur la base de la coopération entre plusieurs offreurs de soins sur un territoire donné. Cette approche implique ainsi de substituer à la logique statutaire de service public, qui prévaut dans le contexte français, une nouvelle logique plus fonctionnelle, qui implique le recours au nouveau concept de service au public en matière de santé. La notion de service au public peut, en ce sens, être érigée en instrument

---

<sup>1334</sup> V. en ce sens : CABANIS, Jean-Noël, « Faut-il réinscrire dans la loi la notion de service public hospitalier », *RDSS*, 2013, p. 58.

<sup>1335</sup> V. *infra*, p. 570 et s.

<sup>1336</sup> SEGADE, Jean-Paul, « L'hôpital, le service public, le droit hospitalier, l'administration face au progrès médical : la place du juriste », in *Mél. En l'honneur de Jean-Marie Clément, op.cit.*, p. 424.

<sup>1337</sup> CABANIS, Jean-Noël, « Faut-il réinscrire dans la loi la notion de service public hospitalier », *RDSS, op.cit.*

d'organisation du système de santé français<sup>1338</sup>. Par conséquent, des missions de service au public de santé peuvent être identifiées et leur prise en charge devait être ouverte par la suite à l'ensemble des offreurs de soins dans un cadre territorial et dans le respect des principes traditionnels du service public en matière de santé (continuité, égalité, adaptabilité, neutralité, accessibilité tarifaire, proximité), ainsi que de certains principes émergents de gestion de service public (la qualité, la transparence, la participation des usagers).

Toutefois, le déploiement de la prise en charge mutualisée des missions de service public de santé sous l'influence du droit de l'Union Européenne, n'implique pas d'abandonner la place centrale dédiée à la formule de l'établissement public au sein du système de santé français. En ce sens, il convient de souligner que le droit de l'Union Européenne ne remet pas en cause l'existence des établissements publics de santé dans le cadre français.

## ***§2. La non remise en cause de la formule de l'établissement public en matière de santé***

Il convient de rappeler ici, que dans le cadre français, les établissements publics de santé étaient originellement conçus comme le pivot du système de santé. Cela a conduit à un phénomène d'hospitalo-centrisme dans l'organisation du système de santé français. Par ailleurs, en raison de leur statut d'établissements publics, les établissements publics de santé étaient également conçus comme des services publics institutionnalisés, avant même que la notion de service public hospitalier soit officialisée en droit français par la loi Boulin en 1970. Les différentes réformes sanitaires ont ainsi imposé une logique d'enchevêtrement entre les établissements publics de santé et la notion de service public hospitalier, notamment au travers de la consécration du principe d'exercice de droit de ce service public par les établissements de santé à statut public. Par conséquent, dans le cadre français, il existe une confusion entre l'aspect matériel de la notion de service public en matière de santé et le statut de l'établissement public de santé.

Or, il convient de rappeler également que l'un des apports principaux de l'approche européenne fonctionnaliste des services d'intérêt général consiste dans la consolidation d'une logique de dissociation entre les missions et les obligations de service public d'un côté, et les organismes faisant partie du secteur public de l'autre côté. Cette approche a permis de rompre

---

<sup>1338</sup> V. *infra*, p. 561 et s.

avec la confusion systématique, qui existait notamment au sein des secteurs en réseaux, entre l'aspect matériel de la notion de service public, les institutions du secteur public et le statut monopolistique applicable à leur gestion<sup>1339</sup>.

En ce sens, le droit de l'Union Européenne implique l'existence d'une distinction plus nette entre l'aspect matériel de la notion de service public et le statut des acteurs responsables de la prise en charge des missions de service public. Or, cette logique semble compatible avec l'évolution de la notion d'établissement public en droit administratif français général qui n'est plus conçue comme un service public personnalisé (A). De la même manière, cette approche ne risque pas d'aboutir à une destitution des établissements publics de santé de leur rôle traditionnel du pivot du système de santé français. En effet, ce rôle s'impose pour ces derniers, indépendamment de toute référence à la notion de service public hospitalier, en raison du maintien de leur statut de personnes morales de droit public spécialisées dans la prise en charge d'une activité essentielle d'intérêt général, qui est l'activité de prestation de services de santé à la population (B).

#### A. L'ambiguïté des liens entre la notion d'établissement public et la notion de service public en droit administratif général

Historiquement, dans le cadre français, la catégorie de l'établissement public avait émergé au début du XIX<sup>e</sup> siècle. Pour autant, le recours à cette nouvelle institution administrative était initialement justifié par un objectif « plus empirique que juridique », qui était celui d'attribuer une personnalité juridique de droit public, et en particulier une autonomie financière et patrimoniale, à certaines personnes distinctes des personnes publiques territoriales, mais ne relevant d'aucune catégorie juridique préexistante<sup>1340</sup>. L'établissement public était ainsi une « qualification générique » qui a servi, à cette époque, pour désigner « les divers 'corporations' ou 'administrations' qui succédaient aux gens de mainmorte absorbés par la Nation en 1789<sup>1341</sup>, » comme les congrégations, les communautés, les collèges et les hôpitaux. En ce sens, comme l'affirme le professeur Benoit Plessix, « l'établissement public n'a jamais été pensé comme un outil affecté exclusivement à une seule mission statutaire, il est une pure forme juridique, une technologie de pouvoir permettant

---

<sup>1339</sup> V. *supra*, p. 15 et s.

<sup>1340</sup> Conseil d'Etat, « Les établissements publics », *Etude adoptée par l'Assemblée plénière du Conseil d'Etat*, 15 oct. 2009, p. 9.

<sup>1341</sup> BEROUJON, François, « Le recul de l'établissement public comme procédé de gestion des services publics », *RFDA*, 2008, p. 26.

juridiquement l'attribution de l'autonomie administrative et financière<sup>1342</sup>. » La création historique des établissements publics ne se justifiait pas ainsi par rapport à l'objectif de prise en charge des missions d'utilité publique par des institutions publiques distinctes et autonomes des personnes publiques territoriales.

Cependant, à « l'âge d'or de l'école de service public » la doctrine juridique française avait procédé à une conceptualisation théorique de la notion d'établissement public sur l'assise de la notion de service public. L'établissement public était ainsi considéré comme « un mode de gestion par excellence des services publics<sup>1343</sup> », ce qui résultait de la définition qui était donnée à ce dernier par Léon Duguît, comme un « service public patrimonialisé, » mais également par Maurice Hauriou, comme un « service public personnifié.»<sup>1344</sup> Or, la conséquence générale qui était tirée de la conceptualisation doctrinale de la notion de d'établissement public, était que tout établissement public était nécessairement un service public personnifié et ne pouvait gérer que des activités ayant une nature de service public<sup>1345</sup>. Il s'agissait en ce sens d'un nouveau mode de gestion des services publics en « régie personnalisée », qui permettait à l'Etat et aux collectivités locales de transférer l'exécution d'une mission de service public à une personne morale de droit public autonome, mais rattachée et soumise au contrôle de tutelle de la personne publique territoriale responsable du service transféré.

Néanmoins, un certain nombre d'exemples tirés de la pratique juridique et institutionnelle ont permis de constater le décalage qui existait dans les faits entre la catégorie institutionnelle d'établissement public et la notion de service public. Dans un premier temps, sont apparus des établissements publics qui assuraient la gestion d'activités qui n'étaient pas qualifiées de service public. De la même manière, se sont répandus les établissements publics ayant une mission de service public, mais exerçant à titre accessoire certaines activités dépourvues du caractère de service public<sup>1346</sup>. Plus récemment, la qualification d'établissement public était attribuée à certaines personnes publiques spécialisées, mais qui n'étaient pas investies de la gestion d'une mission de service public, mais d'une mission plus

---

<sup>1342</sup> PLESSIX, Benoit, *Droit administratif général*, *op.cit.*, p. 326.

<sup>1343</sup> Conseil d'Etat, « Les établissements publics », *op.cit.*, p. 9.

<sup>1344</sup> V. BEROUJON, François, «Le recul de l'établissement public comme procédé de gestion des services publics », *op.cit.*,

<sup>1345</sup> V. FATOME, Etienne, «Etablissement public et service public», *AJDA*, 1997, p. 96.

<sup>1346</sup> *Ibid.*



globale de régulation des secteurs économiques<sup>1347</sup> ou de déclinaison des politiques nationales au niveau territorial<sup>1348</sup>. Par ailleurs, la qualification d'établissement public était étendue à certains personnes publiques territoriales, censées regrouper plusieurs collectivités territoriales, dans l'objectif de mutualiser la prise en charge des missions de service public des collectivités territoriales concernées par cette forme de coopération<sup>1349</sup>.

Or, le phénomène de dissociation entre l'établissement public et la notion de service public ne doit pas être analysé comme la source d'une « crise » de la notion d'établissement public en droit administratif français<sup>1350</sup>. Ce phénomène est, en revanche, illustratif de la conceptualisation doctrinale erronée de la notion d'établissement public par référence à la notion de service public. En ce sens, si l'établissement public reste un mode, voire un « cadre privilégié pour l'exercice des services public<sup>1351</sup> », il constitue, avant tout, une institution de droit public qui dépasse la problématique de la gestion des missions de service public<sup>1352</sup>. L'établissement public est ainsi un procédé parmi d'autres, permettant aux pouvoirs publics d'y faire recours à chaque fois lorsqu'ils envisagent de conférer de l'autonomie juridique à un organisme en vue de l'accomplissement par celui-ci de certaines missions publiques essentielles<sup>1353</sup>.

Pour cette raison, la doctrine juridique contemporaine avait procédé à une redéfinition de la notion d'établissement public sans référence à la notion de service public. En ce sens, René Chapus a défini l'établissement public comme « une institution spécialisée dans l'exercice d'une activité et doté d'une personnalité juridique et d'une autonomie de gestion<sup>1354</sup>. » Il existe, par conséquent, trois critères constitutifs de la notion d'établissement public en droit administratif français, parmi lesquels la notion de service public ne figure plus. Il s'agit de la personnalité juridique de droit public, conférant à l'établissement public une autonomie administrative et financière, mais aussi des prérogatives et des sujétions exorbitantes, du rattachement de l'établissement à une personne publique territoriale qui exerce sur celui-ci un contrôle de tutelle et du principe de spécialité qui implique que

---

<sup>1347</sup> V. en ce sens la catégorie des autorités publiques indépendantes qui à la différence des autorités administratives indépendantes disposent d'une personnalité morale.

<sup>1348</sup> V. en ce sens la formule institutionnelle des agences : *Infra*, p. 530

<sup>1349</sup> V. LACHAUME, Jean-François et al., *Droit des services public, op.cit.*, p. 303-304.

<sup>1350</sup> *Ibid*, p. 301-305.

<sup>1351</sup> GUGLIELMI, Gilles J., KOUBI, Geneviève, LONG, Martine, *Droit du service public, op.cit.*, p. 749

<sup>1352</sup> *Ibid*, p. 740.

<sup>1353</sup> PLESSIX, Benoit, *Droit administratif général, op.cit.*, p. 326.

<sup>1354</sup> CHAPUS, René, *Droit administratif général*, t. 1, *op.cit.*, p. 348.

l'établissement dispose d'un champ d'action délimitée à celui circonscrit par le périmètre de ses missions<sup>1355</sup>.

Par conséquent, la dissociation entre la notion de service public et le statut de l'établissement public est susceptible d'impliquer parfois la présence d'une distinction entre les missions d'intérêt général d'un établissement public et ses missions expressément qualifiées de service public. En ce sens, il n'existe aucun argument d'ordre théorique ou juridique qui s'oppose à la dissociation, dans le champ sanitaire, entre les établissements publics de santé, d'un côté, et la notion de service public de l'autre. En revanche, le statut de l'établissement public est censé préserver le rôle traditionnel des établissements publics de santé comme pivot du système de santé français.

#### B. Le statut d'établissement public, facteur de préservation de la place maîtresse des établissements publics de santé au sein du système de santé français

La loi hospitalière du 31 juillet 1991 avait mis en place la nouvelle catégorie générique de l'établissement de santé. Cette nouvelle catégorie a englobé dans son cadre l'ensemble des établissements hospitaliers, à savoir les hôpitaux public, les établissements de santé privés à but non lucratif et les cliniques commerciales. La création du statut unique de l'établissement de santé devait ainsi signifier l'appartenance à tous les établissements de santé au système hospitalier, voire au système de santé. Or, l'une des conséquences attachées à ce nouveau statut était liée à l'identification d'un ensemble de missions communes à tous les établissements de santé. Progressivement, était construit également un socle de droit commun applicable aux établissements de santé, comportant un ensemble d'obligations qui s'imposent à ces derniers du fait de leur appartenance au système de santé. Du côté du droit interne de la santé, cette évolution était déterminante pour l'introduction de la nouvelle approche fonctionnaliste de la notion de service public en matière de santé, par le biais de l'énumération des missions de service public des établissements de santé qui se distinguaient de leurs missions générales au sein du système de santé.

Pour autant, la loi du 31 juillet 1991 a maintenu le statut spécifique des établissements publics de santé qui continuent à être envisagés comme des établissements publics

---

<sup>1355</sup> V. Conseil d'Etat, « Les établissements publics », *op.cit.*, p. 10-12.

administratif en vertu de l'article L. 6141-1 du Code de la santé publique qui précise que leur objet principal n'est ni industriel ni commercial. En ce sens, le statut de l'établissement public administratif est constitutif de la spécificité des établissements publics de santé au sein du système de santé français, permettant de les distinguer des autres offreurs de soins. Ces établissements apparaissent ainsi comme les acteurs sanitaires dédiés, par excellence, à la satisfaction des besoins d'intérêt général dans le domaine de la santé. Comme le remarque le professeur Didier Truchet, la personnalité morale de droit public est l'élément qui permet le mieux de conserver l'identité de l'établissement public de santé au sein du système de santé, en l'empêchant de s'y dissoudre entièrement<sup>1356</sup>. En effet, le statut de l'établissement public soumet les établissements publics de santé à l'application du droit administratif « avec toutes les prérogatives et contraintes que cela suppose<sup>1357</sup> », indépendamment de toute référence à la notion de service public.

Par conséquent, la séparation entre le statut institutionnel de l'établissement public de santé et la notion de service public en matière sanitaire ne doit pas être interprétée comme un facteur de remise en cause du rôle primordial des établissements publics de santé au sein du système de santé.

En premier lieu, il convient de préciser que le droit de l'Union Européenne ne remet pas en cause le statut de l'établissement public en matière d'organisation des services sanitaires.

Cependant, le recours à la formule de l'établissement public, pour la gestion de certains services publics de nature économique, était implicitement remis en cause par le droit de l'Union Européenne, malgré les stipulations de l'article 345 du traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne qui consacre le principe de neutralité de l'Union Européenne à l'égard des régimes de propriété au sein des Etats membres.

En effet, les institutions européennes ont développé une analyse, en vertu de laquelle c'est le statut-même de l'établissement public, qui pouvait être considéré comme une garantie implicite et « illimitée » de l'Etat constitutive d'une distorsion au droit de la concurrence<sup>1358</sup>. Il est apparu ainsi, que « même si le droit de l'Union reste indifférent à l'égard du statut des prestataires de services d'intérêt économique général, en droit français, la seule attribution du

---

<sup>1356</sup> TRUCHET, Didier, « Etablissement public de santé et système de santé », *op.cit.*

<sup>1357</sup> *Ibid.*

<sup>1358</sup> V. LOMBARD, Martine, « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? », *AJDA*, 2006, p. 79 ; DABRETEAU, Jacques, « Réflexions sur la prétendue garantie implicite de l'Etat au profit de ses EPIC », *AJDA*, 2010, p. 2346.

label d'établissement public à un organisme chargé d'une activité économique est couplée d'une série de bénéfices, qui sont susceptibles de fausser la concurrence sur le marché commun<sup>1359</sup>. » A la lumière de ce constat, le principe de neutralité du droit de l'Union Européen au regard du statut des gestionnaires des services d'intérêt général, apparaît comme un principe davantage apparent que réel. Cette analyse des institutions européennes est fondée en particulier sur un avantage notable attaché au statut de l'établissement public, qui apparaît comme problématique dans le contexte de prise en charge des services d'intérêt économique général dans un cadre marchand et concurrentiel. Il s'agit du principe de l'insaisissabilité des biens, dont bénéficient toutes les personnes publiques en droit français<sup>1360</sup>, y compris les établissements publics industriels et commerciaux prenant en charge des activités d'intérêt général de nature économique<sup>1361</sup>. Or, ce principe implique une impossibilité de recourir aux procédures collectives de droit commun à l'égard des établissements publics industriels et commerciaux, tels que le redressement et la liquidation judiciaire. La Commission européenne et la Cour de justice ont ainsi révélé que ces avantages, dont bénéficiaient les établissements publics industriels et commerciaux, pouvaient être considérés comme constitutifs d'une aide d'Etat au sens du droit européen de la concurrence, en ce sens qu'ils auraient pour effet de leur permettre d'obtenir un prêt à des conditions plus avantageuses<sup>1362</sup>.

Le droit de l'Union Européen figure, par conséquent, parmi les facteurs explicatifs de la transformation du statut des établissements publics industriels et commerciaux, dans le domaine des services en réseaux, en sociétés anonymes de droit privé.

En ce sens, la question qui se pose est celle de l'hypothèse d'une remise en cause des établissements publics de santé au sein du secteur sanitaire français, notamment au regard de leur qualification d'entreprises chargées de l'exécution de services d'intérêt économique général en droit de l'Union Européenne. Cependant, cette menace semble actuellement exclue sur le fondement de deux raisons solides.

D'un côté, en droit de l'Union Européenne, la remise en cause de l'établissement public comme mode de gestion de services d'intérêt économique général ne constitue pas une hypothèse généralisée. Cette hypothèse se concentre dans le champ des services publics en réseaux, en raison de la réglementation de ce type de services par l'Union Européenne, qui

---

<sup>1359</sup> KALOUDAS, Christos, « La conception française du service public à l'épreuve du droit de l'Union Européenne », *op.cit.*

<sup>1360</sup> V. T Confl., 9 déc. 1899, *Association syndicale du Canal de Gignac*, n° 00515, Rec., p. 731.

<sup>1361</sup> Cass., Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 déc. 1987, *BRGM*, n° 86-14167.

<sup>1362</sup> V. CJUE, 3 avr. 2014, *France c/ Commission*, aff. C-559/12, points 97 et 98.

dispose en la matière d'une compétence partagée avec les Etats membres. En revanche, la marge de manœuvre des Etats dans le choix des modes de gestion de leurs services publics prime en dehors du champ des services en réseaux, et notamment pour les services sociaux d'intérêt général, dont le statut spécifique est expressément reconnu en droit de l'Union Européenne<sup>1363</sup>.

D'un autre côté, en droit français, le service public hospitalier reste considéré comme un service public dont l'objet principal n'est pas économique, mais social. Cela justifie que ce service ne soit pas régi, à titre principal, par les règles du droit de la concurrence, mais par des règles de droit public censées garantir l'accessibilité de l'ensemble des prestations de son champ au profit de toute la population. Par conséquent, les établissements publics de santé conservent également leur statut d'établissements publics administratifs. Or, en raison de ce statut, ces derniers bénéficient non seulement de certains avantages, comme c'est le cas du principe de l'insaisissabilité de leurs biens, mais se trouvent également soumis à des nombreuses contraintes dans leur fonctionnement. Cela permet de relativiser l'hypothèse selon laquelle les établissements publics de santé peuvent bénéficier, du fait de leur statut, d'un avantage concurrentiel face aux établissements de santé privés. Il s'agit, en outre, d'un facteur important, permettant de rejeter l'hypothèse d'une requalification des établissements publics de santé en établissements publics industriels et commerciaux, ce qui impliquerait de nier leur objet principalement social au détriment d'une approche essentiellement économique de leur activité, les exposant ainsi à une obligation renforcée du respect des règles du droit de la concurrence.

Il existe ainsi plusieurs éléments permettant de conserver la place maîtresse des établissements publics de santé dans le cadre sanitaire français, même dans l'hypothèse d'une rupture avec la notion unitaire et organique de service public hospitalier au profit d'une approche fonctionnaliste et fragmentée par missions de service public de santé.

En premier lieu, le législateur français est libre d'imposer aux établissements publics de santé des obligations spécifiques en termes de continuité de leur activité, d'égal traitement des usagers, d'accessibilité tarifaire de leur prestation, voire de même de coopération sanitaire. Ces obligations peuvent s'imposer pour toutes les missions des établissements publics de santé, englober toute leur activité, ce qui se justifie au regard de leur statut particulier de personnes morales de droit public. Il reste néanmoins nécessaire, conformément

---

<sup>1363</sup> *Supra*, p. 416-424.

au droit de l'Union Européenne, de procéder à une identification précise des obligations complémentaires des établissements publics de santé, afin que l'exigence de mandatement public en vue de l'exercice d'un service d'intérêt général puisse être respectée.

En outre, il est toujours possible de prévoir un système de priorité au profit des établissements publics de santé, voire des établissements privés d'intérêt collectif, pour l'exécution de certaines missions de service public dans le cadre de leur ressort territorial. Cependant, un tel système ne devait pas être généralisé à l'ensemble des missions de service public, mais seulement à celles qui ont vocation d'être prioritairement prises en charge par ou dans le cadre des établissements de santé. Tel pourrait être le cas de la prise en charge des soins palliatifs, des soins proposés à certaines catégories de personnes fragilisées ou encore des soins fournis dans le cadre du service des urgences. En revanche, l'intérêt de l'approche par mission de service public de santé est également de prévoir une prise en charge de certaines de ces missions par les professionnels et les structures de soins de ville, lorsque cette forme de prise en charge s'avère plus adaptée à la particularité de ces missions. A titre d'exemple, toutes les missions de santé publique (éducation, prévention en matière de santé) peuvent être prioritairement conférées aux structures de soins de ville. Il existe également une troisième catégorie de missions de service public qui devaient être assurées de manière transversale, par tous les acteurs de santé sur un territoire donné : entrent au sein de cette catégorie les missions d'enseignement et de formation des personnels médicaux.

Par ailleurs, le rôle traditionnel des établissements publics de santé, comme pivot du système de santé français, se trouve en grande partie préservé, en raison de leur rattachement à l'Etat qui exerce, au travers des agences régionales de santé, un contrôle poussé sur ces établissements. Or, l'existence de ce contrôle permet de garantir qu'en dernier ressort, la satisfaction des besoins de santé non suffisamment pourvus puisse être assurée par les établissements publics de santé. Ces derniers restent ainsi l'élément central du système de santé français, quelle que soit l'approche retenue de la notion de service public dans le domaine sanitaire.

# CONCLUSION TITRE 1

Le droit de l'Union Européenne a permis de mieux saisir la nature économique des services sanitaires, y compris lorsque ces derniers sont fournis dans un cadre hospitalier. Dans le contexte français, la qualification de service d'intérêt économique général a été attribuée aux services de soins de santé, y compris aux services de soins hospitaliers. Les établissements publics de santé français ont été par ailleurs identifiés comme des entreprises au sens du droit du marché intérieur. Or, la conséquence de cette qualification est le principe de l'application du droit européen de la concurrence à l'ensemble du secteur sanitaire. Dans le cadre de cette problématique, la question essentielle qui a pu se poser est celle de la comptabilité du régime de financement du service public hospitalier français avec la réglementation européenne des aides publiques. Dans ce domaine, le droit de l'Union Européenne a imposé des obligations aux autorités nationales qui portent, d'un côté, sur la présence d'un mandat public clair et précis au vu de l'exécution par les offreurs des soins des missions et des obligations d'intérêt général et, d'un autre côté, sur la proportionnalité entre les compensations publiques octroyées et les surcoûts liés à la prise en charge d'obligations particulières de service public.

Ces éléments ont conduit à une évolution de l'approche de la notion de service public dans le domaine de la santé. En ce sens, les réformes sanitaires Bachelot de 2009 et Touraine de 2016 ont priorisé une approche fonctionnaliste de cette dernière notion, sous l'influence de l'approche du service d'intérêt général promue par le droit de l'Union Européenne.

Cependant, cette évolution n'a pas été directement imposée dans le champ des services de santé. En effet, ces services échappent en grande partie à l'application du droit européen de la concurrence. L'application limitée du droit de la concurrence aux services de santé est fondée, d'un côté, sur le principe de la compétence nationale en matière d'organisation des services sanitaires, et, d'un autre côté, sur l'édification d'un statut particulier, propre aux services sanitaires et sociaux d'intérêt général en droit de l'Union Européenne. En effet, l'objet spécifique de ces services justifie que les dérogations au droit de la concurrence soient plus souples admises à leur profit.

Toutefois, l'évolution de l'approche de la notion de service public dans le champ sanitaire devait être consolidée. Certains aspects de l'approche européenne du service d'intérêt général devraient être développés de manière plus accentuée dans le domaine sanitaire. La promotion d'une approche fonctionnaliste de la notion de service public, l'ouverture de la prise en charge des missions de service public de santé à l'ensemble des offreurs de santé, la dissociation entre l'aspect matériel de la notion de service public et le statut de l'établissement public de santé sont autant d'éléments qui pourraient contribuer à concevoir un nouveau rôle, plus adapté de la notion de service public en matière de santé, qui est celui d'instrument d'organisation du système de santé français.



## **Titre 2 - La dilution de la notion de service public par diffusion d'éléments de son régime au sein du système de santé**

En droit français, la notion de service public n'a jamais pu constituer le fondement du système de santé dans son ensemble. En effet, cette notion n'a pas pu englober une partie importante de l'offre de soins en France, à savoir l'offre de soins de ville, essentiellement prise en charge par des professionnels de santé à statut libéral, opposés à toute emprise sur l'exercice libéral de leur métier par le biais d'un régime de service public. Le service public en matière sanitaire est resté donc toujours marqué par son caractère hospitalier. Or, le service public hospitalier s'est trouvé progressivement dilué au sein du nouveau concept du système de santé, qui a émergé et dont le régime juridique a été progressivement construit par les réformes juridiques adoptées à partir des années 2000.

La première réforme juridique en ce sens a été la loi Kouchner du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Cette loi a posé les bases, en droit français de la santé, du statut juridique des usagers du système de santé. De la même manière, cette réforme a procédé à l'unification et à la codification du régime juridique de responsabilité civile du fait des activités de soins<sup>1364</sup>. Par ailleurs, conformément à la logique du système de santé, la loi Kouchner de 2002 a introduit une logique de fonctionnement en réseau de tous les offreurs de soins.

La réforme Bachelot du 21 juillet 2009 s'est inscrite dans la continuité du processus de construction du système de santé<sup>1365</sup>. Cette loi a approfondi la démarche d'organisation territoriale du système de santé. En ce sens, elle a étendu le procédé de régulation régionale à l'ensemble de l'offre de soins, en créant les agences régionales de santé<sup>1366</sup>, ainsi que les schémas d'organisation régionale des soins. La loi du 21 juillet 2009 est également à l'origine de la structuration de l'offre de soins en différents niveaux de recours.

---

<sup>1364</sup> Art. L. 1142-1 et s. du CSP.

<sup>1365</sup> V. Titre IV de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 préc.

<sup>1366</sup> Art. L. 1431-1 et s. du CSP.

La loi Touraine du 26 janvier 2016, qui a procédé au rétablissement de la notion de service public hospitalier au sein de la législation sanitaire droit français, se rapporte néanmoins à la modernisation du système de santé dans son ensemble. Son aspect principal réside ainsi dans la logique de renforcement de la coordination de l'offre de soins par l'intermédiaire du parcours de santé, qui vise à garantir la continuité, l'accessibilité, la qualité, la sécurité et l'efficience de la prise en charge de la population, en tenant compte des spécificités géographiques, démographiques et saisonnières de chaque territoire, afin de concourir à l'équité territoriale<sup>1367</sup>.

La loi sanitaire du 24 juillet 2019 est, quant à elle, complètement axée sur le processus d'organisation du système de santé. En ce sens, cette loi approfondit la démarche d'organisation territoriale du système de santé, en essayant également de renforcer la coordination du système, en favorisant le décloisonnement entre les différentes catégories de services sanitaires. La loi du 24 juillet 2019 a ainsi consacré la responsabilité territoriale de l'ensemble des acteurs de santé au vu de l'amélioration de la santé de la population du territoire, ainsi que de la prise en charge optimale des patients<sup>1368</sup>. Cette responsabilité territoriale des offreurs de santé est censée se concrétiser par la création, dans chaque territoire, des collectifs territoriaux de soins,<sup>1369</sup> qui doivent développer des actions de coopération, qui seront formalisées dans le cadre des nouveaux projets territoriaux de santé<sup>1370</sup>.

Cependant, malgré l'émergence du concept juridique du système de santé, l'idée de faire de la notion de service public le fondement du système de santé français n'est pas complètement abandonnée. Certains auteurs préconisent ainsi le recours à la notion de service public de santé<sup>1371</sup> ou de service public territorial de santé, dans l'objectif de soumettre l'ensemble de l'offre de soins au régime juridique attaché à la notion de service public, ainsi qu'à un contrôle plus strict de la part des agences régionales de santé.

Or, le droit français s'est orienté vers une perspective différente, qui est celle de la dilution progressive de la notion de service public au sein du concept plus global du système de santé. Toutefois, la dilution de la notion de service public au sein du système de santé n'est

---

<sup>1367</sup> V. art. L. 1411-1-5° du CSP.

<sup>1368</sup> Art. L. 1434-10-I A du CSP.

<sup>1369</sup> Titre II de la loi n° 2019-774 du 24 juill. 2019.

<sup>1370</sup> Art. L. 1434-10-III du CSP.

<sup>1371</sup> V. SAISON, Johanne, « Service public hospitalier ou service public de santé ? A la recherche d'unité pour le système de santé... », *RDSS* 2017, p. 634. ; SAISON, Johanne, « 'Ma santé 2022' : une nouvelle étape vers la consécration d'un service public de santé », *RDSS* 2019, p. 25.

qu'un phénomène apparent, dans la mesure où le système de santé français s'inspire des valeurs et s'organise sur le fondement de certains principes inhérents au régime juridique de la notion de service public. En ce sens, la notion de service public est toujours présente en état latent dans le cadre du système de santé. En effet, le concept de système de santé a contribué au triomphe de l'idée de service public dans le domaine de la santé au détriment de la notion de service public. Le système de santé constitue ainsi la traduction d'une logique de service public virtuel en matière de santé, dans la mesure où son introduction a impliqué d'assortir l'exécution de l'ensemble des services sanitaires de certaines obligations d'intérêt général<sup>1372</sup>. Or, le fondement de cette démarche réside dans la mise en œuvre du droit constitutionnel à la protection de la santé<sup>1373</sup>.

Il convient néanmoins d'insister sur la distinction qui existe entre les notions de service public et de système de santé, afin de mettre en valeur le constat que le concept de système de santé constitue un dépassement de la notion de service public dans le domaine de la santé. (**Chapitre 1**).

Pour cette raison, la notion de service public devrait être aménagée, de manière plus perceptible, comme instrument d'organisation du système de santé. En ce sens, le concept de service au public apparaît comme particulièrement adapté au modèle du système de santé français. Ce concept constitue l'aboutissement de l'approche fonctionnaliste de service public, ce qui permet de mettre en valeur son intérêt dans le cadre de l'organisation du système de santé (**Chapitre 2**).

---

<sup>1372</sup> Sur la théorie du service public virtuel en droit français : V. *supra* : p. 170-171 et p. 278-279.

<sup>1373</sup> V. *supra*, p. 84.



# Chapitre 1 - Le dépassement de la notion de service public par l'introduction de la notion de système de santé

En droit français, la notion de système de santé a été progressivement érigée en notion juridique autonome, disposant d'un régime juridique qui lui est propre. Cependant, le régime juridique de système de santé s'inspire du régime juridique du service public, ce qui peut s'expliquer par le caractère d'intérêt général de l'activité sanitaire dans son ensemble. En ce sens, le système de santé apparaît comme une forme atténuée de la logique de service public en matière de santé. On assiste ainsi à l'extension d'un régime atténué de service public à l'ensemble des acteurs du système de santé sous la forme d'un concept dont la charge idéologique est moins forte et les conséquences juridiques, moins systématiques.

Le premier axe du régime juridique du système de santé se rapporte à l'émergence d'un statut juridique des usagers du système de santé. L'édifice de ce statut juridique est étroitement lié à l'avènement de processus de la démocratie sanitaire en droit français. Notion ambiguë et imprécise, la démocratie sanitaire implique, dans un sens large, une démarche d'association de tous les acteurs impliqués dans le fonctionnement du système de santé au processus d'organisation de celui-ci (offreurs de soins, collectivités territoriales, usagers). La démocratie sanitaire a également pour objectif d'ériger les usagers du système de santé en acteurs principaux dans le cadre de ce système. Pour cette raison, elle comporte deux volets essentiels à l'égard des usagers. D'un côté, elle se traduit par la consécration et la promotion d'une série de droits au profit des usagers du système de santé et opposables aux autres acteurs du système de santé, à savoir les autorités de pilotage du système et les offreurs de soins. En outre, la démocratie sanitaire cherche à introduire des mécanismes censés assurer la participation des usagers à l'adoption des décisions concernant leur santé personnelle, mais aussi à l'organisation et au fonctionnement du système de santé. En droit français, la démocratie sanitaire a été initiée par la loi Kouchner du 4 mars 2002<sup>1374</sup> et a été

---

<sup>1374</sup> V. Titre II de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 qui s'intitule « *Démocratie sanitaire* » ; DEGUERGUE, Maryse, « Droits des malades et qualité du système de santé », *AJDA* 2002, p. 508.

approfondie par la loi du 26 janvier 2016<sup>1375</sup>. L'épanouissement de la démocratie sanitaire avait conduit ainsi à la construction d'un statut des usagers du système de santé. Or, la notion de service public a eu une véritable force inspiratrice dans l'édifice du statut juridique en question. (**Section 1**).

Le deuxième axe du régime juridique applicable au système de santé est composé de règles de droit qui se rapportent à l'organisation de l'offre de soins. En effet, dans le cadre du système de santé français, l'ensemble de l'offre de soins fait l'objet d'une démarche de régulation. La cohérence et l'unicité de cette régulation ont été renforcées par la mise en place, par la loi du 21 juillet 2009, des agences régionales de santé, qui sont des institutions déconcentrées assurant la régulation de l'ensemble de l'offre de soins au niveau régional. Or, cette régulation s'est matérialisée également par l'extension de la planification sanitaire à l'ensemble des services de santé. Par ailleurs, la coordination du système de santé s'appuie sur la promotion d'une logique de coopération entre les offreurs de soins d'un territoire donné autour des parcours de santé des patients de ce territoire. Or, pendant longtemps, la coopération en matière sanitaire n'était prévue que pour les seuls établissements de santé faisant partie du service public hospitalier, avant d'être étendue à l'ensemble des établissements de santé<sup>1376</sup>. Cependant, les réformes juridiques ont progressivement mis en place des formules de coopération destinées à l'exercice regroupé des professionnels de santé de ville,<sup>1377</sup> voire au regroupement et à la coopération de l'ensemble des acteurs de santé dans la prise en charge de certaines pathologies. La démarche de coopération entre les offreurs de soins a été drastiquement renforcée par les deux dernières réformes du système de santé de 2016 et de 2019 qui ont instauré plusieurs instruments en ce sens, essentiellement dans un cadre territorial. En ce sens, le deuxième élément du régime juridique de la notion du système de santé regroupe l'ensemble des règles juridiques relatives à l'organisation de l'offre de soins qui apparaissent également d'une essence de service public. (**Section 2**).

---

<sup>1375</sup> COMPAGNON, Claire, *Pour l'an II de la démocratie sanitaire*, Rapport à la ministre des Affaires sociales et de la santé, février 2014 ; Art. 175 à 192 de la loi n° 2016-41 du 26 janv. 2016. ; MORLET-HAIDARA, Lydia, « L'impact de la loi santé sur les usagers du système de santé », *RDSS* 2016, p. 658.

<sup>1376</sup> *Supra*, p. 293 et s.

<sup>1377</sup> V. art. L. 6323-1 et s. du CSP (centres de santé) et art. L. 6323-3 du CSP (maisons de santé).

## Section 1. La force inspiratrice du service public dans la construction du statut de l'utilisateur du système de santé

La formation d'un statut juridique des usagers du système de santé se réfère à l'émergence d'un ensemble cohérent de droits et d'obligations applicables à la catégorie d'usagers du système de santé<sup>1378</sup>. Il s'agit d'un statut qui est attaché à la qualité d'usager du système de santé et qui est censé préserver le libre choix de celui-ci et s'appliquer indistinctement dans le secteur public et dans le secteur privé de la santé<sup>1379</sup>.

Or, le statut juridique des usagers du système de santé est d'une nature asymétrique, dans la mesure où il comporte essentiellement des droits consacrés au profit des usagers, mais très peu de responsabilités à l'égard de ces derniers. La responsabilité collective principale des usagers du système de santé reste ainsi l'obligation vaccinale<sup>1380</sup>. En revanche, la mise en place de la démocratie sanitaire n'a pas conduit à un renforcement des responsabilités des usagers du système de santé. Pour cette raison, une partie de la doctrine juridique a caractérisé la démocratie sanitaire comme un « processus inachevé » dans le contexte français<sup>1381</sup>.

Pour autant, l'émergence d'un statut juridique de l'utilisateur du système de santé a permis de rompre avec l'un des clivages traditionnels, structurant le droit de la santé français entre, d'un côté, les usagers du service public hospitalier, placés dans une situation légale et réglementaire, et, d'autre côté, les clients du secteur sanitaire privé se trouvant dans un rapport contractuel avec les offreurs de soins participant à leur prise en charge. Ce phénomène d'unification du droit applicable à l'utilisateur du système de santé, permet de saisir l'effacement progressif de cette séparation classique entre les usagers du secteur hospitalier public et les clients du secteur sanitaire privé<sup>1382</sup>. Ainsi, le droit des usagers du système de santé est un droit autonome, qui comporte des règles juridiques transcendant la distinction entre le droit public et le droit privé<sup>1383</sup>.

Le processus de démocratie sanitaire a permis par ailleurs l'introduction d'une nouvelle notion dans le champ juridico-sanitaire qui est la notion d'utilisateur du système de

---

<sup>1378</sup> V. PITCHO, Benjamin, *Le statut juridique du patient*, Thèse, Bordeaux, LEH, 2004.

<sup>1379</sup> DEGUERGUE, Maryse, « Droits des malades et qualité du système de santé », *op.cit.*

<sup>1380</sup> V. art. L. 3111-1 à L. 3111-11 du CSP.

<sup>1381</sup> MOQUET-ANGER, Marie-Laure, « Le droit des personnes hospitalisées », *RDSS*, 2002, p. 657.

<sup>1382</sup> V. en ce sens : MORON-PUECH, Benjamin, « L'utilisateur du service public administratif hospitalier : un contractant ! », *RDSS* 2017, p. 512.

<sup>1383</sup> V. DUBOUIS, Louis, « Contenu du droit des patients », *RGDM* n° 3, 2004, p. 110.

santé. En effet, pendant longtemps, les termes essentiellement utilisés pour désigner les bénéficiaires des actes de santé étaient les termes de « personne malade » et de « patient. » Ainsi, la personne malade pourrait être définie comme une personne dont la santé se trouve altérée est qui est susceptible de bénéficier d'actes et de prestations à visée thérapeutique destinés à remédier à sa maladie ou à son infirmité<sup>1384</sup>. Cependant, la notion de patient s'est progressivement substituée à la notion de personne malade afin de souligner qu'une personne pourrait être le destinataire des actes et des prestations médicaux n'ayant pas une visée thérapeutique<sup>1385</sup>. Le terme de patient permet d'englober un certain nombre de personnes, qui pourraient avoir recours au système de santé, sans pour autant que leur santé soit véritablement altérée<sup>1386</sup>. Cependant, dans sa conception classique, le patient continuait à être associé avec une personne souffrante qui devait subir un examen, un traitement ou une intervention médicale<sup>1387</sup>. C'est en ce sens, que la notion d'usager du système de santé permet de rompre avec le trait de passivité caractérisant le terme de patient dans sa définition classique.<sup>1388</sup> La notion d'usager du système de santé renvoie ainsi à une nouvelle figure du patient, en tant que bénéficiaire d'un certain nombre de droits face aux offreurs de soins et véritable acteur de sa propre santé<sup>1389</sup>. De la même manière, la notion d'usager du système de santé apparaît comme une qualification générique, permettant d'inclure dans son champ non seulement les personnes malades et les patients, mais également la famille et les proches de ces derniers. La notion d'usager du système de santé a également une dimension collective, ce qui permet d'y ranger les représentants des usagers du système de santé censés siéger au sein des différentes institutions sanitaires afin d'assurer la participation des usagers dans le fonctionnement du système de santé<sup>1390</sup>.

A l'image de la notion d'usager du service public, la notion d'usager du système de santé englobe une multitude de figures différentes<sup>1391</sup>. L'usage de la notion d'usager permet,

---

<sup>1384</sup> V. TUFFREAU, François (dir.), *Dictionnaire de l'organisation sanitaire et médico-sociale*, Rennes, Presses de l'EHESP, 2013, p. 487.

<sup>1385</sup> V. en ce sens, art. 16-3 du C.civ qui consacre la perte du caractère exclusivement thérapeutique de l'acte médical : « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui.* » Des actes et des prestations sans visée thérapeutique sont proposés, par exemple, dans le cadre de la chirurgie esthétique ou dans le cadre de la médecine préventive.

<sup>1386</sup> V. PITCHO, Benjamin, *Le statut juridique du patient*, op.cit., p. 85 et s.

<sup>1387</sup> TUFFREAU, François (dir.), *Dictionnaire de l'organisation sanitaire et médico-sociale*, op.cit., p. 487.

<sup>1388</sup> BIOSSE DUPLAN, Alexandre, *Démocratie sanitaire. Les usagers dans le système de santé.*, Paris, Dunod, 2017, p. 36.

<sup>1389</sup> LAUDE, Anne, « Le patient, nouvel acteur de santé ? », *D.* 2007, p. 1151.

<sup>1390</sup> BIOSSE DUPLAN, Alexandre, *Démocratie sanitaire. Les usagers dans le système de santé*, op.cit., p. 36.

<sup>1391</sup> V. CHEVALLIER, Jacques, « Figures de l'usager », in *Psychologie et science administrative*, Paris, P.U.F., 1985.



en effet, de mettre l'accent sur le fait que celui-ci est un bénéficiaire de l'action administrative ou sanitaire et non plus un simple assujéti à ces deux activités. De la même manière, comme l'utilisateur du service public, l'utilisateur du système de santé pourrait être envisagé comme un « usager-acteur » participant dans le processus décisionnel en matière sanitaire, voire dans la gestion des services de santé. Celui-ci apparaît également comme un « usager-partenaire » doté d'un certain nombre de ressources lui permettant de se poser en tant qu'interlocuteur dans sa relation avec le système de santé. De manière comparable à l'utilisateur du service public, l'utilisateur du système de santé apparaît progressivement comme un consommateur ayant recours, dans un cadre concurrentiel, aux biens et aux services de santé, et privilégiant, dans son rapport avec le système de santé, sa satisfaction consommatrice.

Il convient de mettre en lumière la force inspiratrice de la notion de service public dans l'édifice du statut juridique de l'utilisateur du système de santé. Ce sont en ce sens les principes qui forment le régime juridique de la notion de service public en droit français, qui étaient érigés en droit fondamentaux des usagers du système de santé.

La notion d'utilisateur du système de santé comporte à la fois une dimension individuelle, présente dans le cadre des rapports de l'utilisateur avec les offreurs de soins, mais aussi un sens plus collectif, lorsque l'utilisateur se trouve représenté au sein des différentes institutions de santé.

Or, les droits individuels conférés à l'utilisateur du système de santé sont inspirés des lois de Rolland, qui sont attachés à la notion de service public (§1). De la même manière, la logique de la participation des usagers du service public dans l'organisation et le fonctionnement des services publics a été étendue dans le champ sanitaire au travers de la consécration des droits collectifs participatifs au profit des usagers du système de santé (§2).

### ***§ 1. La consécration des droits individuels des usagers du système de santé***

Les droits individuels des usagers du système de santé sont des droits dont l'exercice relève de l'individu seul. Ces droits sont essentiellement attachés à la qualité de patients des usagers du système de santé.

Sur un plan strictement formel, les droits individuels des usagers du système de santé ne pourraient pas être analysés comme des droits fondamentaux dans la mesure où, pour la plupart, leur existence ne découle pas d'une norme supérieure dans l'ordre juridique

interne<sup>1392</sup>. C'est ainsi que la qualification de liberté publique<sup>1393</sup> apparaît comme plus adaptée en la matière, puisque les droits individuels des usagers du système de santé trouvent leur source dans la loi qui en détermine les conditions d'exercice et en fixe les limites, conformément aux exigences de l'article 34 de la Constitution française de 1958. Cependant, à la différence des libertés publique, qui ont une dimension strictement verticale du fait de leur opposabilité aux seules personnes administratives, les droits des usagers du système de santé s'opposent à l'ensemble des acteurs du système de santé, y compris à ceux ayant un statut de droit privé. A l'image des droits fondamentaux, ils possèdent ainsi une double dimension d'opposabilité verticale et horizontale.

Toutefois, on peut saisir la fundamentalité attachée aux droits des usagers du système de santé sur le fond, c'est-à-dire sur un aspect plus substantiel. Ce constat s'impose d'autant plus que certains de ces droits sont expressément qualifiés comme des droits de la personne<sup>1394</sup> et qu'ils apparaissent comme suffisamment essentiels pour prévaloir par rapport à toute autre prétention ou considération en la matière<sup>1395</sup>. En effet, le respect de ces droits s'impose puisqu'ils découlent de l'exigence du respect de la dignité et de l'autonomie de la volonté des patients.

Toujours est-il qu'au sein de la catégorie des droits individuels des usagers du système, il existe, tout d'abord, des droits généraux, fortement inspirés par le régime juridique applicable à la notion de service public (**A**). Il existe également, au sein de cette catégorie, des droits propres aux patients dans le cadre de leur relation avec les offreurs de soins, qui ont un lien moins prononcé avec la notion de service public, mais dont le régime juridique a été unifié au niveau de l'ensemble système de santé (**B**).

---

<sup>1392</sup> Sur la notion de liberté fondamentale dans un sens formel, V. FROMONT, Michel, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne » in *Mél. Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 49 ; FAVOREU, Louis et al., *Droit des libertés fondamentales*, *op.cit.*, p. 63 et s.

<sup>1393</sup> Sur la notion de liberté publique : *Ibid*, p. 49 et s.

<sup>1394</sup> V. Le chapitre préliminaire du Code de la santé publique (art. L. 1110-1 à L. 1110-13 du CSP) s'intitule « Droits de la personne. »

<sup>1395</sup> Sur la théorie des droits fondamentaux substantiels : V. PICARD, Etienne, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, p. 8.

#### A. L'absorption du régime juridique du service public dans les droits généraux des usagers du système de santé

Traditionnellement, la notion d'usager apparaît comme une notion propre au droit public, et plus précisément, au droit du service public. Ce terme désigne le bénéficiaire de l'action administrative, la personne qui a recours à un service public et qui bénéficie, par conséquent, d'un certain nombre de garanties et d'obligations face à ce service. Ainsi, comme le souligne le professeur Jacques Chevallier, en principe, « le service public ne connaît que des usagers, et les usagers ne sont tels que parce qu'ils recourent aux services publics.<sup>1396</sup> » De ce point de vue, pendant longtemps, dans le domaine de la santé il n'existait que la figure de l'usager du service public hospitalier.

Cependant, comme l'affirme le professeur Didier Truchet, dans le domaine sanitaire, le système de santé est un concept qui absorbe progressivement le service public hospitalier. En ce sens, le système de santé s'approprie les valeurs du service public, « il l'englobe, le dépasse, l'absorbe pour assurer l'effectivité du droit aux soins.<sup>1397</sup> » C'est ainsi qu'en matière de santé, le triptyque des grands principes du service public se trouve transposé sous forme de droits généraux des usagers du système de santé.

Les droits généraux en question apparaissent comme de véritables droits fondamentaux des usagers du système de santé de point de vue matériel. Ainsi, ces droits sont qualifiés comme des droits attachés à la personne. De la même manière, en vertu de l'article L. 1110-1 du Code de la santé publique, l'ensemble des droits généraux sont fondés sur le droit fondamental à la protection de la santé qui, à l'image du droit constitutionnel à la protection de la santé, apparaît, au sein du texte législatif, comme un principe matriciel dont découlent une série de droits subjectifs pour les patients<sup>1398</sup>.

Les droits généraux des usagers du système de santé doivent ainsi être garantis par l'ensemble des acteurs du système de santé, à savoir les offreurs de soins, les autorités sanitaires, voire les usagers du système de santé eux-mêmes. Tout usager du système de santé bénéficie ainsi du droit à l'égal accès aux soins (1), du droit à la continuité de soins (2) et du droit à l'adaptabilité de soins (3).

---

<sup>1396</sup> CHEVALLIER, Jacques, « Figures de l'usager », in *Psychologie et science administrative, op.cit.*, p. 35.

<sup>1397</sup> TRUCHET, Didier, « Etablissement public de santé et système de santé », *op.cit.*

<sup>1398</sup> V. PRIEUR, Stéphane, « Les droits des patients dans la loi du 4 mars 2002 », *RGDM* n° 8, 2002, p. 121-122.

## 1. Le droit à l'égal accès aux soins

Le premier droit général des usagers du système de santé, inspiré par le régime juridique de la notion de service public, est le droit à l'égal accès aux soins. En effet, le principe d'égalité est l'un des principes fondamentaux en droit français, en tant qu'il se trouve consacré à plusieurs reprises par le bloc de constitutionalité, il constitue une valeur structurante du système de santé<sup>1399</sup>, il est un principe général de droit applicable au fonctionnement de tout service public,<sup>1400</sup> et en particulier au service public hospitalier<sup>1401</sup>. C'est pour cette raison, que le principe d'égalité constitue une exigence qui s'applique pleinement à l'accès aux soins de santé<sup>1402</sup>. Cela explique l'affirmation de ce principe au sein du Code de la santé publique sous forme de droit au profit des usagers du système de santé.

En droit de la santé, la réalisation effective de ce droit, a impliqué la consécration d'un droit plus concret, qui est le droit de ne pas faire l'objet des discriminations dans l'accès à la prévention ou aux soins(a)<sup>1403</sup>. Il n'en reste pas moins que le dispositif juridique existant en la matière ne permet pas de lutter de manière optimale contre certains refus de soins fondés sur le mode particulier de protection sociale des personnes(b).

- a. L'interdiction des refus discriminatoires de soins comme instrument principal de la protection du droit à l'égal accès aux soins

De manière générale, le principe de non-discrimination apparaît comme étroitement lié au principe d'égalité dans sa conception formelle, en tant qu'exigence de traiter de manière identique les personnes qui se trouvent dans une situation identique. Le premier est ainsi souvent présenté comme l'instrument juridique par lequel l'objectif d'égalité pourrait être mis en œuvre<sup>1404</sup>, voire comme un sous-ensemble du principe d'égalité<sup>1405</sup>.

---

<sup>1399</sup> V. *supra*, p. 39-40.

<sup>1400</sup> *Supra*, p. 321

<sup>1401</sup> *Supra*, p. 325-326.

<sup>1402</sup> C'est par ailleurs le dispositif de la planification en matière sanitaire qui est en partie fondé sur la réalisation du droit d'égal accès aux soins.

<sup>1403</sup> Art. L. 1110-3 du CSP. Avant même la consécration de ce droit, il existait une obligation déontologique du médecin de non-discrimination dans la prise en charge des patients consacrée aujourd'hui dans l'article. R. 4127-7 du CSP.

<sup>1404</sup> LACHAUME, Jean-François et al., *Droit des services public, op.cit*, p. 566

<sup>1405</sup> GUGLIELMI, Gilles J., KOUBI, Geneviève, LONG, Martine, *Droit du service public, op.cit*, p. 248.

En droit de la santé, la garantie du droit à l'égal accès aux soins se trouve prioritairement ciblée sur la lutte contre les éventuels refus de soins qu'un usager du système de santé peut se voir opposer par les professionnels de santé, notamment lorsque ces refus apparaissent comme discriminatoires. La notion de discrimination renvoie à une différenciation illégitime, contraire au principe d'égalité, consistant à rompre celle-ci au détriment de certaines personnes ou, encore, à un traitement différentiel consistant à refuser à des individus des droits et des avantages, qui sont reconnus à d'autres individus placés dans la même situation<sup>1406</sup>. Or, il apparaît clairement que le refus de soins opposé à une personne est susceptible de freiner le droit d'égal accès aux soins consacré au profit de celle-ci, en tant qu'un tel refus peut avoir « pour objet et/ou pour effet d'exclure certaines personnes de l'accès aux soins<sup>1407</sup>. » Pour cette raison, il est apparu important d'assortir d'une sanction juridique les hypothèses des refus discriminatoires de soins, d'autant plus que les professionnels de santé disposent de la faculté de refuser des soins pour un certain nombre de motifs légitimes<sup>1408</sup>. Ainsi, un refus de soins pourrait être légitimement fondé sur une exigence personnelle ou professionnelle et déterminante de la qualité, de la sécurité et de l'efficacité de soins<sup>1409</sup>. De la même manière, les professionnels de santé (les médecins ou les sages-femmes) sont libres de refuser de pratiquer une interruption volontaire de grossesse<sup>1410</sup>.

En ce sens, la loi du 4 mars 2002 a constitué un premier pas dans la lutte contre les refus de soins illégitimes, en interdisant expressément ces derniers au titre de l'article L. 1110-3 du Code de la santé publique. Par ailleurs, ce dernier article, dans sa rédaction introduite par la loi du 4 mars 2002, devrait être interprété en lien avec l'article 225-1 du Code pénal qui énumère expressément l'ensemble des motifs de distinction entre les personnes, constitutifs d'une discrimination<sup>1411</sup>. Par conséquent, tout refus de soins fondé directement ou indirectement sur l'un des motifs mentionnés par l'article 225-1 du Code pénal

---

<sup>1406</sup> CORNU, Gérard, *Vocabulaire juridique, op.cit.*, p. 354.

<sup>1407</sup> BRISSY, Stéphane, LAUDE, Anne, TABUTEAU, Didier (dir.), *Refus de soins et actualités sur les droits des malades*, Rennes, Presses de l'EHESP, 2012, p. 11

<sup>1408</sup> *Ibid*, p. 22 et s.

<sup>1409</sup> Art. L. 1110-3, al. 7 du CSP.

<sup>1410</sup> Art. L. 2212-8 du CSP.

<sup>1411</sup> « Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur perte d'autonomie, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée. »

devrait être pénalement réprimé. Cependant, dans la pratique ce dispositif juridique est apparu comme impuissant face à la nécessité de combattre une hypothèse particulière de refus de soins opposé par les professionnels de santé : le refus fondé sur le mode de protection sociale de certaines personnes.

- b. Les lacunes persistantes du dispositif juridique dans la lutte contre les refus de soins fondés sur le mode de protection sociale des personnes

Un certain nombre de rapports officiels ont mis en évidence le phénomène inquiétant du nombre important des refus de soins et de prise en charge opposés aux bénéficiaires de certaines aides sociales à l'accès aux soins (protection maladie universelle, couverture maladie universelle complémentaire, aide médicale d'Etat, aide au paiement d'une complémentarité santé)<sup>1412</sup>. Or, le problème était ici que le Code pénal ne qualifiait pas expressément comme discriminatoires les distinctions entre les personnes opérées sur la base de leur mode de protection sociale. Il était, par conséquent, impossible de poursuivre ce type de comportements de la part des professionnels de santé, au titre de la loi pénale. Il existait, de ce point de vue, un vide juridique au sein du Code de la santé publique. Par ailleurs, cette hypothèse de refus de soins était paradoxale, dans la mesure où les dispositifs sociaux d'aide à l'accès aux soins sont créés dans le but de favoriser l'accès aux soins des personnes économiquement les plus défavorisées. Pour autant, ces personnes se voyaient systématiquement fermer l'accès au système de santé en raison de leur statut de titulaires de ce type de dispositifs.

Pour cette raison, la loi du 21 juillet 2009 a inséré au sein de l'article L. 1110-3 du Code de la santé publique une nouvelle interdiction de refus de soins fondée sur un motif illégitime, mais non prévu par le Code pénal, qui est le mode de protection sociale du patient. Désormais, le refus de soins opposé à un bénéficiaire d'aide sociale à l'accès aux soins pourrait donner lieu à la prononciation d'une sanction déontologique ou d'une sanction financière à l'encontre du professionnel de santé<sup>1413</sup>.

Cependant, l'efficacité de cette nouvelle disposition dans la lutte contre les refus de soins discriminatoires reste redoutable au moins pour deux raisons.

---

<sup>1412</sup> V. par ex., CHADELAT, Jean-François, *Le refus de soins aux bénéficiaires de la CMU*, Rapport au Ministre de la santé et des solidarités, 2006, p. 8.

<sup>1413</sup> V. Art. L. 1110-3 al. 3 et s du CSP.

La première raison réside dans l'absence d'un régime de renversement de la charge de la preuve au profit du patient, ce qui, compte tenu de la difficulté de rapporter la preuve d'un traitement discriminatoire, rend la tâche de ce dernier face au professionnel de santé extrêmement difficile. Il en va de même de l'impossibilité pour les caisses de l'Assurance maladie de recourir, à l'égard des professionnels de santé, aux tests aléatoires<sup>1414</sup>, dans l'objectif de recueillir des éléments de preuve de leur comportement discriminatoire à l'égard de certains patients<sup>1415</sup>. La faiblesse du dispositif juridique sur ce point a été confirmée par un rapport récent rédigé sous l'égide du Défenseur des droits, qui a conclu à la persistance d'un phénomène d'inégalité d'accès aux soins au détriment des personnes économiquement défavorisée en raison des refus de prise en charge opposés à celles-ci par certains professionnels de santé<sup>1416</sup>.

Or, malgré la consécration de l'égalité d'accès aux soins comme droit fondamental des usagers du système de santé, la réalisation effective de ce droit au sein et par le système de santé n'est pas effectivement garantie. C'est en ce sens, que le recours à la notion de service public pourrait avoir un intérêt dans l'objectif de renforcer la portée de ce droit<sup>1417</sup>.

Un autre principe classique du régime juridique de la notion de service public a également été consacré comme droit fondamental des usagers du système de santé. Le principe de continuité du service public hospitalier a été étendu en droit à la continuité des soins au profit de tout patient.

## 2. Le droit à la continuité des soins

Le deuxième substitut du droit à la protection de la santé est le droit des usagers du système de santé à la continuité de soins prodigués. La continuité est un principe « fondateur » en droit public qui s'applique au fonctionnement de toutes les activités de service public. Cependant, dans le domaine de la santé, l'exigence de continuité de l'activité sanitaire dépasse le service public hospitalier pour englober l'ensemble de l'offre de soins. Le

---

<sup>1414</sup> Par ex. des appels téléphoniques anonymes destinés à recenser les professionnels de santé qui refusent de prendre en charge des patients qui bénéficient des dispositifs de protection maladie universelle ou d'aide médicale d'Etat.

<sup>1415</sup> V. sur l'ensemble de la question : VIALLA, François, « Existe-il une discrimination dans l'accès aux soins ? Ou les avatars de l'article L. 1110-3 du Code de la santé publique », in *CDSA* n° 11, 2010, p. 59.

<sup>1416</sup> CHAREYRON, Sylvain, L'HORTY, Yannick, PETIT, Pascale, *Les refus de soins discriminatoires : tests multicritères et représentatifs dans trois spécialités médicales*, Rapport, oct. 2019, p. 16 et s.

<sup>1417</sup> *Infra*, p. 561 et s.

droit à la continuité des soins entraîne plusieurs conséquences concrètes pour les usagers du système de santé.

Ce droit se décline, tout d'abord, en droit individuel à la continuité des soins au profit de tout patient qui a déjà accédé au système de santé. Le respect de ce droit s'impose à tout professionnel de santé et en particulier aux médecins. Il a pour versant deux obligations déontologiques qui pèsent sur ces derniers. La première est l'obligation d'assurer la continuité des soins à ses malades en toute circonstance. Cette obligation implique pour le médecin, en cas de refus de soins pour un motif légitime, d'en avertir le patient et de transmettre au médecin désigné par celui-ci les informations utiles à la poursuite des soins<sup>1418</sup>. La deuxième obligation déontologique, permettant de garantir le respect du droit à la continuité de soins, est l'obligation pour le médecin de ne pas abandonner ses malades, y compris en cas de danger public<sup>1419</sup>. De la même manière, le droit individuel à la continuité des soins a des implications particulières pour les établissements de santé assurant le service public hospitalier qui, en cas d'impossibilité d'admission d'un patient, doivent s'assurer de la prise en charge de celui-ci par un autre établissement de santé ou par une autre structure en mesure de dispenser les soins nécessaires<sup>1420</sup>.

Plus largement, le droit à la continuité des soins se transforme progressivement en un droit à la continuité de la chaîne des soins. Ce droit implique ainsi une obligation, pour l'ensemble des offreurs de soins participant dans la prise en charge d'un patient, de coordonner leurs interventions respectives sur celui-ci. Le respect de ce droit est particulièrement important pour les patients atteints de maladies chroniques, dont la prise en charge par le système de santé s'avère souvent prolongée, en appelant ainsi l'intervention de plusieurs offreurs de soins. En ce sens, les dernières réformes du système de santé s'efforcent de prendre des mesures afin de renforcer l'efficacité de ce droit des usagers du système de santé, notamment sur le fondement de la notion de parcours de santé<sup>1421</sup>.

Il existe un aspect plus collectif du droit à la continuité des soins, qui suppose la garantie de cette continuité au profit de l'ensemble de la population. Cette exigence a justifié la mise en place de plusieurs dispositifs organisationnels qui dépassent le cadre strict du service public hospitalier pour englober l'ensemble du système de santé. Par ailleurs, à

---

<sup>1418</sup> Art. R. 4127-47 du CSP.

<sup>1419</sup> Art. R. 4127-48 du CSP.

<sup>1420</sup> Art. L. 6112-2-2° du CSP.

<sup>1421</sup> V. par ex. : le dossier médical partagé, qui est un instrument de coordination des professionnels de santé dans la prise en charge du patient : art. L. 1111-14 à L. 1111-24 du CSP.



l'image de la plupart des activités de service public, le principe de continuité dans le domaine de la santé revêt deux dimensions essentielles : la continuité temporelle et la continuité spatiale des soins de santé<sup>1422</sup>.

C'est ainsi, qu'au-delà du service public hospitalier, c'est le système de santé dans son ensemble, qui est censé fonctionner de manière permanente et sans interruption. Cette exigence est garantie par l'organisation d'un dispositif de permanence des soins, à la fois en ce qui concerne les soins ambulatoires, assurés par les professionnels de santé de ville, et pour les soins au sein des établissements de santé. Ce dispositif vise ainsi à assurer une réponse permanente des demandes de soins de santé non programmés de la population<sup>1423</sup>. En ce sens, comme le constate le professeur Marie-Laure Moquet-Anger, la notion de service public hospitalier semble dépassée, à partir du moment où « le législateur fait de la permanence des soins la première des missions que les agences régionales de santé ont à mettre en œuvre dans les territoires de santé.<sup>1424</sup> » Par ailleurs, de nombreux instruments tendent à assurer la continuité spatiale de l'offre de soins, parmi lesquels la planification sanitaire constitue l'exemple le plus classique et remarquable, dans la mesure où elle cherche à garantir la répartition la plus optimale des ressources de santé sur le territoire<sup>1425</sup>.

Il faut souligner également que l'obligation d'assurer la continuité des soins pèse depuis longtemps sur tous les établissements du système hospitalier, notamment en cas de grève de l'ensemble de l'hospitalisation publique et privée. Dans une telle hypothèse, l'obligation d'assurer une prestation minimale des soins au profit de la population ne s'impose pas uniquement aux établissements publics de santé ou aux établissements de santé assurant le service public hospitalier. En effet, le juge administratif avait admis la possibilité pour le préfet du département de réquisitionner les agents d'une clinique privée afin que soient assurées la sécurité et la continuité des soins au profit de la population au sein d'un secteur sanitaire donné<sup>1426</sup>.

Le troisième grand principe classique, attaché à la notion de service public, est le principe d'adaptation. On retrouve une allusion à ce principe au travers du droit, consacré au profit des usagers du système de santé, à l'adaptabilité des soins à leur état de santé.

---

<sup>1422</sup> Sur le principe de continuité du service public hospitalier et ses deux dimensions temporelle et spatiale : V. *supra*, p. 322 et p. 326.

<sup>1423</sup> V. *supra*, p. 168.

<sup>1424</sup> MOQUET-ANGER, Marie-Laure, « La continuité et l'accès aux services de santé », *op.cit.*, p. 39

<sup>1425</sup> *Ibid*, p. 43.

<sup>1426</sup> V. CE, 9 déc. 2003, *Aguillon et autres*, n° 367453 ; CAA Nantes, 21 oct. 2016, n° 15NT00372.

### 3. Le droit à l'adaptabilité des soins

Toujours sur le fondement du droit fondamental à la protection de la santé, l'article L. 1110-1 du Code de la santé publique consacre, au profit de chaque personne, le droit aux soins nécessités par son état de santé. La consécration de ce droit constitue une transposition du principe d'adaptation du service public dans le champ du système de santé.

Le principe d'adaptation est l'une des lois fondamentales et inhérentes à tous les services publics. En ce sens, il implique la nécessité de faire évoluer les activités de service public, dans leur organisation et dans leur fonctionnement, afin de les adapter à l'évolution des besoins collectifs et des exigences de l'intérêt général<sup>1427</sup>. Cependant, en analysant ce principe de manière plus approfondie, il est possible d'identifier deux dimensions différentes qui en découlent.

La première dimension renvoie à la logique de mutabilité des services publics, principe conférant à l'autorité publique responsable du service une prérogative de modifier l'organisation ou le fonctionnement de celui-ci dans toutes les hypothèses où cela se trouve justifié par un motif d'intérêt général. C'est dans ce sens que le principe d'adaptation a été initialement conçu par Louis Rolland, qui avait présenté ce principe comme la « loi de changement » du service public permettant à l'autorité publique compétente de modifier à tout moment les règles d'organisation et du fonctionnement du service<sup>1428</sup>. De ce point de vue, l'adaptation du service public apparaît davantage comme un principe s'imposant objectivement aux usagers. Par ailleurs, la mise en œuvre de ce principe par l'administration ne coïncide pas toujours avec la satisfaction des besoins des usagers du service. En ce sens, c'est au nom du principe de mutabilité, que pourrait être justifiée la mesure de suppression d'un service public. Il en résulte logiquement que les usagers du service public ne disposent pas de droits qui pourraient être opposés à la modification du régime d'un service public<sup>1429</sup>, ni d'un droit au maintien des services publics<sup>1430</sup>.

Néanmoins, il existe une deuxième dimension du principe d'adaptation qui implique l'obligation pour l'autorité publique d'ajuster les services publics aux modifications

---

<sup>1427</sup> V. CHAPUS, René, *Droit administratif général*, t.1, *op.cit.*, p. 604 ; LACHAUME, Jean-François et al., *Droit des services publics*, *op.cit.*, p. 528.

<sup>1428</sup> ROLLAND, Louis, *Précis de droit administratif*, *op.cit.*

<sup>1429</sup> CE, 2 oct. 1985, *Jeissou et SEM du pont Saint Nazaire/Saint Brévin*, Rec., p. 544.

<sup>1430</sup> CE, 27 janv. 1961, *Vannier*, Rec., p. 60

juridiques, sociales, techniques<sup>1431</sup>, et scientifiques qui affectent leur environnement<sup>1432</sup>, c'est-à-dire à tout changement de circonstances de droit<sup>1433</sup> ou de fait<sup>1434</sup> susceptible d'affecter la marche du service public. Or, comme le remarque le Professeur Jean-Paul Markus, il existe actuellement une nette prédominance de cette deuxième dimension du principe d'adaptation des services publics, qui conduit à une « subjectivisation du principe dans son aspect le plus favorable à l'utilisateur<sup>1435</sup>. » En effet, le principe d'adaptation évolue progressivement dans le sens d'une véritable obligation pour l'administration d'amélioration constante des services publics en adéquation avec les besoins des usagers. Par ailleurs, cette obligation pourrait impliquer l'apparition d'un nouveau droit au profit des usagers des services publics qui serait le droit au fonctionnement efficace des activités de service public.

Or, si l'existence d'un tel droit au profit des usagers du service public reste encore incertaine, la loi du 4 mars 2002 avait consacré, à l'égard des usagers du système de santé, un droit à l'adaptabilité des soins<sup>1436</sup>. Il faut souligner que la garantie de ce droit implique l'adaptation des soins proposés au patient aux dernières évolutions scientifiques, dans la mesure où les soins en question doivent être non seulement appropriés et d'une efficacité reconnue, mais également conformes aux connaissances médicales avérées<sup>1437</sup>. Or, le non-respect des connaissances médicales avérées lors de la prestation des soins est susceptible d'engager la responsabilité civile pour faute du professionnel de santé en cas de dommage subi par le patient<sup>1438</sup>. Il faut souligner également que l'exigence d'adaptabilité des soins existe depuis longtemps dans le domaine médical au travers de l'obligation qui pèse sur chaque médecin de fournir à ces patients des soins conformes aux données acquises de la science<sup>1439</sup>. Cependant, c'est la loi du 4 mars 2002 qui en avait fait un droit des usagers du système de santé opposable à tous les professionnels de santé.

---

<sup>1431</sup> Constitue, en ce sens, une illustration de l'adaptation d'un service public aux évolutions techniques affectant sa gestion le passage de la prestation du service public de l'éclairage au gaz à l'électricité : V. CE, 10 janv. 1902, *C<sup>ie</sup> nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen*, Rec., p. 5

<sup>1432</sup> V. GUGLIELMI, Gilles J., KOUBI, Geneviève, LONG, Martine, *Droit du service public*, op.cit., p. 323.

<sup>1433</sup> CE, ass., 3 févr. 1989, *C<sup>ie</sup> Alitalia*, Rec., p. 44

<sup>1434</sup> CE, 10 janv. 1964, *Ministre de l'Agriculture c. Simonnet*, Rec., p. 19.

<sup>1435</sup> MARKUS, Jean-Paul, « Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics aux besoins des usagers », *RFDA* 2001, p. 589.

<sup>1436</sup> V. Art. L. 1110-1 du CSP qui vise le droit à l'égal accès aux soins nécessités par l'état de santé de la personne.

<sup>1437</sup> Art. L. 1110-5 du CSP.

<sup>1438</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 11 déc. 2008, n° 08-10.255.

<sup>1439</sup> V. Cass. civ 1<sup>re</sup>, 20 mai 1936, *Epoux Mercier* ; Art. R. 4127-32 du CSP ; DEBARRE, Jean-Michel, « Sémantique des données acquises de la science comparées aux connaissances médicales avérées », *Méd. et droit* n° 112, 2012, pp. 22-28.

Ainsi, à l'image du principe d'adaptation des services publics, le droit à l'adéquation des soins de santé implique une véritable exigence d'efficacité au profit des usagers. En droit des services publics, l'objectif d'offrir une prestation efficace aux usagers s'appuie essentiellement sur l'adaptation du service aux exigences de qualité et de sécurité, qui sont souvent présentées comme les nouveaux « leitmotivs » du service public<sup>1440</sup>. Le même constat peut être fait dans le domaine du système de santé où l'adaptabilité des soins impose la garantie et l'amélioration permanente de leur qualité et sécurité.

Le constat s'impose ainsi que l'égalité, la continuité et l'adaptabilité des soins de santé ne constituent plus des garanties réservées aux seuls usagers du service public hospitalier. Elles dépassent ce dernier en se transformant en droits fondamentaux de l'ensemble des usagers du système de santé. Par ailleurs, parmi les droits individuels des usagers du système de santé, une place importante a été accordée aux droits des patients dans le cadre de la relation du soin. Le régime juridique applicable à ce type de droits a été unifié au sein de l'ensemble du système de santé.

#### B. L'unification du régime juridique des droits des patients au sein de la relation du soin

L'un des axes de la démocratie sanitaire consiste dans la consécration, au profit des patients, des droits censés leur permettre de participer à l'adoption des décisions relatives à leur santé et à leur prise en charge par les professionnels de santé. De tels droits, comme le droit à l'information médicale ou le droit de consentir à l'acte médical, ont initialement été dégagés par la jurisprudence, que ce soit dans le secteur privé<sup>1441</sup> et plus tardivement dans le secteur public des soins de santé. Cependant, en consacrant ces droits, les juridictions ont surtout cherché de dégager des obligations à l'égard des offreurs de soins, dont la violation était susceptible d'ouvrir un droit à l'indemnisation au profit des patients, victimes d'un dommage survenu dans la cadre de l'activité médicale médicale. Cette vision initiale a évolué depuis l'entrée en vigueur de la loi Kouchner du 4 mars 2002 qui a considérablement renforcé le poids des patients au sein de la relation du soin, en consacrant à leur profit le droit à l'information, le droit au consentement, impliquant un droit de refuser les soins proposés, et le droit à la codécision médicale avec le professionnel de santé. L'objectif du législateur était,

---

<sup>1440</sup> V. GUGLIELMI, Gilles J., KOUBI, Geneviève, LONG, Martine, *Droit du service public, op.cit.*, p. 344.

<sup>1441</sup> V. Cass., 28 janv. 1942, *Teyssier*.

cette fois-ci, de mettre sur le même pied d'égalité le patient et le professionnel de santé dans le cadre du rapport juridique existant entre eux. L'apport de la loi du 4 mars 2002 en la matière consiste également dans l'unification du régime juridique applicable à ces droits qui ont été érigés en droits de tous les usagers du système de santé, quel que soit le secteur de leur prise en charge. La consécration par la loi des droits individuels des patients au sein de la relation du soin avait accrédité un processus d'autonomisation juridique du patient, (1) ayant abouti à l'attribution d'une prééminence quasi-absolue à la volonté de ce dernier dans le cadre de sa relation avec les professionnels de santé (2).

#### 1. Le déploiement d'un processus d'autonomisation juridique des patients au sein de la relation du soin

Le processus d'autonomisation juridique du patient au sein de la relation du soin a été entamé par la loi du 4 mars 2002 et conforté, notamment par une loi du 2 février 2016<sup>1442</sup>.

Originellement, la relation du soin se caractérisait par son caractère fortement inégalitaire au profit du médecin et au détriment du patient. Afin d'illustrer ce déséquilibre initial, les sociologues et les juristes s'appuyaient sur l'expression du « paternalisme médical. » Le terme de paternalisme est généralement utilisé pour décrire une attitude de bienveillance autoritaire, voire de contrôle et de domination justifiée par des raisons exclusivement relatives au bien, à la protection de la personne contrainte<sup>1443</sup>. En matière médicale, le paternalisme trouvait sa source dans la relation de confiance entre le médecin et le patient, qui impliquait pour le médecin une capacité absolue d'imposer sa volonté au malade qui n'avait ainsi comme seule liberté, la liberté de choisir son médecin, et comme seule obligation, celle de croire son médecin pour tout ce qui était relatif à sa prise en charge médicale<sup>1444</sup>. En ce sens, le premier Code de déontologie médicale de 1947 permettait aux médecins de dissimuler certaines informations à leurs patients<sup>1445</sup> et leur assignait l'obligation de s'efforcer d'imposer l'exécution de la décision médicale<sup>1446</sup>. Le paternalisme médical s'appuyait sur deux justifications principales. La première était relative à la figure du médecin

---

<sup>1442</sup> V. Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, JO 3 févr. 2016, texte n° 1.

<sup>1443</sup> V. JAUNAIT, Alexandre, « Comment peut-on être paternaliste ? Confiance et consentement dans la relation médecin-patient », *Raisons politiques*, n° 11, 2003, p. 59.

<sup>1444</sup> *Ibid.*

<sup>1445</sup> Art. 31 du CDM du 28 juin 1947.

<sup>1446</sup> Art. 30 du CDM du 28 juin 1947.

au sein de la relation du soin, considéré comme un personnage social apte à décider pour ses patients en raison de son savoir, de sa compétence en matière médicale, lui permettant de réaliser le bien-être de la personne malade. La deuxième justification se rapportait davantage à la figure traditionnellement passive du patient au sein de la relation du soin, considéré comme une personne frappée par la maladie, vulnérable et fragile et, par conséquent, inapte à prendre des décisions pour soi-même<sup>1447</sup>. Ainsi, pendant longtemps, « le médecin, sachant et puissant, ordonnait, le malade, soumis, obéissait ; les explications, les justifications ou recours sur une modalité de traitement étaient possibles mais rares, souvent même à peine souhaitées par le malade, la notion de consentement ne se posait pas ou bien peu.<sup>1448</sup> »

Par ailleurs, un parallèle pourrait être fait entre la nature inégalitaire de la relation médecin-patient et le déséquilibre traditionnel structurant le rapport entre l'administration et les administrés.

Comme l'explique le professeur Jacques Chevallier, dans le cadre du modèle classique de l'administration bureaucratique, le rapport entre l'administration et le public était un rapport de distance, sans réciprocité, marqué par les principes d'anonymat et de secret administratifs. De la même manière, il s'agissait d'un rapport de domination/sujétion, dans le cadre duquel l'administration disposait d'une autorité sur les administrés, sur laquelle ces derniers n'avaient pas d'action possible. La manifestation la plus flagrante de ce type de rapport était et reste le pouvoir de l'administration d'adopter des actes administratifs unilatéraux qui s'imposent en dehors du consentement de leurs destinataires et qui sont assortis, pour leur exécution, d'un privilège de préalable<sup>1449</sup>. En ce sens, à l'image du patient, l'administré était pendant longtemps conçu comme un simple objet de l'action administrative et non pas comme un sujet de droits face à l'administration. Il était assujéti à l'activité administrative à laquelle il devait obéir en toute circonstance, dans la mesure où celle-ci se justifiait par des motifs supérieurs, d'intérêt général.

Cependant, à partir des années 1970, un effort a été réalisé au vu de l'autonomisation juridique de l'administré dans sa relation avec l'administration dans le contexte d'une politique de modernisation de l'Etat et de l'administration. L'un des principaux volets de cette politique était relatif au rééquilibrage de la relation administration-administré. Ce processus

---

<sup>1447</sup> JAUNAIT, Alexandre, « Comment peut-on être paternaliste ? Confiance et consentement dans la relation médecin-patient », *op.cit.* ; LANTERO, Caroline, *Les droits des patients*, Paris, LGDJ, 2018, p. 15.

<sup>1448</sup> PETITJEAN, Elodie, PETITJEAN, Olivier (dir.), *Histoire de la relation médecin-malade*, Paris, L'Harmattan, 2018, p. 21.

<sup>1449</sup> CHEVALLIER, Jacques, *Science administrative*, Paris, PUF, 6<sup>e</sup> éd., 2019, p. 330-337.

est passé, tout d'abord, par la consécration et la mise en œuvre du droit à l'information administrative dans l'objectif de renverser les principes classiques du secret et de l'anonymat, pour fonder le fonctionnement administratif sur le principe de la transparence. En ce sens, le droit à l'information a été présenté comme le préalable nécessaire au rééquilibrage de la relation administrative. Ce droit était ainsi progressivement étendu en faveur des administrés par une série de réformes adoptées à la fin des années 1970, ayant posé le principe de liberté d'accès aux documents administratifs<sup>1450</sup>, le droit à la consultation des documents d'archives publiques<sup>1451</sup> ou encore l'exigence de motivation des actes administratifs<sup>1452</sup>. Le processus d'autonomisation juridique des administrés face à l'administration était par la suite constamment renforcé<sup>1453</sup>.

C'est ainsi que le processus d'autonomisation juridique de l'administré a précédé, mais a aussi influencé, le processus d'autonomisation juridique du patient. En effet, ce dernier processus se trouve fondé sur une logique similaire: la volonté d'équilibrer par le droit la relation socialement inégalitaire entre les professionnels de santé et les patients.

Par ailleurs, comme en matière administrative, l'autonomisation juridique du patient a impliqué la consécration d'un droit à l'information au profit de ce dernier. Le champ d'application du droit à l'information des usagers du système de santé est extrêmement vaste, ce qui ressort des dispositions de l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique. L'information qui doit être délivrée au patient est ainsi une information médicale au sens strict<sup>1454</sup>, mais aussi une information sur les modalités possibles de la prise en charge<sup>1455</sup>, voire sur le coût financier de l'acte médical envisagé<sup>1456</sup>. De la même manière, cette information doit être délivrée a priori, avant l'exécution de l'acte médical, mais également a posteriori, après cette exécution, notamment en cas d'identification de risques nouveaux liés à

---

<sup>1450</sup> Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, JO, 18 juill. 1978, p. 2851.

<sup>1451</sup> Loi n° 79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives, JO, 5 janv. 1979, p. 41.

<sup>1452</sup> Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public., JO, 12 juill. 1979, p. 1711.

<sup>1453</sup>V. en ce sens : Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, JO, 13 avr. 2000, p. 5646 ; CHEVALLIER, Jacques, « Le transformation de la relation administrative : mythe ou réalité », *D.*, 2000, p. 575 ; Loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un Etat au service d'une société de confiance, JO 11 août 2018, texte n° 1.

<sup>1454</sup> Il faut entendre la notion d'acte médical, sur lequel une information doit être délivrée au patient, au sens large. Entrent dans le champ de cette notion les actes médicaux à visée curative mais aussi à visée préventive, voire certains actes qui ne sont pas normalement considérés comme des actes médicaux comme c'est le cas de l'accouchement par voie basse : CE, 27 juin 2016, *CH de Poitiers*, n° 386165.

<sup>1455</sup> Ainsi, la possibilité d'une prise en charge à domicile ou à titre ambulatoire doit être signalée au patient, notamment en ce qui concerne la délivrance des soins palliatifs.

<sup>1456</sup> Art. L. 1111-3 du CSP.

l'acte médical qui a déjà été effectué. Par ailleurs, cette information doit être extrêmement complète en ce qui concerne les risques inhérents à l'acte médical. Chaque patient doit ainsi être informé des risques connus à réalisation fréquente, ainsi que des risques ayant un caractère grave et normalement prévisible, même lorsqu'ils ne se réalisent qu'exceptionnellement<sup>1457</sup>. Le droit à l'information des usagers du système de santé est constitutif d'une obligation à l'égard des professionnels de santé. En ce sens, en vertu de la jurisprudence, la violation par un professionnel de santé de son obligation d'information est susceptible de donner lieu à la réparation de deux préjudices distincts : le préjudice corporel, tiré de la perte de chance d'éviter un risque médical qui s'est réalisé, ainsi que le préjudice moral d'impréparation à la réalisation du risque<sup>1458</sup>. Par ailleurs, en cas de litige, la charge de la preuve de la délivrance de l'information incombe au professionnel de santé.

C'est ainsi, qu'à la liberté déontologique d'informer, qui existait pour le médecin à l'époque du paternalisme médical, s'est substituée une obligation juridique d'information pesant sur le professionnel de santé et consacrée sous forme de droit pour le patient. Or, au regard du régime juridique du droit à l'information dans le domaine de la santé, il émerge une nouvelle figure de l'usager du système de santé, qui est la figure du consommateur, sachant que l'information est, avant tout, une technique développée au sein de la réglementation consumériste afin « de protéger de manière exorbitante le consommateur et de compenser le déséquilibre naturel d'information qui l'oppose au professionnel. »<sup>1459</sup> On peut saisir ainsi l'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé dans la consécration du droit à l'information des patients. Cette influence se confirme lorsqu'on s'intéresse à d'autres droits consacrés au profit des patients au sein de la relation du soin. C'est le cas notamment du droit au consentement à l'acte de soins, dont le caractère absolu confère une prééminence à la volonté du patient dans son rapport avec le professionnel de santé.

## 2. La prééminence quasi-absolue des patients au sein de la relation du soin

Le consentement à l'acte de soins, qui consiste dans l'expression de l'accord du patient de subir un acte médical sur sa personne, était pendant longtemps ignorée dans le

---

<sup>1457</sup> V. sur ce point : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 oct. 2016, n° 15-16. 894 ; CE, 19 oct. 2016, *CH d'Issore*, n° 391538.

<sup>1458</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 23 janv. 2014, n° 12-22. 123 ; CE, 10 oct. 2012, n° 350426.

<sup>1459</sup> ROUSSET, Guillaume, *L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé*, Thèse, Bordeaux, LEH, 2009, p. 104. V. aussi CLEMENT, Jean-Marie, *Questions de politiques hospitalières*, Bordeaux, LEH, 2015, pp. 96-101.



cadre de la conception traditionnelle du rapport médecin-malade<sup>1460</sup>. Néanmoins, la nécessité de recueillir le consentement du patient a progressivement acquis de l'importance en droit de la santé et le consentement est devenu une condition de la licéité de l'acte médical. Cette nécessité a initialement été fondée sur la nature contractuelle de la relation du soin dans le secteur de la santé privé<sup>1461</sup>, avant d'être érigée en obligation déontologique pesant sur chaque médecin, quel que soit son statut et son mode d'exercice<sup>1462</sup>. Dans les années 1990, l'impératif du consentement à l'acte médical a été codifié au sein de l'article 16-3 du Code civil et l'exigence de son recueil a été fondée sur le principe constitutionnel du respect de la dignité de la personne humaine.

Or, le consentement à l'acte médical était conçu comme une technique juridique censée garantir le respect de l'interdiction de porter atteinte à l'intégrité physique d'une personne en dehors de l'expression formelle de sa volonté. En revanche, la règle du consentement avait une faible influence sur le déséquilibre traditionnel de la relation du soin. Elle n'avait pas pour conséquence d'autonomiser le patient face au médecin, dans la mesure où la décision médicale était toujours adoptée par ce dernier.

Dans l'optique d'une rupture avec le déséquilibre traditionnel de la relation du soin, la loi Kouchner a fait du consentement à l'acte médical un droit au profit des usagers du système de santé. Or, il existe deux éléments caractérisant le nouveau régime juridique du droit au consentement, qui permettent de constater que sa consécration a entraîné un renversement radical du déséquilibre initial de la relation du soin, pour faire du patient l'acteur principal au sein de cette relation. Il existe, en ce sens, une primauté quasi absolue attribuée à la volonté des patients pour l'adoption des décisions concernant leur santé. Cela résulte, d'un côté, de la consécration d'un droit à la codécision médicale entre le médecin et le patient (a) et, d'autre côté, de l'énonciation d'un droit au refus de soins au profit des patients (b).

- a. La logique de participation des patients dans l'adoption de la décision médicale via le mécanisme de la codécision

Au-delà d'un droit au consentement libre et éclairé préalable à l'exécution de l'acte médical, l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique dispose désormais que « toute personne prend avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des

---

<sup>1460</sup> *Supra*, p. 498.

<sup>1461</sup> Cass. civ 1<sup>re</sup>, 20 mai 1936, *Epoux Mercier*, préc.

<sup>1462</sup> Art. R. 4127-36 du CSP.

préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé ». Ce texte consacre un véritable droit à la codécision médicale au profit des patients. Ce terme a été utilisé par la doctrine juridique pour signifier l'adoption, désormais partagée, de la décision médicale entre le médecin et le patient<sup>1463</sup>. En ce sens, le consentement de la personne aux actes et traitements médicaux doit s'analyser désormais comme une condition de validité de la décision médicale, ce qui fait de l'usager du système de santé un coauteur de cette décision. C'est ainsi que se trouve entérinée l'évolution faisant passer d'un principe de bienveillance du médecin à un principe d'autonomie du patient au sein de la relation du soin<sup>1464</sup>. Cette disposition est également illustrative que le processus d'autonomisation juridique des patients dépasse, par ses effets et sa portée, le processus d'autonomisation juridique des administrés face à l'administration. En effet, en matière administrative, le consentement des administrés aux actes administratifs unilatéraux n'a pas d'incidence sur la validité de ces derniers. Par ailleurs, l'administration reste en principe l'auteur unique de ce type d'actes,<sup>1465</sup> qui s'imposent aux administrés nonobstant l'expression de leur consentement<sup>1466</sup>.

Cependant, la consécration du principe de la décision médicale partagée ne conduit pas de faire du patient l'auteur unique de la décision médicale. En effet, le processus de la codécision médicale implique un partage de responsabilité entre le médecin et le patient. Cette vision a été récemment confirmée par la jurisprudence administrative, qui a précisé que le principe de la liberté thérapeutique des médecins s'oppose à ce que les patients puissent leur imposer l'exécution d'un traitement médical déterminé<sup>1467</sup>. Le médecin reste, par conséquent, le décideur en ce qui concerne le contenu de la décision médicale, il détermine la solution thérapeutique répondant au problème de santé de son patient. Cela renvoie à la vision classique du médecin comme le détenteur du savoir et de la compétence au sein de la relation du soin. En revanche, le patient dispose désormais de la possibilité d'effectuer un choix entre plusieurs traitements qui peuvent lui être proposés par le médecin, voire de la possibilité de refuser les traitements proposés. Il a pleinement le statut de coauteur de la décision médicale,

---

<sup>1463</sup> V. LAUDE, Anne, MATHIEU, Bertrand, TABUTEAU, Didier, *Droit de la santé*, Paris, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 352. Pour une analyse globale de la question : CATHERINE, Aurore, « La codécision, entre mythe et réalité », in AFDA (dir.), *Consentement et santé*, Paris, Dalloz, 2014, p. 119.

<sup>1464</sup> TRUCHET, Didier, « Le consentement en droit de la santé », in CAVERNI, Jean-Paul, GORI, Roland (dir.), *Le consentement. Droit nouveau du patient ou imposture*, Paris, In Press, 2005, p. 27.

<sup>1465</sup> Cependant, dans certains cas, certains organismes consultatifs peuvent être considérés comme des coauteurs dans l'adoption de certaines décisions administratives lorsqu'ils ont reçu l'attribution de donner à l'administration un avis conforme préalablement à l'adoption de ces décisions.

<sup>1466</sup> V. AIDAN, Géraldine, « De la démocratie administrative à la démocratie sanitaire dans le secteur public de la santé », *RFAP*, 2011 n° 137-138, p. 139.

<sup>1467</sup> V. CE, réf., 26 juill. 2017, *Marchetti*, n° 412618.

en raison de son pouvoir d'approbation ou de refus de celle-ci<sup>1468</sup>. Cette logique est clairement en rupture avec la vision classique du patient comme personnage passif et soumis.

En ce sens, la technique de la codécision médicale renforce la puissance attribuée à l'autonomie de la volonté des patients dans le cadre de leur relation avec les professionnels de santé. Cela ne signifie pas, pour autant, que les usagers du système de santé disposent d'une prééminence absolue au sein de la relation de soins. Cependant, de point de vue juridique, la volonté du patient est censée en principe s'imposer aux professionnels de santé, ce qui se confirme par la consécration explicite d'un droit au refus de soins dont la portée a été récemment renforcée.

#### b. L'affirmation du droit au refus de soins

Dans le domaine de la santé, le droit au refus de soins est le corollaire du droit au consentement à l'acte médical. Son affirmation au sein du Code de la santé publique est illustrative de la transformation profonde de la relation du soin. En effet, historiquement, il incombait au médecin d'imposer l'exécution de l'acte médical à ses patients<sup>1469</sup>. Cependant, dans nos jours, les professionnels de santé sont tenus de se plier à la volonté de leurs patients, y compris lorsque ces derniers refusent les soins proposés. Dans une telle hypothèse, la seule obligation légale pour le médecin est d'informer la personne des conséquences de ses choix et de leur gravité et, éventuellement, de demander à celle-ci de réitérer sa décision dans un délai raisonnable, lorsque le refus de soins est susceptible de mettre sa vie en danger<sup>1470</sup>. Or, le droit au refus de soins est susceptible d'entrer en conflit avec certaines valeurs d'ordre public, qui constituent l'essence même de la mission dévolue aux médecins, comme c'est le cas de la protection de la santé, voire de la vie de la personne humaine.

Face à cette difficulté, la jurisprudence, au vu de l'absence d'une affirmation nette du droit au refus de soins dans le Code de la santé publique, notamment dans l'hypothèse d'urgence vitale pour le patient, a procédé à une certaine atténuation du droit au respect du consentement à l'acte médical. Le Conseil d'Etat avait ainsi posé le principe que les médecins pouvaient passer outre le refus de soins exprimé par un patient et délivrer les soins nécessaires

---

<sup>1468</sup> V. sur la question : BELRHALI, Hafida, *Les coauteurs en droit administratif*, Thèse, Paris, LGDJ, 2003.

<sup>1469</sup> *Supra*, p. 498.

<sup>1470</sup> Art. L. 1111-4, al. 3 du CSP.

lorsque deux conditions étaient réunies : l'acte en question devait être indispensable à la survie du patient et proportionné à son état de santé<sup>1471</sup>. Cette position jurisprudentielle a été considérée comme attentatoire au droit au consentement à l'acte médical posé par le législateur<sup>1472</sup>. Le juge administratif avait en quelque sorte renoué avec la bienfaisance, le paternalisme médical, en faisant primer en dernier ressort la nécessité médicale sur le droit au refus de soins<sup>1473</sup>. La question était délicate, dans la mesure où les juridictions judiciaires n'ont jamais expressément transposé cette solution dans le secteur sanitaire privé.

Face à ce mouvement jurisprudentiel, le législateur est intervenu pour souligner l'exigence du respect absolu du droit au refus de soins, lorsqu'il émane d'une personne consciente, en état d'exprimer sa volonté. Depuis la loi du 2 février 2016, le Code de la santé publique consacre de manière expresse le droit pour toute personne de refuser ou de ne pas recevoir un traitement<sup>1474</sup>. Le respect de cette volonté est érigé expressément en obligation pour le médecin, y compris lorsque le refus de soins met la vie du patient en danger. Avec cette réforme, le législateur est venu insister sur la nécessité de protéger le consentement des patients et de respecter leur volonté en toute circonstance. Le droit au consentement à l'acte médical a ainsi une portée absolue pour toutes les personnes qui se trouvent en état de l'exprimer.

La participation individuelle des usagers du système de santé dans l'adoption des décisions concernant leur santé et leur prise en charge a été complétée par l'aménagement d'une participation collective des usagers dans le processus d'organisation et du fonctionnement du système de santé. La démocratie sanitaire a ainsi fait émerger des droits participatifs collectifs des usagers du système de santé en tant que citoyens.

---

<sup>1471</sup> CE, Ass., 21 oct. 2011, *Mme Senanayaké*, n° 198546. CE, ord., 16 août 2002, *Mme Feuillatay*, n° 249552.

<sup>1472</sup> CLUZEL-METAYER, Lucie, « Le droit au consentement dans les lois des 2 janvier et 4 mars 2002 », *RDSS*, 2012, p. 442.

<sup>1473</sup> CASTAING, Cécile, « La nécessité médicale devant le juge administratif » in *Mél. en l'honneur de Jean-Marie Clément*, *op.cit.*, p. 69.

<sup>1474</sup> Art. L. 1111-4 al. 2 du CSP.

## **§ 2. L'aménagement de la participation collective des usagers à l'organisation et au fonctionnement du système de santé**

L'un des volets essentiels de la démocratie sanitaire réside dans l'aménagement d'un processus de participation collective des usagers dans l'organisation et dans le fonctionnement du système de santé<sup>1475</sup>.

Les droits-participations sont définis comme des droits qui permettent aux citoyens de s'impliquer dans le fonctionnement du jeu politique<sup>1476</sup>. A partir de cette définition, il apparaît que les droits-participations appartiennent en principe aux citoyens dans leurs rapports avec la communauté politique. L'exercice de ce type de droits se trouve a priori circonscrit au sein de la sphère politique. En ce sens, le processus de participation collective des citoyens apparaît comme indissociable de la démocratie politique. En effet, comme le remarque le professeur Jacques Chevallier, la notion de démocratie renvoie « à une certaine conception de l'ordre politique<sup>1477</sup> », « à un certain modèle d'organisation politique.<sup>1478</sup> » Dans sa conception libérale, la démocratie est un régime politique au sein duquel le pouvoir souverain est détenu par la collectivité des citoyens. Cependant, les citoyens n'exercent pas directement le pouvoir, mais par l'intermédiaire de ses représentants. Réunis au sein des assemblées nationales, les représentants adoptent des lois qui sont censées exprimer la volonté générale du peuple représenté et qui n'ont pas, par conséquent, besoin d'une ratification populaire pour être valides et obligatoires<sup>1479</sup>. Or, au sein des démocraties représentatives, les citoyens sont censés participer dans l'exercice du pouvoir politique par le biais de leur droit de suffrage qui comporte le droit d'élire ou le droit d'être élu ou éligible en tant que parlementaire national<sup>1480</sup>. En ce sens, les citoyens peuvent être définis comme des nationaux qui concourent à l'exercice de la souveraineté nationale par le biais des droits participatifs tels que le droit de vote et d'éligibilité<sup>1481</sup>.

---

<sup>1475</sup> Cette dimension renvoie à une conception stricte de la notion de démocratie sanitaire .

<sup>1476</sup> FAVOREU, Louis et al., *Droit des libertés fondamentales, op.cit.*, p. 355.

<sup>1477</sup> CHEVALLIER, Jacques, « Démocratie sanitaire et citoyenneté administrative », *RDSS* 2016, p. 487.

<sup>1478</sup> CHEVALLIER, Jacques, « De l'administration démocratique à la démocratie administrative », *RFAP*, n° 137-138, 2011, p. 217.

<sup>1479</sup> V. ROUVILLOIS, Frédéric, *Droit constitutionnel. Fondements et pratiques*, Paris, Flammarion, 6<sup>e</sup> éd., 2017, p. 209 et s.

<sup>1480</sup> FAVOREU, Louis et al., *Droit des libertés fondamentales, op.cit.*, p. 355.

<sup>1481</sup> Conseil d'Etat, *La citoyenneté. Etre (un) citoyen aujourd'hui*, Etude annuelle, 2018, synthèse, p. 12, disponible sur <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes-annuelles/etude-annuelle-2018-la-citoyennete-etre-un-citoyen-aujourd-hui>.

Au regard de cette présentation classique, il peut paraître assez paradoxal de constater le développement d'une citoyenneté et des droits participatifs dans le champ de l'organisation administrative du système de santé. Cela est d'autant plus paradoxal, étant donné que les autorités administratives sont censées fonctionner de manière démocratique, dans la mesure où elles sont placées sous l'autorité de la loi votée par les représentants du peuple qu'elles ont pour fonction d'exécuter<sup>1482</sup>. Cependant, en raison de l'insuffisance de la démocratie politique et représentative « à produire de la vie démocratique à un niveau d'intensité suffisant<sup>1483</sup> », la démocratie a connu un rayonnement dans le champ administratif. Le développement de ce phénomène s'explique également au regard du contexte français de la V<sup>ème</sup> République, où le Gouvernement et les autorités administratives se sont substitués au Parlement « comme centre d'action de l'Etat<sup>1484</sup>. »

En ce sens, la démocratie administrative doit être pensée et définie de manière autonome par rapport à la démocratie politique. Elle est censée compléter cette dernière, en introduisant une forme de démocratie plus concrète et quotidienne. La démocratie administrative repose sur l'octroi aux citoyens de droits de participation à l'action administrative. La participation apparaît, en ce sens, comme un deuxième instrument permettant d'obtenir « l'adhésion des administrés à l'action administrative à côté de l'explication et de l'information<sup>1485</sup>. » La consécration des droits participatifs dans le champ administratif a fait émerger une nouvelle forme de citoyenneté en dehors de la sphère politique, la citoyenneté administrative dans le cadre des rapports des usagers et des citoyens avec les autorités administratives.

En ce sens, la démocratie sanitaire se présente comme une déclinaison sectorielle de la démocratie administrative. La participation collective des usagers du système de santé est censée permettre leur association à l'élaboration et à l'adoption des décisions relatives à l'organisation administrative du système de santé et au fonctionnement des institutions sanitaires et hospitalières. L'existence de ce volet collectif de la démocratie sanitaire permet, en outre, de saisir la figure de citoyens des usagers du système de santé, qui se distingue nettement de la figure du patient et de la personne malade. C'est la loi Kouchner du 4 mars

---

<sup>1482</sup> FAURE, Bertrand, « Les deux conceptions de la démocratie administrative », *RFDA* 2013, p. 709.

<sup>1483</sup> AUBY, Jean-Bernard, « Remarques préliminaires sur la démocratie sanitaire », *RFAP*, n° 137-138, 2011, p. 13.

<sup>1484</sup> TESTARD, Christophe, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, Thèse, Paris, LGDJ, 2018.

<sup>1485</sup> RIVERO, Jean, « A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », in *Mél. Savatier*, 1964, p. 822.

2002 qui a généralisé la participation collective des usagers à tous les niveaux du système de santé français(A). Par la suite, la loi Touraine du 26 janvier 2016 est venue renforcer l'efficacité de la participation collective des usagers du système de santé (B).

#### A. La généralisation de la participation collective des usagers du système de santé

Le principe de la participation des usagers du système de santé à la détermination de la politique de santé, à l'organisation administrative et au fonctionnement du système de santé a été consacré et généralisé en droit positif par la loi Kouchner du 4 mars 2002. Avant l'adoption de cette réforme, la participation des usagers était essentiellement circonscrite dans le champ du service public hospitalier. Ce sont les réformes sanitaires des années 1990, qui ont consacré la démarche de participation des usagers du service public hospitalier au sein des organes de délibération des établissements publics de santé<sup>1486</sup>. En ce sens, la loi du 4 mars 2002 avait prolongé la logique initiale de participation collective des usagers, en consacrant le droit de participation au profit de l'ensemble des usagers du système de santé. C'est ainsi que le principe de la participation collective des usagers concerne désormais tous les niveaux de l'organisation et du fonctionnement du système de santé (1). Toutefois, l'originalité de cette participation collective des usagers dans le domaine de la santé est qu'elle est censée s'exprimer sur la base du mécanisme de la représentation (2).

##### 1. Les dimensions multiples de la participation collective des usagers du système de santé

La généralisation de la participation collective des usagers dans le domaine de la santé, ainsi que les différentes formes par lesquelles celle-ci est censée s'exprimer, permettent de constater qu'elle s'inscrit pleinement au sein d'une logique plus globale de développement de la démocratie administrative.

En ce sens, le professeur Jean-Bernard Auby précise que l'un des volets de la démocratie administrative est la démocratie organique, qui vise l'implication des usagers

---

<sup>1486</sup> V. art. 8 de la loi n° 91-748 du 31 juill. 1991 qui prévoit la possibilité pour les représentants des familles des malades accueillis en long séjour d'assister aux réunions des conseils d'administration avec voix consultative ; art. 42 de l'ordonnance n° 96-346 du 24 avr. 1996 qui intègre les représentants des usagers au sein de la composition des conseils d'administration qui peuvent y siéger avec voix délibérative.

« dans les processus internes de l'administration, en leur permettant d'être représentés au sein des institutions administratives<sup>1487</sup>. » Ce constat s'impose avec évidence en ce qui concerne la participation collective des usagers du système de santé, qui trouve une réalisation au sein des instances internes des autorités administratives sanitaires et des établissements de santé. Les usagers du système se trouvent associés à la gestion des établissements de santé au travers de la commission des usagers<sup>1488</sup> et participent obligatoirement à la gestion des établissements prenant en charge le service public hospitalier<sup>1489</sup>. Cependant, la participation organique des usagers du système de santé dépasse le champ strictement hospitalier pour se concrétiser au sein des différentes instances sanitaires. Les usagers du système de santé participent, en ce sens, aux conseils de surveillance des agences régionales de santé, qui assument la fonction de régulation du système de santé au niveau régional<sup>1490</sup>. De la même manière, la réforme du système de santé du 26 janvier 2016 avait généralisé la participation des usagers du système de santé dans les conseils d'administration de la plupart des agences sanitaires nationales<sup>1491</sup>, à l'exception notable de la Haute autorité de santé.

En outre, la démocratie administrative est souvent décrite comme une démarche de démocratie délibérative, dans le sens où l'adoption des décisions administratives se trouve systématiquement précédée par des procédures préalables de débats, de discussions collectives qui sont censées améliorer le contenu de la décision finale. L'intérêt de ce type de procédures est de permettre à toutes les personnes concernées par une décision administrative d'exprimer leur point de vue avant l'adoption de celle-ci. En ce sens, la démocratie administrative délibérative renforce l'efficacité et favorise l'acceptabilité sociale de l'action publique<sup>1492</sup>. Or, la participation collective des usagers du système de santé s'inscrit au sein du modèle de la démocratie délibérative, dans la mesure où les usagers sont appelés à siéger au sein de différents organismes constitués au niveau national<sup>1493</sup>, régional<sup>1494</sup> et territorial,<sup>1495</sup>

---

<sup>1487</sup> AUBY, Jean-Bernard, « Remarques préliminaires sur la démocratie sanitaire », *op.cit.*

<sup>1488</sup> Art. L. 1112-3 du CSP.

<sup>1489</sup> Art. L. 6112-2-II-1° du CSP.

<sup>1490</sup> Art. L. 1432-3-4° du CSP ; sur les Agences régionale de santé v. *infra* p. 528.

<sup>1491</sup> BIOSSE DUPLAN, Alexandre, *Démocratie sanitaire. Les usagers dans le système de santé*, *op.cit.*, p. 157. V. par ex. art. L. 1413-9 du CSP (conseil d'administration de l'Agence nationale de santé publique) ; art. L. 1222-5 du CSP (conseil d'administration de l'Etablissement français du sang) ; art. L. 5322-1 du CSP (conseil d'administration de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé).

<sup>1492</sup> V. CHEVALLIER, Jacques, « La démocratie délibérative : mythe et réalité » in *Politique, communication et technologies. Mél en hommage à Lucien Sfez*, Paris, PUF, 2006, p.75 ; Conseil d'Etat, *Consulter autrement, participer effectivement*, Rapport public 2011, Paris, La documentation française.

<sup>1493</sup> V. art. L. 1411-3 du CSP qui prévoit l'existence d'une Conférence nationale de santé placée auprès du ministre chargé de la santé qui a pour objet de permettre la concertation sur les questions de santé.



dont la mission principale est de débattre sur les projets de décisions des autorités publiques en matière de santé. Par ailleurs, la participation des usagers du système de santé dans les instances sanitaires et hospitalières est fondée sur la même logique de concertation préalable entre les membres de l'organe délibérant avant l'émission de la délibération finale.

Cependant, l'un des éléments majeurs qui singularisent la démocratie administrative, et qui la distinguent de la démocratie politique, est la nature essentiellement consultative de la première. Cela signifie que la participation des citoyens au processus décisionnel administratif s'effectue par le biais de la formulation des avis, portant sur les projets des décisions de l'administration<sup>1496</sup>. En ce sens, la participation collective des usagers du système de santé s'effectue, elle aussi, prioritairement sur la base de mécanismes consultatifs. A titre d'exemple, la Conférence nationale de santé est consultée par le gouvernement lors de l'élaboration de la stratégie nationale de santé, alors que la Conférence régionale de la santé et de l'autonomie émet un avis sur le projet régional de santé<sup>1497</sup>.

La participation des usagers du système de santé dans l'organisation du système de santé a, par conséquent, plusieurs dimensions et se matérialise selon les procédés classiques de la démocratie administrative. Néanmoins, la participation collective des citoyens dans le domaine sanitaire présente un point d'originalité, dans la mesure où elle est censée s'exprimer par le biais du mécanisme de la représentation.

## 2. Le mécanisme de la représentation comme mode d'expression de la participation collective des usagers du système de santé

L'un des traits distinctifs de la démocratie administrative, qui permet de la distinguer de la démocratie politique,<sup>1498</sup> est la nature essentiellement directe de cette démocratie. Cela signifie que la démocratie administrative privilégie la participation directe des citoyens aux processus décisionnels administratifs, ce qui s'effectue par le biais d'un certain nombre de mécanismes procéduraux aménagés en ce sens, comme c'est le cas des enquêtes publiques,

---

<sup>1494</sup> Art. L. 1432-4 du CSP qui est relatif à la Conférence régionale de la santé et de l'autonomie qui est un organisme de la démocratie sanitaire qui réunit tous les acteurs intéressés pour les associer à la détermination de la politique régionale de santé.

<sup>1495</sup> Art. L. 1434-10 du CSP qui prévoit, dans chaque territoire de démocratie sanitaire, la constitution des conseils territoriaux de santé.

<sup>1496</sup> V. LE CLAINCHE, Michel, « L'administration consultative, élément constitutif ou substitut de la démocratie administrative ? », *RFAP* n° 137-138, 2011, p. 39.

<sup>1497</sup> V. *Infra*, p. 516.

<sup>1498</sup> La démocratie politique repose, quant à elle, sur une logique de représentation. Les représentants sont élus par le peuple et sont censés agir et décider en nom de celui-ci.

des concertations publiques ou encore des débats publics<sup>1499</sup>. On retrouve une illustration du modèle de la démocratie administrative directe en matière environnementale, où toute une série de procédures ont été mises en place afin d'organiser la participation directe du public à l'élaboration et à l'adoption des plans, programmes, projets<sup>1500</sup> et des décisions publiques<sup>1501</sup> ayant une incidence sur l'environnement.

Cependant, la participation collective des usagers du système de santé s'écarte de ce modèle classique de la démocratie participative directe. La participation dans le domaine sanitaire s'effectue selon une logique de représentation des usagers par les associations de santé. En effet, des procédures qui sollicitent la participation directe des citoyens existent, mais ont une place limitée dans le cadre de la démocratie sanitaire<sup>1502</sup>. Les associations des usagers du système de santé constituent le pivot de la démocratie sanitaire et l'article L. 1114-1 du Code de la santé publique prévoit expressément que ce sont les associations agréées qui représentent les usagers du système de santé dans les instances hospitalières ou de santé publique. La loi Touraine du 26 janvier 2016 a consolidé ces associations dans leur rôle d'interlocuteurs privilégiés des pouvoirs publics, en prévoyant leur regroupement au niveau national dans une sorte de fédération qui est l'Union nationale des associations agréées d'usagers du système de santé<sup>1503</sup>.

Toutefois, le recours à la logique représentative dans le domaine de la démocratie sanitaire repose sur des solides arguments. Comme l'explique le professeur Jacques Chevallier, les droits participatifs reconnus aux usagers du système de santé sont également des droits collectifs, dont l'exercice implique la médiation des structures capables de les porter<sup>1504</sup>. Par ailleurs, la démocratie sanitaire ne se limite pas à une démarche d'association au processus décisionnel des seuls usagers du système de santé, mais implique, au-delà, qu'un droit de participation en la matière soit octroyé à l'ensemble des acteurs impliqués, d'une manière ou d'une autre, dans le fonctionnement du système de santé : les usagers du système de santé, mais aussi les professionnels de santé, les représentants des établissements de santé, les organismes de l'Assurance maladie, les élus locaux. C'est pour cette raison, que la

---

<sup>1499</sup> AUBY, Jean-Bernard, « Remarques préliminaires sur la démocratie sanitaire », *op.cit*

<sup>1500</sup> Les procédures privilégiées en la matière sont les débats publics et les concertations préalables organisées par la Commission nationale du débat public ; V. Art. L. 121-8 et s. du Code de l'env.

<sup>1501</sup> Le Code de l'environnement organise un recours à la procédure de l'enquête publique ; V. art. L. 123-1 et s. du Code de l'env.

<sup>1502</sup> V. TRUCHET, Didier, « Les instruments juridiques de la démocratie sanitaire », in CASTAING, Cécile (dir.), *La démocratie sanitaire : mythe ou réalité*, Bordeaux, LEH, 2014, p. 23.

<sup>1503</sup> V. art. L. 1114-6 du CSP.

<sup>1504</sup> CHEVALLIER, Jacques, « Démocratie sanitaire et citoyenneté administrative », *op.cit*.

concertation avec le décideur public ne pourrait être organisée que par l'intermédiaire de représentants censés défendre et porter les intérêts catégoriels de chaque groupe d'acteurs concernés par les décisions touchant à l'organisation du système de santé.

Cependant, la représentation des usagers par les associations agréées a pu également être considérée comme un facteur d'affaiblissement de l'efficacité de la participation collective des usagers du système de santé.<sup>1505</sup>

En ce sens, une première incertitude porte sur la capacité réelle des associations de santé d'être la porte-parole des citoyens dans les instances sanitaires et hospitalières, ainsi qu'au sein des organismes spécifiquement dédiés à l'expression de la démocratie sanitaire. En effet, les associations des personnes malades et des usagers du système de santé se caractérisent par leur hétérogénéité, par la diversité de leurs objets et de leurs activités et par la fragmentation de leurs mobiles. Pour cette raison, la représentation qu'elles assurent peut apparaître comme « catégorielle, insuffisante et partielle<sup>1506</sup>. » La fragilité principale en la matière consisterait dans le fait que les associations de santé ne sont pas en mesure de défendre les intérêts des citoyens dans leur ensemble, dans la mesure où elles auraient tendance à représenter davantage les intérêts des membres qui les composent.

La deuxième critique principale en la matière se réfère au mode de désignation des représentants des usagers du système de santé. Le mécanisme qui a été retenu est celui de la reconnaissance par les pouvoirs publics de la représentativité des associations, qui s'effectue dans le cadre d'une procédure d'agrément<sup>1507</sup>. L'agrément est un mode de désignation administratif par lequel l'administration confère à certains organismes le bénéfice de certains avantages, facultés ou prérogatives<sup>1508</sup>. Or, en principe, c'est le mode électoral qui est « la première expression<sup>1509</sup> » de la démocratie représentative dans le domaine politique et qui est souvent conçu comme « le seul principe susceptible d'assurer une assise démocratique suffisante<sup>1510</sup> » aux représentants. Dans certaines hypothèses, le mécanisme de l'élection est

---

<sup>1505</sup> V. MOQUET-ANGER, Marie-Laure, « La représentation des usagers dans les instances hospitalières ou de santé publique », *JCP A*, n° 15, avr. 2006, ét. 2094 ; MOQUET-ANGER, Marie-Laure, « La réalité de la démocratie sanitaire » in CASTAING, Cécile (dir.), *La territorialisation des politiques de santé*, Bordeaux, LEH, 2012, p. 173.

<sup>1506</sup> MOQUET-ANGER, Marie-Laure, « La réalité de la démocratie sanitaire », *op.cit.*, p. 188.

<sup>1507</sup> Les associations des usagers du système de santé peuvent faire l'objet d'un agrément national délivré par le ministre chargé de la santé ou, le cas échéant, d'un agrément régional délivré par le directeur général de l'ARS, V. art. R. 1114-9 du CSP.

<sup>1508</sup> CORNU, Gérard, *Vocabulaire juridique*, *op.cit.*, p. 49.

<sup>1509</sup> MOQUET-ANGER, Marie-Laure, « La réalité de la démocratie sanitaire », *op.cit.*, p. 187.

<sup>1510</sup> TESTARD, Christophe, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, *op. cit.*, p. 11.

transposé dans le champ de la démocratie administrative pour la désignation des représentants de certains usagers<sup>1511</sup>. Cependant, un tel choix n'a pas été retenu dans le domaine de la démocratie sanitaire, ce qui pourrait remettre en cause la légitimité de la représentation des usagers du système.

Néanmoins, la procédure d'agrément, qui existe pour les associations des usagers du système de santé, ne peut pas être considérée comme insuffisamment légitime. Ainsi, l'appréciation de la représentativité des associations n'est pas laissée à la discrétion de l'administration. Elle se trouve, en réalité, conditionnée par des critères légaux stricts qui s'imposent aux autorités administratives compétentes<sup>1512</sup>. De la même manière, l'adoption de la décision d'agrément est entourée d'une garantie procédurale importante, dans la mesure où elle doit être prise sur l'avis conforme de la Commission nationale d'agrément<sup>1513</sup>.

Un dernier reproche, elle est également considérée comme un frein potentiel à l'effectivité de la participation collective des usagers du système de santé, liée à l'absence d'un statut des représentants des usagers. En effet, la reconnaissance d'un tel statut a été considérée comme une démarche indispensable pour permettre aux représentants de disposer de tous les moyens nécessaires pour s'investir pleinement dans leur mission. Le rapport Compagnon de 2014 est venu insister sur cette faiblesse de la participation collective des usagers du système de santé, en préconisant la construction d'un statut juridique des représentants des usagers<sup>1514</sup>. Cependant, la loi de modernisation du système de santé du 26 janvier 2016 n'a pas suivi toutes les préconisations émises par le rapport Compagnon. En effet, le seul dispositif qui a été adopté en la matière réside dans la reconnaissance d'une obligation de formation délivrée aux représentants donnant lieu au versement d'une indemnité<sup>1515</sup>. En revanche, d'autres aspects du statut juridique du représentant des usagers du système de santé n'ont pas encore été réglés, notamment en ce qui concerne le soutien financier à apporter pour l'exercice de cette mission, ou encore la protection juridique susceptible d'être octroyée aux représentants-lanceurs d'alerte.

La participation collective des usagers des systèmes de santé a été généralisée à tous les niveaux système de santé français. Cependant, il existe plusieurs facteurs qui affaiblissent l'exercice concret des droits participatifs des usagers, en remettant en cause l'efficacité du

---

<sup>1511</sup> Par exemple, les représentants des étudiants dans les instances universitaires font l'objet d'une élection par les étudiants eux-mêmes.

<sup>1512</sup> V. art. L. 1114-1 du CSP et R. 1114-1 à R. 1114-4 du CSP.

<sup>1513</sup> Art. R. 1114-5 à R. 1114-8 du CSP.

<sup>1514</sup> COMPAGNON, Claire, *Pour l'an II de la démocratie sanitaire*, op.cit., p. 21.

<sup>1515</sup> Art. L. 1114-1-II du CSP.

processus de participation collective dans le domaine de la santé. Pour cette raison, l'un des axes de la réforme Touraine de 2016 a été de redonner une nouvelle impulsion à la démocratie sanitaire et aux droits collectifs des usagers du système de santé.

#### B. La recherche de renforcement de l'efficacité de la participation collective des usagers du système de santé

La démocratie sanitaire a pu être analysée comme une fiction, en raison de l'efficacité mitigée du processus d'association des citoyens à l'organisation et au fonctionnement du système de santé<sup>1516</sup>. Il existe différents facteurs qui affaiblissent la portée de la participation collective des usagers du système de santé (1). Pour cette raison, il a fallu adopter de nouvelles mesures juridiques au vu de l'amélioration de cette participation collective(2).

##### 1. L'existence de facteurs d'affaiblissement de la portée de la participation collective des usagers du système de santé

L'efficacité de la participation collective des usagers du système de santé est conditionnée par la capacité d'influence de leurs opinions sur la décision finale adoptée par les autorités sanitaires ou hospitalières. Cependant, cette influence semble restreinte dans le domaine de la santé. Il existe un certain nombre d'éléments, qui ont été soulignés par la doctrine juridique, qui sont susceptibles d'expliquer ce phénomène.

En premier lieu, dans la plupart des hypothèses, la participation des usagers du système de santé au processus décisionnel a une valeur purement consultative. Les usagers ne disposent pas d'un pouvoir décisionnel en la matière et par conséquent, toutes les décisions qui touchent à l'organisation administrative du système de santé ont pour auteur unique les autorités administratives.

Cette absence de pouvoir décisionnel conféré aux citoyens est également une caractéristique propre à la démocratie administrative, qui la distingue nettement de la démocratie politique<sup>1517</sup>. Dans la sphère politique, les citoyens, par le biais de leurs représentants, sont censés avoir une emprise totale à la fois sur le processus d'adoption, et sur

---

<sup>1516</sup> V. RACHET-DARFEUILLE, Véronique, « La démocratie sanitaire... ou quand la forme l'emporte sur le fond », *RGDM*, n° 12, 2004, p. 17.

le contenu des décisions politiques. En revanche, dans la sphère administrative, l'association des citoyens s'opère essentiellement par l'émission des avis de leur part, mais qui ne lient pas en principe les autorités administratives. En ce sens, dans le cadre de la démocratie administrative, le dernier mot reste réservé à l'autorité publique qui décide toute seule<sup>1518</sup>. Il est extrêmement rare que les citoyens disposent des procédés leur permettant d'influencer les décisions des autorités administratives. Néanmoins, un exemple notable peut être donné avec la procédure du referendum local décisionnel, qui existe dans le domaine de la démocratie locale et qui permet aux électeurs d'une collectivité territoriale d'adopter eux-mêmes un projet de délibération ou d'acte tendant à régler une affaire relevant de la compétence de la collectivité en question<sup>1519</sup>.

De la même manière, dans le cadre de la démocratie sanitaire, il apparaît que la participation collective des usagers du système de santé n'a pas la même portée que la participation individuelle des patients. En effet, en droit français, le patient a été érigé en un coauteur des décisions relatives à sa santé et à sa prise en charge par les professionnels de santé et par les établissements de santé<sup>1520</sup>. En revanche, les usagers du système de santé et leurs associations n'apparaissent pas comme des acteurs actifs dans le processus d'organisation du système de santé, puisque le droit français ne prévoit en la matière aucun partage du pouvoir décisionnel entre les autorités publiques et les citoyens. Ces derniers restent ainsi dépossédés du pouvoir d'influence sur la détermination de la politique de santé.

La faible portée attachée à la participation collective des usagers du système de santé s'affirme également au travers de l'examen des attributions conférées à certains organismes spécialement dédiés à l'expression de la démocratie sanitaire, comme la Conférence nationale de santé<sup>1521</sup> et la Conférence régionale de la santé et de l'autonomie<sup>1522</sup>. Le Code de la santé publique souligne le rôle purement consultatif de ces deux organismes, qui peuvent émettre des propositions à destination des autorités publiques et qui sont obligatoirement consultés avant l'adoption de certains actes relatifs à la détermination de la politique de santé au niveau national et à la déclinaison de celle-ci au niveau régional. En ce sens, la Conférence nationale de santé est consultée par le Gouvernement lors de l'élaboration de la stratégie nationale de santé, alors que la Conférence régionale de la santé et de l'autonomie émet un avis sur le

---

<sup>1518</sup> RIVERO, Jean, « A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », *op.cit.*, p. 823.

<sup>1519</sup> V. art. LO 1112-1 à LO 1112-14-2 du CGCT et art. R. 1112-1 à R. 1112-17 du CGCT.

<sup>1520</sup> *Supra*, p. 502 et s.

<sup>1521</sup> Art. L. 1411-3 du CSP.

<sup>1522</sup> Art. L. 1432-4 du CSP.

projet régional de santé. Cependant, il apparaît clairement que les propositions formulées par ces deux conférences ne sont pas impératives et les avis qu'elles rendent ne sont pas conformes. Cela implique que les opinions émises dans le cadre de ces deux institutions de la démocratie sanitaire ne lient pas les autorités administratives pour l'adoption de leurs décisions finales.

Cependant, dans certaines hypothèses, la participation collective des usagers du système de santé peut s'exprimer dans le cadre d'instances disposant d'un pouvoir décisionnel. Ainsi, les représentants des usagers du système de santé siègent avec voix délibérative au sein des conseils de surveillance des agences régionales de la santé, ainsi qu'au sein des conseils de surveillance des établissements publics de santé. Cependant, même dans le cadre de ces instances délibérantes, la portée de la participation des usagers du système de santé se trouve atténuée. Le premier facteur qui explique cette faiblesse est lié aux attributions décisionnelles réduites des conseils de surveillance dans lesquels siègent les représentants des usagers. Ces organes ont une faible emprise sur le processus décisionnel au sein des agences régionales de santé et des établissements publics de santé, où la grande partie du pouvoir décisionnel appartient aux directeurs<sup>1523</sup>. De la même manière, il s'agit d'instances collégiales, dans lesquelles le nombre des représentants des usagers du système de santé apparaît comme insuffisant par rapport au nombre des représentants des autres catégories d'acteurs représentés<sup>1524</sup>.

Ces faiblesses qui entourent la participation collective des usagers du système de santé ont amené à un constat : celui du besoin de renforcement de la démocratie sanitaire par l'octroi d'une place plus importante aux citoyens dans la détermination de la politique nationale de santé et dans l'organisation administrative du système de santé, ainsi qu'aux usagers du système de santé dans la gestion des institutions sanitaires et hospitalières. La loi Touraine du 26 janvier 2016 a en partie amélioré les conditions d'exercice des droits participatifs collectifs des usagers du système de santé, sans pour autant que ce processus soit complètement achevé.

---

<sup>1523</sup> Sur le partage du pouvoir décisionnel entre le conseil de surveillance et le directeur au sein des établissements publics de santé : V. : *Supra*, p. 257 et s.

<sup>1524</sup> V. art. D. 1432-15 du CSP sur la composition des conseils de surveillance des ARS, qui ne comportent que trois représentants des usagers du système de santé sur 25 membres avec voix délibérative au totale ; Pour ce qui est de la composition des conseils de surveillance des établissements publics de santé, le nombre de leurs membres varie entre neuf, pour les établissements de ressort communal, et quinze pour les autres établissements, mais ils ne comportent, en général, que deux représentants seulement des usagers du système de santé : art. R. 6143-1 à R. 6143-3 du CSP.

## 2. L'amélioration partielle de la participation collective des usagers du système de santé

La loi de modernisation du système de santé du 26 janvier 2016 comporte un quatrième titre relatif au renforcement de l'efficacité des politiques publiques et de la démocratie sanitaire. L'une des ambitions affichées par le législateur a été d'améliorer la démarche de participation collective des usagers à l'organisation et au fonctionnement du système de santé. Cependant, l'amélioration qui a été effectuée en ce sens semble partielle. La loi Touraine ne remet pas en cause les grands principes selon lesquels s'effectue l'exercice des droits collectifs des usagers dans le domaine sanitaire. Cette participation reste ainsi essentiellement fondée sur la représentation par les associations de santé. La réforme de 2016 n'intensifie pas le recours aux procédés de la participation directe des citoyens dans l'organisation du système de santé. De la même manière, la participation collective des usagers du système de santé conserve sa nature essentiellement consultative. Aucun pouvoir décisionnel n'est consacré au profit des usagers et de leurs associations dans l'adoption des décisions publiques importantes relatives au fonctionnement du système de santé.

Or, le renforcement de l'efficacité de la participation collective des usagers du système de santé a été développé à certains niveaux particuliers du système de santé. La réforme du 26 janvier 2016 a érigé le niveau territorial en niveau privilégié de l'exercice des droits collectifs des citoyens dans le domaine sanitaire (a). De la même manière, la participation collective des usagers du système de santé a été renforcée au sein des établissements de santé (b).

### a. Le niveau territorial comme pivot de la participation collective des usagers du système de santé

La loi du 26 janvier 2016 a approfondi la logique de territorialisation de l'organisation du système de santé français, en érigeant le niveau territorial en niveau prioritaire d'exercice des droits collectifs des usagers du système de santé.

En ce sens, la réforme de 2016 est à l'origine d'une nouvelle notion qui est la notion de territoire de démocratie sanitaire. Les territoires de démocratie sanitaires se substituent aux



anciens territoires de santé, qui étaient définis comme des espaces géographiques d'organisation de l'offre de soins de santé, de sorte que la population y résidant puisse accéder à des soins de qualité dans des conditions d'une proximité suffisante<sup>1525</sup>. Il appartient désormais à chaque agence régionale de santé de délimiter à l'échelle infrarégionale les territoires de démocratie sanitaire<sup>1526</sup>. Le Code de la santé publique distingue ainsi les territoires de démocratie sanitaire des zones de répartition de l'offre de soins<sup>1527</sup>. Il apparaît, par conséquent, que les territoires de démocratie sanitaire constituent les espaces géographiques destinés à la conception de l'organisation territoriale de l'offre de soins, qui sera par la suite déclinée dans le cadre des zones de répartition de l'offre de soins. Le recours à la notion de territoire de démocratie sanitaire, qui a été présentée comme une « formule pompeuse et obscure<sup>1528</sup> », implique que le processus d'organisation de l'offre de soins au niveau territorial s'appuie désormais, non pas sur le pouvoir organisationnel unilatéral des agences régionales de santé, mais sur un processus démocratique, sur une démarche de concertation avec l'ensemble des acteurs du système de santé, y compris les usagers du système de santé, qui sont présents dans le cadre des territoires de démocratie sanitaire. En ce sens, l'article R. 1434-29 du Code de la santé publique précise que la délimitation des territoires de démocratie sanitaire doit permettre la mise en cohérence des projets de l'agence régionale de santé avec ceux des collectivités territoriales et des professionnels de santé, mais aussi la prise en compte de l'expression des acteurs du système de santé et notamment des usagers.

Il existe un deuxième élément, qui est également censé renforcer la participation des usagers du système de santé au processus d'organisation territoriale du système de santé. Cet élément est lié à la création d'un nouvel organisme au niveau des territoires de démocratie sanitaire qui est le conseil territorial de santé<sup>1529</sup>. Ce conseil est censé se substituer aux anciennes conférences de territoire, qui étaient mises en place par la loi Bachelot du 21 juillet 2009. Cependant, en tant qu'organismes de la démocratie sanitaire, les conférences de territoires disposaient d'attributions réduites qui ne leur permettaient pas de s'impliquer efficacement dans le processus d'organisation du système de santé au niveau territorial. Or,

---

<sup>1525</sup> V. art. 5 de l'ord. n° 2003-850 du 4 sept. 2003, qui est à l'origine du concept de territoire de santé, qui s'est substitué aux anciens secteurs sanitaires dans le cadre de la planification de l'offre de soins.

<sup>1526</sup> Art. L. 1434-9-1° du CSP.

<sup>1527</sup> Art. L. 1434-9-2° du CSP.

<sup>1528</sup> PONTIER, Jean-Marie, « La santé, entre territorialisation et décentralisation », *RDSS*, 2019, p. 669.

<sup>1529</sup> Art. L. 1434-10 du CSP ; Décret n° 2016-1024 du 26 juillet 2016 relatif aux territoires de démocratie sanitaire aux zones des schémas régionaux de santé et aux conseils territoriaux de santé, JO, 28 juill. 2016, texte n° 19.

les attributions, conférées aux conseils territoriaux de santé par la réforme Touraine de 2016, en font des organismes privilégiés d'expression de la démocratie sanitaire. Ce rôle était antérieurement assumé au niveau régional par les conférences régionales de la santé et de l'autonomie. Or, s'il appartient actuellement à la conférence régionale de la santé et de l'autonomie de donner un avis sur le projet régional de la santé, c'est le conseil territorial de santé qui doit contribuer à l'élaboration, à la mise en œuvre, au suivi et à l'évaluation de ce projet. De la même manière, il résulte des dispositions du Code de la santé publique, que les conseils territoriaux de santé participent à l'organisation territoriale de l'offre de soins au travers du diagnostic territorial partagé à l'élaboration duquel ils doivent contribuer<sup>1530</sup>. Le diagnostic territorial partagé est un document important qui doit identifier les besoins de santé de la population du territoire, ainsi que les insuffisances éventuelles de l'offre de soins. Il constitue également un outil de base dans l'élaboration, par les agences régionales de santé, du projet régional de santé. Au travers de ce dispositif, on assiste ainsi à une véritable démarche ascendante dans l'organisation du système de santé, dans la mesure où le projet régional de santé est censé désormais s'appuyer sur des instruments territoriaux élaborés de manière concertée par l'ensemble des acteurs de santé au sein d'un territoire.

Malgré l'avancée, que constitue la création des conseils territoriaux de santé pour l'essor de la démocratie sanitaire au niveau territorial, la portée de la participation des usagers du système de santé en leur sein est encore insuffisante. Les conseils territoriaux de santé apparaissent comme des institutions destinées à asseoir, à titre principal, la participation des collectivités territoriales, ainsi que des offreurs de soins, dans la conception de la politique de santé au niveau territorial. En revanche, la place des usagers du système de santé au sein de ces conseils reste secondaire et le nombre de leurs représentants, minoritaire<sup>1531</sup>.

A côté du niveau territorial, le système hospitalier constitue un deuxième cadre privilégié de la participation collective des usagers du système de santé en droit français. En ce sens, la réforme Touraine de 2016 a intensifié le processus d'association des usagers à la gestion des établissements de santé publics et privés.

---

<sup>1530</sup> V. Art. L. 1434-10-III du CSP.

<sup>1531</sup> Sur la composition des conseils territoriaux de santé : V. art. R. 1424-33 du CSP. Ils comportent un collège propre aux usagers mais le nombre des membres qui composent celui-ci varie entre 7 et 10. En revanche, le collège des offreurs de soins regroupe entre 20 et 28 membres.

b. Le renforcement de la participation des usagers du système de santé dans la gestion des établissements de santé

Il a été déjà démontré que la participation collective des usagers du système de santé est un processus qui s'est développé à tous les niveaux du système de santé français. Ce processus passe par l'association des usagers du système de santé à la gouvernance des institutions sanitaires, mais aussi par l'implication des citoyens dans le cadre des organismes spécialement dédiés à l'expression de la démocratie sanitaire.

Cependant, la réforme du système de santé Touraine du 26 janvier 2016 a fait du principe de la participation des usagers une obligation spécifique attachée à la notion de service public hospitalier<sup>1532</sup>. Or, cela pourrait faire penser que les droits participatifs collectifs des usagers du système de santé n'auraient à s'exprimer que dans le cadre des établissements de santé faisant partie du service public hospitalier. En revanche, une telle participation ne saurait être obligatoire au sein des établissements de santé privés ayant fait le choix de rester en dehors du service public hospitalier.

Cependant, ce n'est pas la logique qui a été retenue sur le plan juridique. Conformément au concept du système hospitalier, les textes juridiques, et en particulier la loi Touraine de 2016, ont développé la participation collective des usagers du système de santé à la gestion de tous les établissements de santé, quel que soit leur statut juridique respectif. Cette démarche a été promue par la mise en place d'une commission des usagers au sein de tous les établissements de santé<sup>1533</sup>. Cette nouvelle commission est censée remplacer l'ancienne commission des relations avec les usagers et de la qualité de prise en charge créée par la réforme Bachelot de 2009. Cependant, cette dernière commission avait des attributions participatives limitées au sein des établissements de santé. En effet, sa mission principale était de veiller au respect des droits des patients et de faciliter leur démarches, ainsi que de gérer leurs plaintes. Or, la commission des usagers dispose de compétences renforcées et le Code de la santé publique affirme sa mission de participation dans la politique de l'établissement de santé en ce qui concerne l'accueil, la prise en charge, l'information et les droits des patients. De la même manière, cette commission se trouve associée à l'organisation du parcours de soins au sein de l'établissement, ainsi qu'à sa politique de qualité et de sécurité. Le constat

---

<sup>1532</sup> V. Art. L. 6112-2-II-1° du CSP.

<sup>1533</sup> V. Art. L. 1112-3 du CSP ; Décret n° 2016-726 du 1er juin 2016 relatif à la commission des usagers des établissements de santé, JO, 3 juin 2016, texte n° 10.

s'impose, par conséquent, que les usagers du système de santé participent à la gestion de tous les établissements de santé au travers de la commission des usagers, et cela, quel que soit le rapport des établissements avec le service public hospitalier. Il faut souligner également que cette commission est l'une des institutions de la démocratie sanitaire, dans la composition de laquelle la présence des représentants des usagers du système de santé est quantitativement importante. Cette commission est susceptible d'être présidée par un usager du système de santé.

Il convient de souligner que la participation des usagers du système de santé à la gestion des établissements de santé de service public hospitalier ne diffère pas sensiblement de celle qui a été aménagée en droit commun du système hospitalier au travers des commissions des usagers. Effectivement, dans le cadre du service public hospitalier, la participation des usagers est censée s'exprimer au sein des organes délibérants des établissements de santé. Néanmoins, il a été déjà démontré que la participation des usagers au sein des organes délibérants manquait d'efficacité, en raison de l'absence d'un pouvoir décisionnel important conféré à ces organes, mais également en raison du nombre relativement faible des représentants des usagers en leur sein<sup>1534</sup>.

L'existence d'un statut juridique propre aux usagers du système de santé est un élément constitutif du régime juridique applicable à la notion du système de santé en droit français. Par ailleurs, le statut juridique de l'utilisateur du système de santé a été construit par référence à certains principes, faisant partie du régime juridique de la notion de service public en droit français, qui ont été consacrés sous forme de droits des usagers du système de santé. Il s'agit ainsi d'un premier élément illustratif de la diffusion de la logique de service public au niveau du système de santé. Par ailleurs, l'organisation de l'offre de soins dans le cadre du système de santé français est soumise à un régime juridique particulier, qui est également traversé par la logique de service public.

---

<sup>1534</sup> *Supra*, p. 516.

## **Section 2. L'émergence d'un régime juridique d'essence de service public applicable à l'organisation de l'offre de soins**

Les dernières réformes juridiques adoptées dans le domaine de la santé font apparaître une ambition forte, poursuivie par les pouvoirs publics, de promouvoir une démarche d'organisation de tous les composants de l'offre de soins au sein d'un système de santé cohérent et coordonné. Cette démarche s'appuie sur un régime juridique spécifique. Cela implique de ne pas confondre le processus d'organisation de l'offre de soins au sein du système de santé, qui est le choix retenu dans le contexte français, avec la démarche d'organisation de l'offre de soins dans le cadre d'un service public de la santé. Cependant, l'organisation de l'offre de soins dans le cadre du système de santé français est fondée sur une logique de service public.

En premier lieu, l'organisation de l'offre de soins dans le cadre du système de santé a impliqué le recours à la technique de la régulation.

Or, la notion de régulation occupe une place importante au sein de la théorie générale des systèmes. Comme le précise le professeur Jacques Chevallier, la régulation est la fonction, qui permet aux systèmes de maintenir leur 'état stationnaire,' en annulant les facteurs de perturbations extérieurs ou intérieurs au système<sup>1535</sup>. En ce sens, la régulation est une fonction fondamentale pour les systèmes complexes, en ce qu'elle permet de maintenir un équilibre afin de garantir leur fonctionnement correct et régulier<sup>1536</sup>.

Cependant, la banalisation de la notion de régulation dans le champ juridique, et en particulier en droit administratif, est liée au passage du monopole à la concurrence dans le champ des services industriels et commerciaux en réseaux. La doctrine juridique avait établi un lien entre l'apparition de la fonction de régulation et la démarche de construction des secteurs économiques dans le domaine des services en réseaux. Or, le concept de secteur des services en réseaux doit être distingué du concept de service public en réseaux, dans la mesure où le premier est censé s'ouvrir à la concurrence, ainsi qu'aux mécanismes du marché. La fonction de régulation apparaît, dans ce cadre, comme une démarche censée assurer le maintien d'un équilibre entre, d'un côté, la libre concurrence entre les opérateurs et, d'autre

---

<sup>1535</sup> CHEVALLIER, Jacques, « De quelques usages du concept de régulation », *op.cit.*, p. 76-77.

<sup>1536</sup> V. CALANDRI, Laurence, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Thèse, Paris, LGDJ, 2008, p. 14.

côté, la garantie de certains impératifs d'intérêt général que le marché n'est pas en mesure de satisfaire<sup>1537</sup>. Par ailleurs, l'émergence de la fonction de régulation des secteurs des services en réseaux a impliqué une mutation de la notion de service public à l'intérieur de ces secteurs. En effet, à la vision globale associant le secteur en réseau et le service public, s'est substituée une vision fragmentée, en vertu de laquelle uniquement certaines activités au sein des secteurs « libéralisés » seraient qualifiées en missions de service public et soumises à des obligations spécifiques. En revanche, d'autres activités sont désormais susceptibles d'être assurées dans un cadre concurrentiel, tout en restant soumises à une logique de régulation. En ce sens, la finalité principale de la régulation dans le domaine des secteurs des services en réseaux est de faire respecter l'égalité concurrence loyale entre les opérateurs au sein des secteurs démonopolisés,<sup>1538</sup> tout en assurant le maintien de certaines obligations de service public ou de service universel au sein des secteurs concernés<sup>1539</sup>.

La démarche de régulation a été transposée dans le cadre de l'organisation du système de santé. Par conséquent, ce système semble, a priori, censé fonctionner sur la base du modèle des autres secteurs économiques régulés. Cependant, à la différence des secteurs des services en réseaux, la fonction de régulation du système de santé s'appuie sur une logique dominante de service public. En ce sens, la régulation du système de santé n'accompagne pas un processus de libéralisation du secteur de la santé. Son objectif principal n'est pas d'assurer le maintien d'une concurrence loyale à l'intérieur de ce secteur<sup>1540</sup>. En revanche, la régulation du système de santé cherche à assurer la coordination de l'offre de soins et à renforcer la cohésion entre les offreurs de soins, afin d'orienter davantage leurs comportements vers la satisfaction des finalités d'intérêt général qui existent dans le domaine de la santé. La régulation qui existe en matière de santé s'inscrit pleinement au sein d'une logique de service public et dépasse la simple démarche de régulation de la concurrence au sein du marché de la santé. Cette régulation conduit, au contraire, à restreindre le périmètre de la concurrence entre les offreurs de soins afin d'assurer, au profit de la population, un égal accès aux soins de santé. Toutefois, la régulation de l'offre de soins au sein du système de santé apparaît comme un procédé plus souple et moins idéologiquement chargé par rapport à la démarche

---

<sup>1537</sup> V. FRISON-ROCHE, Marie-Anne, « Le droit de la régulation », *D.*, 2001, p. 610 ; FRISON-ROCHE, Marie-Anne, Définition du droit de la régulation économique », *D.*, 2004, p. 126.

<sup>1538</sup> LAGET-ANNAMAYER, Aurore, *La régulation des services publics en réseaux. Télécommunications et électricité*, Thèse, Paris, LGDJ, 2002, p. 131.

<sup>1539</sup> FRIER, Paul-Laurent, « La régulation comme fonction : propos introductifs », in MARCOU, Gérard, MODERNE, Frank, *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, Paris, Harmattan, 2005, t. I, p. 68.

<sup>1540</sup> V. BRACONNIER, Stéphane, « La régulation des services publics », *RFDA*, 2001, p. 43.

d'intégration des offreurs de soins dans le champ de la notion de service public en matière de santé.

Le deuxième élément du régime spécifique applicable à l'organisation de l'offre de soins au sein du système de santé se réfère à l'émergence d'un processus de coordination des offreurs de soins dans l'objectif d'améliorer la prise en charge des usagers du système de santé.

Le terme de coordination est généralement utilisé pour décrire l'activité d'agencement d'un ensemble d'éléments en vue d'obtenir un résultat commun. La coordination a, en ce sens, une importance fondamentale dans le cadre de la théorie générale des systèmes complexes, dans la mesure où elle s'avère nécessaire pour assurer le fonctionnement cohérent de l'ensemble des composants du système<sup>1541</sup>.

Dans le domaine de la santé, la nécessité de mettre en place une coordination des soins et des prises en charge des patients est apparue face aux nouveaux défis du système de santé, qui sont les pathologies chroniques et le vieillissement de la population. En droit de la santé, cette coordination s'était concrétisée, tout d'abord, par la mise en place d'un parcours de soins coordonnés au profit des assurés sociaux. Ce dispositif a été créé par la loi du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie dans le but de conférer au médecin traitant la coordination des différentes interventions sur un même assuré social. Cependant, la mise en place de ce dispositif a été motivée, avant tout, par un objectif de maîtrise des dépenses de l'assurance maladie. Cela ressort clairement de l'article L. 162-5-3 du Code de la sécurité sociale, qui prévoit l'application d'une pénalité financière à tous les assurés sociaux qui ne sont pas inscrits auprès d'un médecin traitant ou qui consultent un autre médecin sans prescription de leur médecin traitant. Par la suite, la loi du 26 janvier 2016 de modernisation du système de santé a introduit, dans l'article L. 1411-1-5° du Code de la santé publique, la notion de parcours de santé qui se réfère à l'organisation d'une prise en charge globale, structurée et continue de chaque patient, adaptée à son état de santé et proche de son lieu de vie<sup>1542</sup>.

Par ailleurs, les réformes du système de santé du 26 janvier 2016 et du 24 juillet 2019 ont davantage mis l'accent sur la nécessité d'organiser le système de santé français autour des parcours de santé dans l'objectif d'assurer une prise en charge complète et graduée de chaque patient et sur chaque territoire. Or, la réalisation de cet objectif implique que la coordination

---

<sup>1542</sup> CALLU, Marie-France, GIRER, Marion, ROUSSET, Guillaume, *Dictionnaire de droit de la santé, secteurs sanitaire, médico-social et social, op. cit.*, p. 287.

de tous les offreurs et services de santé soit assurée sur un territoire donné ; et la coordination des prises en charge des usagers du système de santé doit s'appuyer nécessairement sur une logique de coopération entre les offreurs de santé.

Il résulte des éléments exposés, que l'organisation de l'offre de soins au sein du système de santé repose sur deux démarches essentielles, qui accentuent la logique de service public qui transcende le concept du système de santé en droit français. La première démarche se réfère à l'instauration d'une régulation de l'offre de soins, fonction qui est assumée par les agences régionales de santé (§1). La deuxième démarche est celle de la coordination des offreurs de soins dans la prise en charge des usagers du système de santé, qui s'appuie, de son côté, sur le renforcement de la coopération entre les offreurs de soins (§2).

### ***§ 1. L'aménagement de la régulation de l'offre de soins par les agences régionales de santé***

L'émergence d'une fonction de régulation de l'offre de soins est étroitement liée à la création, en droit français, des agences régionales de santé. En effet, les agences régionales de santé<sup>1543</sup> sont des administrations de la santé opérant au niveau régional, créées par la loi Bachelot du 21 juillet 2009<sup>1544</sup> et mises en place par un décret du 31 mars 2010<sup>1545</sup>. En vertu de l'exposé des motifs de la réforme de 2009, il existe trois grands objectifs poursuivis par la création des agences régionales de santé. Il s'agit ainsi de renforcer l'ancrage territorial de la politique de santé, de simplifier la gouvernance sanitaire au niveau régional, en la conférant en une seule entité juridique, et de remédier au décloisonnement traditionnel de l'offre de soins, en organisant sa coordination par une autorité de pilotage unique. En ce sens, le Code de la santé publique consacre expressément la mission des agences régionales de santé de régulation de l'offre de services, afin de répondre aux besoins de santé, aux besoins spécifiques de la défense et à l'efficacité du système de santé<sup>1546</sup>.

---

<sup>1543</sup> V. DE LARD, Brigitte, TANGUY, Hervé, « Le nouveau pilotage régional du système de santé par les agences régionales de santé », *RDSS*, 2009, p. 845 ; CASTAING, Cécile, « Les agences régionales de santé : outil de gestion renouvelée ou simple relais du pouvoir central ? », *AJDA*, 2009, p. 2212 ; BRAS, Pierre-Louis, « La création des agences régionales de santé : notre système de santé sera-t-il encore mieux gouverné ? », *Dr.soc.*, 2009, p. 1126 ; TABUTEAU, Didier, « Les agences régionales de santé (ARS) : cadre et limites d'une nouvelle autorité sanitaire », *RDSS*, 2017, p. 1056.

<sup>1544</sup> Art. 118 de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 préc.

<sup>1545</sup> Décret n° 2010-336 du 31 mars 2010 portant création des agences régionales de santé, JO, 1 avr. 2010, p. 6277.

<sup>1546</sup> Art. L. 1431-2-2° du CSP.



Toutefois, même avant la création des agences régionales de santé, une démarche de régulation a été déjà instaurée dans le cadre de l'organisation de l'offre de soins hospitalière. Dans ce domaine, l'ordonnance hospitalière du 24 avril 1996 avait créé les agences régionales de l'hospitalisation, qui avaient pour mission de coordonner l'activité des établissements de santé publics et privés et de déterminer leurs ressources<sup>1547</sup>. Les agences régionales de l'hospitalisation ont été conçues comme des institutions de régulation de l'offre hospitalière, dans la mesure où elles devaient contribuer à la maîtrise des investissements hospitaliers, ainsi qu'au développement de la politique de restructuration hospitalière au niveau régional.

Cependant, les agences régionales de santé ont une compétence beaucoup plus étendue, dans la mesure où elles sont investies de la mission de régulation de l'ensemble de l'offre de soins, hospitalière et ambulatoire, ainsi que de la coordination de celle-ci avec les services sociaux et médico-sociaux.

La démarche de régulation de l'offre de soins par les agences régionales de santé s'inscrit dans une logique de territorialisation de l'organisation des services de santé. En effet, cette régulation repose principalement sur la planification sanitaire, qui est une planification de la répartition géographique de l'offre de soins au niveau territorial. En ce sens, « la planification sanitaire constitue un outil de régulation dont l'objectif est la meilleure répartition géographique de l'offre de soins sur le territoire pour garantir un bon accès à des soins de qualité dans des bonnes conditions de sécurité<sup>1548</sup>. »

La planification de l'offre de soins est arrêtée dans un cadre régional par le directeur générale de chaque agence régionale de santé<sup>1549</sup>. Cependant, conformément à la logique de démocratie sanitaire, l'adoption de celle-ci fait l'objet d'un processus de concertation avec tous les acteurs de santé dans la région<sup>1550</sup>. De la même manière, au niveau des territoires de démocratie sanitaire, les conseils territoriaux de santé contribuent à la conception de la planification sanitaire au travers de l'élaboration du diagnostic territorial partagé<sup>1551</sup>. Une fois

---

<sup>1547</sup> Art. 10 de l'ordonnance n° 96-346 du 24 avr. 1996 préc..

<sup>1548</sup> COUTY, Edouard, DUPONT, Marc, « De la planification hospitalière à l'organisation des soins », *Gaz. Pal.*, 7 juin 2007, p. 10.

<sup>1549</sup> Art. L. 1434-2 al. 5 du CSP.

<sup>1550</sup> L'association des acteurs de santé à la procédure de l'adoption de la planification sanitaire au niveau régional s'effectue de deux manières principales : au travers de l'avis du conseil de surveillance de l'agence régionale de santé sur le projet régional de santé (art. L. 1432-3 du CSP), ainsi que au travers de l'avis de la conférence régionale de la santé et de l'autonomie sur ce même projet (art. L. 1432-4 du CSP).

<sup>1551</sup> Art. L. 1434-10 du CSP., *Supra*, p. 519 et s.

arrêtée, cette planification sanitaire est censée se décliner dans le cadre des zones arrêtées au niveau territorial par les directeurs généraux des agences régionales de santé<sup>1552</sup>.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, la technique de régulation de l'offre de soins apparaît comme un élément consubstantiel à la notion de système de santé. En ce sens, les agences régionales de santé, grâce à leur originalité institutionnelle, se sont affirmées comme les régulateurs du système de santé (A). Par ailleurs, la fonction de régulation de l'offre de soins s'appuie sur la planification sanitaire, qui est le dispositif matériel principal de cette régulation (B).

#### A. L'affirmation des agences régionales de santé comme des instances de régulation de l'offre de soins

Sur le plan institutionnel, les agences régionales de santé se sont affirmées comme les régulateurs de l'offre de soins au niveau territorial, c'est-à-dire comme les tierces institutions responsables de la coordination des offreurs de soins de santé à l'intérieur du système de santé. En ce sens, le recours à la formule institutionnelle de l'agence permet de conforter l'idée que l'un des objectifs poursuivis par la création de ces nouvelles autorités administratives sanitaires, était de leur conférer le rôle de régulateurs du système de santé (1). En revanche, le manque d'indépendance organique suffisante des agences régionales de santé, est un aspect illustratif de la spécificité de la fonction de régulation dans le champ sanitaire (2).

##### 1. Le rôle de régulateurs des agences régionales de santé conforté par le recours à la formule institutionnelle de l'agence

Pendant longtemps, l'organisation de l'administration française de la santé s'inscrivait dans le modèle classique de la déconcentration. En ce sens, la politique nationale de la santé était déclinée au niveau régional et départemental au travers des services déconcentrés, tels que les directions départementales des affaires sanitaires et sociales et les directions régionales des affaires sanitaires et sociales. Dans le cadre de ce modèle, le préfet disposait d'un rôle essentiel. Dans le champ de l'organisation de l'offre de soins, le préfet exerçait une

---

<sup>1552</sup> Art. 1434-9-2°-a) du CSP.

tutelle sur les établissements publics de santé. Celui-ci était par la suite chargé du contrôle sur l'accès au marché hospitalier par le biais du dispositif de la planification sanitaire, conditionnant l'octroi des autorisations aux établissements hospitaliers publics et privés<sup>1553</sup>. En revanche, l'offre de soins de ville échappait au contrôle de l'Etat, dans la mesure où la régulation de celle-ci relevait des organismes de l'assurance maladie<sup>1554</sup>. Or, dans le cadre de ce modèle classique, la fonction de régulation du système de santé n'était pas encore perceptible, dans la mesure où il n'existait aucune logique de coordination de l'offre de soins par les services déconcentrés de l'Etat.

Cependant, ce modèle classique d'organisation administrative de la santé a été bouleversé par la mise en place des agences régionales de santé. La création de ces institutions s'inscrit dans le cadre d'un phénomène de multiplication des agences au sein de l'administration française, qui est observable depuis le début des années 1980<sup>1555</sup>. En ce sens, le recours aux agences a été particulièrement développé dans le domaine de la santé avec l'apparition d'une série d'agences nationales qui gravitent autour du ministère de la santé<sup>1556</sup>. Il faut pour autant examiner les raisons explicatives, ainsi que les conséquences qui découlent du recours à cette formule retenue pour la qualification des agences régionales de santé. Cela suppose de s'intéresser préalablement à la notion d'agence en droit français.

La doctrine juridique a effectué un travail de réflexion sur le recours à la formule de l'agence au sein de l'administration française, en essayant de dégager une définition de la notion d'agence<sup>1557</sup>. Le constat global a été que la notion d'agence apparaissait comme une notion « difficile à cerner,<sup>1558</sup> » qui « ne renvoie pas à une catégorie juridique spécifique à laquelle correspondraient une définition et un régime particuliers<sup>1559</sup>, » qu'il s'agit surtout d'un « qualificatif vague au contenu juridique relativement incertain et au régime juridique inexistant<sup>1560</sup>. » Néanmoins, il existe certaines spécificités qui singularisent les agences en droit français.

---

<sup>1553</sup> *Supra*, p. 293 et s.

<sup>1554</sup> *Supra*, p. 115 et s.

<sup>1555</sup> V. CHEVALLIER, Jacques, « Les agences : effet de mode ou révolution administrative ? », in *Etudes en l'honneur de Georges Dupuis*, Paris, LGDJ, 1997, p. 47.

<sup>1556</sup> V. APOLLIS, Benoît, TRUCHET, Didier, *Droit de la santé publique*, *op.cit.*, p. 47 et s.

<sup>1557</sup> CHEVALLIER, Jacques, « Les agences : effet de mode ou révolution administrative ? », *op.cit.*, p. 47. ; Conseil d'Etat, *Les agences : une nouvelle gestion publique ?*, Rapport public 2012, Paris, La documentation française.

<sup>1558</sup> *Ibid*, p. 12.

<sup>1559</sup> CASTAING, Cécile, « Les agences régionales de santé : outil de gestion renouvelée ou simple relais du pouvoir central ? », *op.cit.*

<sup>1560</sup> CHAUVET, Clément, « La nature juridique de l'agence régionale de santé », *RDSS*, 2016, p. 405.

Tout d'abord, il n'existe pas un critère organique de définition de la notion d'agence. En effet, la qualification d'agence, qui peut être attribuée à certains organismes, est censée se superposer à des statuts juridiques plus classiques. En ce sens, la notion d'agence ne fait pas disparaître les catégories institutionnelles antérieures<sup>1561</sup>. En droit français, les agences peuvent être créées sous différents statuts juridiques. Le plus souvent, elles sont créées sous forme d'établissements publics administratifs, mais elles peuvent également recevoir le statut d'association, d'établissement public industriel et commercial ou encore de groupement d'intérêt public<sup>1562</sup>. L'absence d'un statut juridique précis des agences est l'un des éléments qui marquent l'intérêt pratique de cette formule institutionnelle. Cet intérêt réside dans la souplesse organique des agences, permettant de retenir le statut juridique le plus adapté. A titre d'exemple, les agences régionales de l'hospitalisation étaient créées sous forme de groupements d'intérêt public dans l'objectif d'assurer la cohabitation en leur sein et dans un cadre contractuel, des représentants de l'Etat et des représentants des organismes de l'assurance maladie<sup>1563</sup>.

En revanche, malgré la variété des missions qu'elles peuvent assumer, les agences se caractérisent par leur spécificité fonctionnelle. En effet, les agences se trouvent à l'appui d'une « nouvelle manière d'agir pour l'Etat<sup>1564</sup>. » La doctrine juridique a ainsi constaté, que sur le plan fonctionnel, les agences pouvaient assumer soit une fonction de régulation sectorielle, soit une fonction de gestion opérationnelle des politiques publiques nationales. Dans certaines hypothèses, les agences pourraient également cumuler ces deux fonctions respectives. Tel est précisément le cas des agences régionales de santé. Ces institutions ont reçu, en vertu de l'article L. 1431-2 du Code de la santé publique, l'attribution de mettre en œuvre au niveau régional la politique nationale de santé. Le même article confère aux agences régionales de santé une fonction plus spécialisée et restreinte, qui est la fonction de régulation de tous les composants de l'offre de soins.

En ce sens, le recours à la formule de l'agence apparaît comme compatible et adaptée avec l'exercice d'une fonction de régulation de l'offre de soins par les agences régionales de santé. Par ailleurs, cette formule a déjà été utilisée dans le domaine sanitaire pour qualifier certains organismes qui ont reçu une attribution de régulation sectorielle. Un exemple en ce sens pourrait être donné au travers de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des

---

<sup>1561</sup> *Ibid.*

<sup>1562</sup> Conseil d'Etat, *Les agences : une nouvelle gestion publique ?*, *op.cit.*, p. 39.

<sup>1563</sup> MOQUET-ANGER, Marie-Laure, *Droit hospitalier*, *op.cit.*, p. 50.

<sup>1564</sup> CHAUVET, Clément, « La nature juridique de l'agence régionale de santé », *op.cit.*

produits de santé, qui a le statut d'établissement public de l'Etat et qui a reçu de nombreuses attributions pour l'exercice de sa fonction générale de régulation du secteur du médicament et des produits de santé<sup>1565</sup>.

A l'image de cette agence créée dans le domaine pharmaceutique, les agences régionales de santé ont le statut d'établissements publics administratifs. Or, il s'agit d'un élément qui implique que ces agences ne disposent pas d'un statut d'indépendance au sein de l'administration sanitaire français. Cet élément permet d'insister sur la spécificité de la régulation de l'offre de soins, exercée par les agences régionales de santé, en ce qu'elle s'inscrit davantage dans une logique de service public, que dans une logique de garantie de l'égalité concurrence entre les offreurs de soins.

## 2. Le défaut de statut indépendant des agences régionales de santé, expression de la spécificité de la régulation dans le champ sanitaire

Au sein des secteurs des services économiques, il apparaît fondamental de garantir un statut indépendant de l'autorité chargée de la fonction de régulation du secteur. Cette exigence se justifie par la nécessité d'assurer la mise en place d'une régulation impartiale des secteurs économiques, en évitant ainsi les hypothèses de conflits d'intérêts. Pour cette raison, l'indépendance du régulateur doit être assurée aussi bien à l'égard de l'appareil politique et administratif de l'Etat, qu'à l'égard des opérateurs exerçant leur activité économique au sein du secteur régulé. En ce sens, dans les secteurs des services en réseaux, la fonction de régulation a été confiée, en règle générale, aux autorités administratives indépendantes. Ces autorités présentent une originalité institutionnelle au sein du paysage administratif français, dans la mesure où elles ne disposent pas d'une personnalité juridique propre, distincte de celle de l'Etat, mais elles ne se trouvent pas soumises à l'autorité hiérarchique du Gouvernement. Pendant longtemps, la présence d'une autorité administrative indépendante au sein d'un secteur était un élément consubstantiel à l'identification d'une fonction de régulation au sein du secteur en question<sup>1566</sup>. Actuellement, la fonction de régulation sectorielle peut être confiée à d'autres types d'autorités administratives, comme c'est le cas des agences, qui prennent souvent la forme d'établissements publics. Cependant, l'exigence d'indépendance ou, au moins, d'autonomie renforcée de l'autorité de régulation, reste un critère important de

---

<sup>1565</sup> Art. L. 5311-1 et s. du CSP.

<sup>1566</sup> CALANDRI, Laurence, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, op.cit., p. 71 et s.

la fonction de régulation. Ainsi, si la qualification institutionnelle est devenue indifférente, il reste important de repérer un organisme indépendant en charge de l'équilibre au sein d'un secteur donné, pour pouvoir qualifier cet organisme d'une autorité de régulation<sup>1567</sup>.

Or, dans le domaine de la régulation de l'offre de soins, il n'existe pas un véritable statut d'indépendance aménagé à l'égard des agences régionales de santé. Cela permet de conforter l'idée de la spécificité de la fonction de régulation dans le domaine sanitaire par rapport à la régulation des secteurs des services industriels et commerciaux.

Le premier élément d'appréciation de l'indépendance de l'autorité de régulation se réfère à l'existence d'une indépendance, ou d'une autonomie renforcée de celle-ci, à l'égard du pouvoir exécutif. A priori, cet élément se trouve rempli pour les agences. Leur qualité de personnes publiques distinctes de l'Etat est considérée comme l'un des éléments essentiels les caractérisant<sup>1568</sup>. Cet élément est censé conférer aux agences un niveau d'autonomie juridique suffisante par rapport au pouvoir exécutif<sup>1569</sup>.

En vertu de l'article L. 1432-1 du Code de la santé publique, les agences régionales de santé ont le statut d'établissements publics de l'Etat à caractère administratif. Cependant, les agences régionales de santé ne traduisent pas une logique de décentralisation territoriale, dans la mesure où elles sont chargées de décliner dans le cadre régional la politique de santé qui reste définie au niveau national<sup>1570</sup>. Par conséquent, les agences régionales de santé devraient s'inscrire davantage dans le cadre d'une démarche de décentralisation fonctionnelle. Toutefois, il apparaît que ces agences ne répondent pas à la logique de la décentralisation fonctionnelle. Dans le contexte français, la décentralisation fonctionnelle implique en principe la décentralisation de la gestion d'une activité de service public, qui se trouve conférée à une personne publique spécialisée qui est, en règle générale, l'établissement public. Or, il s'avère que les agences régionales de santé assument une activité générale, qui est conçue de manière plus large et qui consiste dans la mise en œuvre de la politique de santé au niveau territorial. En ce sens, l'institution des agences régionales de santé est avant tout illustrative de l'intensification du processus de territorialisation de l'action de l'Etat en matière de santé.

Cependant, le statut d'établissement public administratif des agences régionales de santé n'est pas incompatible avec la présence d'une autonomie juridique renforcée de celles-ci

---

<sup>1567</sup> FRISON-ROCHE, Marie-Anne, « Le droit de la régulation », *op.cit.*

<sup>1568</sup> CHEVALLIER, Jacques, « Les agences : effet de mode ou révolution administrative ? », *op.cit.*, p. 55

<sup>1569</sup> Conseil d'Etat, *Les agences : une nouvelle gestion publique ?*, *op.cit.*, p. 12.

<sup>1570</sup> V. CHAUVET, Clément, « La nature juridique de l'agence régionale de santé », *op.cit.*

à l'égard du Gouvernement. En effet, en raison de ce statut, les agences régionales de santé restent soumises à une tutelle exercée par les ministres compétents<sup>1571</sup>. Toutefois, ce statut leur confère également une personnalité juridique distincte de celle de l'Etat et une autonomie sur le plan administratif<sup>1572</sup> et financier. De la même manière, au regard de certains éléments, les agences régionales de santé peuvent apparaître comme dotées d'une autonomie juridique renforcée par rapport aux établissements publics classiques. En ce sens, les agences régionales de santé apparaissent comme soumises à une forme de tutelle plus allégée, dans la mesure où celle-ci s'exerce principalement par le biais de l'instrument contractuel, et plus précisément, par le contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens conclu entre chaque agence et l'Etat<sup>1573</sup>.

Néanmoins, plusieurs éléments permettent de constater que les agences régionales de santé disposent d'un niveau assez faible d'autonomie juridique par rapport à l'Etat. Au regard de ces éléments, on peut même constater que les agences régionales de santé s'inscrivent davantage dans une logique de déconcentration que dans une logique de décentralisation territoriale. Cependant, la dépendance des agences régionales de santé à l'égard des pouvoirs publics est le symbole du maintien de la présence forte de l'Etat dans l'organisation du système de santé. En ce sens, la régulation de l'offre de soins s'affirme comme un processus destiné, à titre principal, à renforcer la cohésion des offreurs de soins dans un sens compatible avec l'intérêt général dans le domaine sanitaire.

Or, « la principale limite<sup>1574</sup> » de l'autonomie des agences régionales de santé réside dans la compétence générale, qui leur est attribuée, qui est de mettre en œuvre au niveau régional la politique nationale de santé. Cela implique que les agences régionales de santé ne disposent pas d'une marge de manœuvre significative dans la définition de la politique de santé au niveau régional. En effet, ces agences ne sont pas compétentes pour déterminer « les

---

<sup>1571</sup> V. art. L. 1432-1 du CSP.

<sup>1572</sup> En ce sens, les agences régionales de santé sont dotées d'une organisation administrative interne propre, elles sont dotées d'un conseil de surveillance (art. L. 1432-3 du CSP) et dirigées par un directeur général (art. L. 1432-2 du CSP).

<sup>1573</sup> Art. L. 1433-2 du CSP. Cependant, malgré le recours à la forme contractuelle, les CPOM sont, en réalité, des instruments de pilotage assez contraignants, V. : *Supra*, p. 282 et s. (sur le recours aux CPOM dans la régulation du système hospitalier).

<sup>1574</sup> CASTAING, Cécile, « Les agences régionales de santé : outil de gestion renouvelée ou simple relais du pouvoir central ? », *op.cit.*

caractéristiques substantielles de la politique de santé », et par conséquent, elles ne peuvent que mettre en œuvre la politique nationale de santé en l'adaptant au contexte régional<sup>1575</sup>.

Les agences régionales de santé s'écartent ainsi considérablement du modèle classique des agences. En effet, sur le plan institutionnel, les agences relèvent d'une véritable logique de décentralisation, et disposent, en général, d'une marge de manœuvre renforcée dans la mise en œuvre des politiques publiques nationales. La différence est encore plus flagrante entre les agences régionales de santé et les autorités administratives indépendantes qui, en raison de leur statut d'indépendance, définissent elles-mêmes leurs politiques<sup>1576</sup>.

Il existe, en outre, des liens organiques particulièrement marqués entre les agences régionales de santé et le pouvoir exécutif. En ce sens, les directeurs généraux des agences régionales de santé sont désignés par le biais d'une nomination en Conseil des ministres. En raison de leur mode de désignation particulier, ainsi que de la forte concertation des pouvoirs dont ils bénéficient en matière sanitaire, les directeurs généraux des agences régionales de santé sont souvent qualifiés par la doctrine juridique comme des « préfets sanitaires<sup>1577</sup>. » De la même manière, l'Etat est représenté dans la composition des conseils de surveillance des agences régionales de santé, qui sont obligatoirement présidés par le préfet de la région<sup>1578</sup>.

De plus, conformément à une logique de déconcentration, les agences régionales de santé sont soumises au pouvoir hiérarchique de l'Etat. En ce sens, l'article L. 1433-1 du Code de la santé publique prévoit la coordination des agences régionales de santé au niveau national par un Conseil national de pilotage des agences régionales de santé. Ce conseil peut adresser des directives aux agences régionales de santé relatives à la mise en œuvre de la politique nationale de santé au niveau régional. Par ailleurs, le Conseil d'Etat avait admis l'existence d'un pouvoir hiérarchique des ministres compétents à l'égard des directeurs généraux des agences régionales de santé pour toutes les compétences que ces derniers exercent au nom de l'Etat<sup>1579</sup>. Dans le cadre de leur pouvoir hiérarchique, les ministres peuvent adresser des

---

<sup>1575</sup> BRAS, Pierre-Louis, « La création des agences régionales de santé : notre système de santé sera-t-il mieux gouverner ? », *op.cit.*

<sup>1576</sup> Conseil d'Etat, *Les agences : une nouvelle gestion publique ?*, *op.cit.*, p. 51.

<sup>1577</sup> VIDANA, Jean-Louis, « Les agences régionales de santé : de l'usage du mythe du préfet sanitaire », *RDSS*, 2012, p. 267

<sup>1578</sup> V. Art. L. 1432-3 du CSP.

<sup>1579</sup> CE, 12 déc. 2012, *Syndicat national des établissements et résidences privés pour les personnes âgées (SYNERPA)*, n° 350479, Rec., p. 412.



instructions aux directeurs généraux, y compris par le biais d'un simple message électronique<sup>1580</sup>.

Il existe un deuxième élément susceptible d'affaiblir la légitimité des agences régionales de santé dans leur rôle de régulateurs de l'offre de soins, et en particulier du système hospitalier. Cet élément est lié à la présence d'un cumul de fonctions des agences régionales de santé dans le cadre de leur mission d'organisation de l'offre hospitalière. En effet, les agences régionales de santé apparaissent à la fois comme les autorités de régulation des établissements de santé publics et privés au sein du système hospitalier, mais aussi, comme les autorités de tutelle des établissements publics de santé. Dans le cadre d'un rapport de 2012, l'Inspection générale des affaires sociales avait ainsi souligné que cette concentration des fonctions au profit des agences régionales de santé était susceptible de remettre en cause leur neutralité et impartialité dans le cadre de l'exercice de leur mission de régulation du système hospitalier. Plus précisément, ce cumul de fonctions pourrait faire penser que les agences régionales de santé auraient tendance de privilégier les établissements publics de santé au sein du marché hospitalier<sup>1581</sup>.

Le rapport de tutelle, voire de dépendance entre les agences régionales de santé et les établissements publics de santé, est particulièrement perceptible lorsqu'on s'intéresse aux rapports juridiques entre les directeurs généraux des agences régionales de santé et les directeurs des établissements publics de santé. En effet, le directeur général des agences régionales de santé dispose d'un rôle dans la nomination des directeurs des centres hospitaliers. Ces derniers sont nommés par arrêté du directeur général du Centre national de gestion, mais sur une liste comportant au moins trois noms de candidats, proposés par le directeur général de l'agence régionale de santé, après avis du conseil de surveillance<sup>1582</sup>. De la même manière, à côté de la tutelle classique sur les actes des établissements publics de santé, le Code de la santé publique prévoit l'existence d'un contrôle budgétaire, exercé par le directeur général de l'agence régionale de santé, sur la gestion de l'établissement public de santé effectuée par le directeur. Ce contrôle, qui peut être analysé comme une forme de tutelle administrative sur les personnes<sup>1583</sup>, est susceptible d'aboutir à la mise sous administration

---

<sup>1580</sup> CE, 3 févr. 2016, n° 381203.

<sup>1581</sup> IGAS, *L'Hôpital*, Rapport remis au Président de la République, au Parlement et au Gouvernement, Paris, La documentation française, 2012, p. 126 et s.

<sup>1582</sup> Art. L. 6143-7-5 du CSP.

<sup>1583</sup> V. CLEMENT, Cyril, « L'autonomie des établissements publics de santé », in *Mél. en l'honneur de Jean-Marie Clément*, op.cit., p. 279.

provisoire de l'établissement de santé par le directeur générale de l'agence régionale de santé<sup>1584</sup>.

Le contrôle renforcé des agences régionales de santé sur les établissements publics de santé est souvent critiqué au regard de l'autonomie juridique dont disposent ces derniers en vertu de leur statut d'établissements publics. Ce contrôle pourrait notamment aboutir à une intrusion des agences régionales de santé dans la gestion des établissements publics de santé<sup>1585</sup>. De la même manière, le rapport de tutelle, qui existe entre les agences régionales de santé et les établissements publics de santé, est analysé comme un facteur préjudiciable pour les établissements de santé privés, qui sont également soumis à la régulation exercée par les agences régionales de santé.

Toutefois, la tutelle exercée par les agences régionales de santé sur les établissements publics de santé permet de mettre en avant deux éléments essentiels.

D'une part, il s'agit d'une confirmation de la nature spécifique de la régulation sanitaire, qui n'a pas pour objectif principal de garantir l'égalité de concurrence des offreurs de soins sur le marché de santé, mais d'aménager l'accès aux soins de santé au profit des usagers du système de santé.

D'autre part, le contrôle des agences régionales de santé sur les établissements publics de santé s'explique au regard du statut particulier de ces établissements au sein du système de santé français. En effet, leur qualification d'établissements publics administratifs leur confère le rôle de pivot du système de santé. Au travers de ce statut, les établissements publics de santé s'affirment comme des organismes exclusivement dédiés à une fonction de service public en matière de santé. En ce sens, la particularité du statut et de la fonction des établissements publics de santé au sein du système de santé français justifient le contrôle renforcé des agences régionales de santé sur leur fonctionnement.

Il faut conclure ainsi que sur le plan institutionnel, les agences régionales de santé ne disposent pas d'un statut d'indépendance ni à l'égard de l'Etat, ni à l'égard des établissements publics de santé. Pour autant, cet élément permet de mettre l'accent sur la spécificité de la fonction de régulation qu'elles exercent sur l'offre de soins. De la même manière, malgré leur fonction d'autorités de tutelle des établissements publics de santé, l'impartialité des agences

---

<sup>1584</sup> V. art. L. 6143-3 et L. 6143-3-1 du CSP.

<sup>1585</sup> V. TABUTEAU, Didier, « Les agences régionales de santé (ARS) : cadre et limites d'une nouvelle autorité sanitaire », *op.cit.*

régionales de santé, dans le cadre de la régulation du système hospitalier, est garantie sur le plan formel. En ce sens, les agences régionales de santé sont soumises au respect de nombreuses exigences procédurales, afin que soit préservé l'existence d'une concurrence loyale entre les établissements de santé.

Sur le plan institutionnel, la régulation de l'offre de soins s'appuie ainsi sur les agences régionales de santé. Or, de point de vue matériel, cette régulation se déploie sur la base de la planification sanitaire qui tend désormais à englober l'ensemble de l'offre de soins.

B. L'affirmation de la planification sanitaire comme instrument matériel de régulation de l'ensemble de l'offre de soins

La régulation de l'offre de soins par le biais de la planification sanitaire s'inscrit dans une logique globale de déclinaison de la politique nationale de santé au niveau régional. En ce sens, l'article L. 1434-1 du Code de la santé publique définit le projet régional de santé comme un document global, qui est censé définir, en cohérence avec la stratégie nationale de santé et dans le respect des lois de financement de la sécurité sociale, les objectifs pluriannuels de l'agence régionale de santé dans ses domaines de compétences, ainsi que les mesures tendant à les atteindre. Or, il ressort de l'article L. 1434-2 du Code de la santé publique, que le projet régional de santé comporte plusieurs sous-composants parmi lesquels figure le schéma régional de santé dont l'objectif est de déterminer, sur la base d'une évaluation des besoins sanitaires sociaux et médico-sociaux, des prévisions d'évolution et des objectifs opérationnels pour l'ensemble de l'offre de soins et des services de santé pour une période de cinq ans<sup>1586</sup>.

La planification sanitaire, qui s'effectue sur la base des schémas régionaux de santé, constitue l'instrument matériel principal de la régulation de l'offre de soins. Or, depuis la loi Bachelot du 21 juillet 2009, dans une logique de décloisonnement de l'organisation territoriale de l'offre de soins, la planification sanitaire est devenue applicable à tous les offreurs de soins, alors que pendant longtemps elle n'était prévue que pour les établissements de santé<sup>1587</sup>. Cela démontre que la régulation dans le domaine sanitaire englobe progressivement tous les composants de l'offre de soins au sein du système de santé français.

---

<sup>1586</sup> Art. L. 1434-2-2° du CSP.

<sup>1587</sup> *Supra*, p. 293 et s.

La doctrine juridique a souligné les spécificités caractéristiques de l'acte matériel de régulation. En effet, l'exercice de la fonction de régulation implique l'usage des modalités différentes de la réglementation classique, notamment le recours au droit souple formulé en termes d'objectifs, directives et recommandation<sup>1588</sup>. En ce sens, l'acte de régulation se distingue de l'acte réglementaire classique par son caractère invitatif et non contraignant pour les opérateurs régulés<sup>1589</sup>. Cependant, dans certaines hypothèses, le droit de la régulation peut associer à la fois des procédés de droit dur et des procédés de droit souple, comme c'est le cas du droit de la régulation de l'offre de soins.

La planification sanitaire a pour effet de déclencher une série de mesures d'exécution à l'égard des offreurs de soins. Certaines de ces mesures d'exécution ont un caractère juridique contraignant, alors que d'autres, reposent davantage sur le principe de l'incitation, de l'invitation et sur la « stratégie du consensualisme<sup>1590</sup>. » De plus, dans le domaine de la santé, la planification sanitaire a une opposabilité variable en fonction de la catégorie d'offeurs de soins concernés. Le principe du caractère impératif de la planification sanitaire à l'égard des établissements de santé a été consolidé en droit français depuis la réforme hospitalière de 1991, jusqu'au point de renfermer l'activité de ces établissements dans un cadre juridique extrêmement restrictif (1). En revanche, le principe de l'inopposabilité de la planification sanitaire à l'égard de l'offre de soins de ville est explicitement consacré par le Code de la santé publique, ce qui affaiblit considérablement la portée et l'efficacité de la régulation publique exercée sur ce composant de l'offre de soins (2).

#### 1. L'originalité de la planification de l'offre de soins hospitalière : un caractère impératif

La doctrine juridique française avait à plusieurs reprises souligné que « la planification française est une planification indicative et souple<sup>1591</sup>. » Par conséquent, les différents documents de la planification, comme les plans et les schémas, présentent un certain nombre de caractéristiques permettant de les ranger au sein de la catégorie des actes juridiques de droit souple.

---

<sup>1588</sup> CHEVALLIER, Jacques, « L'Etat régulateur », *RFDA*, 2004, p. 473.

<sup>1589</sup> CALANDRI, Laurence, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op.cit.*, p. 513.

<sup>1590</sup> DE LARD, Brigitte, TANGUY, Hervé, « Le nouveau pilotage régional du système de santé par les agences régionales de santé », *op.cit.*

<sup>1591</sup> DE LABAUDERE, André, DEVOLVE, Pierre, *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, 1998, p. 340.

Ainsi, l'acte de planification est, tout d'abord, un acte prospectif destiné à maîtriser des évolutions futures. Il en résulte, que cet acte est, en règle générale, un acte incitatif, directif, ce qui signifie qu'il n'est pas censé donner des ordres et des prescriptions, mais uniquement des directives et des recommandations. De la même manière, l'acte de planification est en principe un acte non opposable à ses destinataires, en tant qu'il n'est assorti d'aucune sanction juridique en cas d'inexécution. Pour cette raison, l'acte de planification n'est pas normalement susceptible d'être invoqué à l'appui d'une prétention juridique<sup>1592</sup>.

Au regard de ces différentes caractéristiques de l'acte de planification, il existait pendant longtemps un obstacle conceptuel pour ranger ce type d'actes dans la catégorie classique d'actes juridiques. En effet, la règle de droit se caractérise par son caractère obligatoire et sanctionné. L'acte juridique est un acte particulier, en tant qu'il est censé modifier l'ordonnement juridique, en imposant un comportement obligatoire sous menace de la sanction. Or, l'acte de planification ne présente pas les critères traditionnels de l'acte juridique, dans la mesure où il apparaît à la fois comme dépourvu de force obligatoire et comme dépourvu de force contraignante<sup>1593</sup>. Cependant, la doctrine juridique se réunit autour du constat que les documents de la planification ne sont pas simplement des actes techniques ou politiques créateurs d'obligations morales, mais des actes pleinement juridiques, notamment en raison de l'existence d'une série de mesures d'exécution des plans et des schémas dans le cadre de la planification. Il existe ainsi une « dépendance<sup>1594</sup> » des mesures d'exécution à l'égard des documents de la planification, ce qui fait de l'acte de planification un « acte d'autorité » pour les mesures d'exécution qui en ressortent<sup>1595</sup>.

Or, dans le domaine hospitalier, la planification présente une originalité, qui réside dans son caractère impératif à l'égard des établissements de santé. A l'image de tous les actes de planification, le schéma régional de santé est un document prospectif, dans la mesure où il est censé prévoir, pour une durée de cinq ans, des évolutions et des objectifs opérationnels pour l'ensemble de l'offre de soins et des services de santé. Cependant, il ressort du Code de la santé publique, que ce schéma comporte un volet relatif à l'offre de soins hospitalière pour lequel le contenu de la planification apparaît comme particulièrement précis mais, avant tout,

---

<sup>1592</sup> V. *Ibid.*, p. 340-350 ; SERVOIN, François, *Droit administratif de l'économie*, Grenoble, PUG, 2<sup>e</sup> éd., 2001.

<sup>1593</sup> Pour une approche théorique du droit souple, V. : THIBIERGE, Catherine, « Le droit souple. Réflexion sur les textures de droit », *RTD civ.*, 2003, p. 599.

<sup>1594</sup> V. PONTIER, Jean-Marie, « Les schémas dans l'ordonnement juridique » *AJDA*, 2018, p. 957.

<sup>1595</sup> V. FAURE, Bertrand, « Le schéma en droit administratif » *RDP*, 2018, p. 437.

comme impératif et opposable à l'égard des offreurs de soins hospitaliers<sup>1596</sup>. Cette opposabilité se manifeste surtout au travers du dispositif d'autorisations préalables, auquel sont soumis les établissements de santé pour leur création, pour la création, la conversion et le regroupement des activités de soins en leur sein et pour l'installation d'équipements matériels lourds<sup>1597</sup>. En ce sens, le projet, pour lequel l'autorisation est sollicitée, doit être dans un rapport de conformité avec les besoins de santé identifiés par le schéma régional de santé, ainsi que dans un rapport de comptabilité avec les objectifs de l'offre de soins identifiés par ce même schéma<sup>1598</sup>. Dans la deuxième hypothèse, la référence au rapport de comptabilité laisse aux établissements de santé la possibilité de déroger aux objectifs fixés par la planification, à condition de ne rendre pas impossible leur réalisation.

Mais le caractère impératif de la planification sanitaire à l'égard des établissements de santé s'étend également à leur gestion interne, dont les orientations stratégiques font l'objet d'une contractualisation dans le cadre des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens conclus avec les agences régionales de santé, et sont déterminées sur la base du schéma régional de santé. Ainsi, la planification sanitaire est une source de contrainte pour les établissements de santé, qui vise à brider leurs initiatives<sup>1599</sup> en dessinant un cadre dans lequel ces établissements sont tenus d'inscrire leurs évolutions<sup>1600</sup>. Il s'agit ici d'un autre élément caractéristique de la spécificité de la régulation de l'offre de soins, dont l'objectif principal est de faire prévaloir le respect des impératifs d'intérêt général au sein du système de santé.

En ce sens, l'opposabilité de la planification sanitaire dans le domaine hospitalier est source d'une restriction à la liberté d'entreprendre des établissements de santé privés. Cette opposabilité apparaît également comme une source de contraintes supplémentaires pour les établissements publics de santé, en limitant davantage la portée du principe de leur autonomie juridique.

En effet, toute la politique générale des établissements publics de santé doit être définie sur la base des prévisions et des objectifs de la planification sanitaire dans le cadre de leur projet d'établissement, qui doit être compatible avec le schéma régional de santé<sup>1601</sup>.

---

<sup>1596</sup> V. art. L. 1434-3-2° du CSP.

<sup>1597</sup> Art. L. 1434-3-II du CSP ; Art. L. 6122-1 du CSP.

<sup>1598</sup> Art. L. 6122-2-1°, 2° du CSP.

<sup>1599</sup> LOPEZ, Alain, BRECHAT, Pierre-Henri, « Pour une planification en santé adaptée à notre temps », *RDSS*, 2016, p. 612.

<sup>1600</sup> V. Cour des comptes, « Vingt ans de recomposition de l'offre de soins : un bilan décevant » in *Rapport sur la Sécurité sociale*, 2015, p. 203.

<sup>1601</sup> Art. L. 6143-2 du CSP.

De la même manière, le volet hospitalier de la planification sanitaire est censé déterminer, dans un cadre territorial, les transformations, les regroupements et les coopérations nécessaires des établissements de santé. Ce volet hospitalier comporte des mesures d'exécution en vue de la restructuration de l'offre de soins hospitalière. Cependant, les mesures d'exécution dans ce domaine sont censées se développer sur la base du principe de consensualisme, elles ne sont pas verticalement imposées aux établissements de santé. Par conséquent, il apparaît que la planification sanitaire n'est pas opposable aux établissements de santé, en ce qui concerne la restructuration de l'offre de soins hospitalière. Or, le principe d'inopposabilité est valable pour les établissements de santé privés, il apparaît que sa portée est beaucoup plus limitée en ce qui concerne les établissements publics de santé. En ce sens, dans le cadre de leur mission de coordination du système de santé, les agences régionales de santé sont dotées du pouvoir d'imposer aux établissements publics de santé d'exécuter les objectifs du schéma régional de santé dans le domaine de la restructuration de l'offre de soins. Ainsi, les établissements publics de santé peuvent être obligés par le directeur générale de l'agence régionale de santé de conclure une convention de coopération, de créer un groupement de coopération sanitaire, voire de s'engager dans le cadre d'une procédure de fusion entre établissements de santé<sup>1602</sup>.

L'opposabilité renforcée de la planification sanitaire à l'égard des établissements publics de santé est significative de l'ampleur des pouvoirs de tutelle conférés au directeur générale de l'agence régionale de santé à l'égard de ces établissements et permet de souligner leur fonction de service public au sein du système de santé. Cependant, il peut en résulter une conséquence néfaste de concentration de l'organisation de l'offre de soins autour des seuls établissements publics de santé. Or, le caractère hospitalo-centré du système de santé français se trouve consolidé par la réforme Touraine du 26 janvier 2016, au travers de la réintroduction de la notion de service public hospitalier<sup>1603</sup> et au travers de la mise en place d'une démarche de coopération territoriale obligatoire pour les établissements publics de santé dans le cadre des communautés hospitalières de territoire<sup>1604</sup>.

La planification sanitaire, par son caractère impératif à l'égard des établissements de santé, s'est imposée comme un instrument alternatif à la notion de service public dans le processus de construction du système hospitalier. Par ailleurs, depuis la réforme Bachelot du 21 juillet 2009, la planification sanitaire comporte un volet ambulatoire, qui est relatif à

---

<sup>1602</sup> Art. L. 6131-2 du CSP.

<sup>1603</sup> *Supra*, p. 338 et s.

<sup>1604</sup> *Supra*, p. 347 et s.

l'organisation territoriale de l'offre de soins de ville. Cependant, dans ce domaine, la planification n'a pas un caractère opposable aux offreurs de soins de ville, ce qui fait que les différentes mesures d'exécution du schéma régional de santé par les professionnels de santé de ville reposent sur l'initiative des professionnels eux-mêmes. Pour cette raison, malgré l'intégration de l'offre de soins de ville dans le cadre de la planification sanitaire, la régulation de ce composant de l'offre de soins par les agences régionales de santé reste marquée par son inefficacité.

## 2. L'inefficacité de planification de l'offre de soins de ville : un caractère incitatif

L'intégration de l'offre de soins de ville dans le cadre de la planification sanitaire a été considérée comme l'un des aspects « les plus innovants » de la réforme Bachelot de 2009, dans la mesure où, pour la première fois, le secteur de l'offre de soins de ville était envisagé comme un composant du système de santé qui n'intéresse pas uniquement la sécurité sociale<sup>1605</sup>. En ce sens, deux grandes justifications de l'instauration d'une planification territoriale de l'offre de soins de ville peuvent être invoquées.

La première justification se réfère à la nécessité de contrôler davantage l'évolution de l'activité des professionnels de santé de ville au sein du marché des soins, de manière comparable au contrôle établi sur l'activité des établissements de santé par le biais du mécanisme de l'autorisation administrative préalable. Or, c'est à la suite des réformes hospitalières du 31 juillet 1991 et du 24 avril 1996, que la planification originellement hospitalière est devenue une planification sanitaire, en raison de l'intégration en son sein d'un grand nombre d'activités de soins, dont la création a été soumise au régime de l'autorisation préalable. Dans cette logique, certains auteurs ont constaté que les professionnels et les structures de santé de ville, exerçant des activités de soins soumises au régime de l'autorisation préalable, se sont trouvés, de facto, intégrés au sein du dispositif de la planification sanitaire<sup>1606</sup>. Ainsi, la planification sanitaire serait applicable et même opposable à l'offre de soins de ville beaucoup avant l'entrée en vigueur de la réforme du 21 juillet 2009. Cette vision a été confirmée par la jurisprudence, qui a soumis à l'obtention d'une autorisation administrative préalable, l'installation d'un équipement matériel lourd, mentionné à l'article R. 6122-26 du code de la santé publique, au sein d'un cabinet de soins de ville. Cependant,

---

<sup>1605</sup> CHAUVIN, Francis, « De l'agence on à l'régionale de l'hospitalisation à l'agence régionale de santé », *RDSS*, 2009, p. 65.

<sup>1606</sup> COUTY, Edouard, DUPONT, Marc, « De la planification hospitalière à l'organisation des soins », *op.cit.*



l'applicabilité de la planification sanitaire aux professionnels de santé de ville avant la réforme de 2009 est restée assez insignifiante, d'un côté, puisque la création des activités de soins n'est soumise à un régime d'autorisation que dans le cadre des établissements de santé, ainsi que des structures comparables à ces derniers, ce qui exclut les cabinets traditionnels de soins de ville, et, d'un autre côté, puisque la liste d'équipements matériels lourds soumis à un régime d'autorisation est assez courte et ne concerne que des équipements coûteux et hautement spécialisés, rarement utilisés par les cabinets de soins de ville. En ce sens, aujourd'hui encore, la détermination des créations et des suppressions d'activités de soins et d'équipements matériels lourds reste intégrée dans le cadre du volet hospitalier de la planification sanitaire, même si, dans certaines hypothèses, cet élément de la planification est susceptible de produire des effets juridiques à l'égard des structures de santé de ville.

Il existe également une deuxième justification de l'extension de la planification sanitaire à l'offre de soins de ville. Cette justification est liée à la nécessité d'assurer une répartition territoriale équilibrée des professionnels de santé de ville. Or, il s'agit ici de l'un des grands défis devant le système de santé français, en raison de la répartition territoriale déséquilibrée des professionnels de santé de ville, et notamment des médecins de ville, qui est constitutive d'un obstacle à l'accès aux soins des populations situées sur certains territoires. Ce constat est d'autant plus inquiétant, dans la mesure où ce sont les professionnels de santé de ville, qui doivent assurer la prestation des soins de santé de premier recours. Pour cette raison, le volet ambulatoire du schéma régional de santé doit indiquer les besoins en termes d'implantation pour l'exercice de soins de premier recours et de soins de second recours qui sont du ressort de l'offre de soins de ville<sup>1607</sup>. Par ailleurs, la planification de l'offre de soins de ville implique la détermination des zones caractérisées par une offre de soins insuffisante ou par des difficultés dans l'accès aux soins, ainsi que des zones dans lesquelles le niveau de l'offre de soins est particulièrement élevé<sup>1608</sup>. C'est à l'intérieur de ces zones que sont censées s'appliquer les mesures d'exécution de la planification sanitaire à l'égard des professionnels de santé de ville.

Cependant, l'intégration de l'offre de soins de ville dans le champ de la planification sanitaire s'est effectuée au prix de la consécration du caractère non opposable du volet ambulatoire du schéma régional de santé à l'égard professionnels de santé libéraux<sup>1609</sup>. Il y a deux facteurs principaux qui expliquent le choix du caractère non opposable de la

---

<sup>1607</sup> Art. L. 1434-3-I-2° du CSP.

<sup>1608</sup> Art. L.1434-4-1°, 2° du CSP.

<sup>1609</sup> V.art. L. 1434-I-1° du CSP.

planification sanitaire à l'égard de l'offre de soins de ville. Le premier facteur est lié à la tradition d'une régulation essentiellement tarifaire de l'offre de soins de ville, qui s'effectue sur la base des conventions conclues avec les organismes de l'assurance maladie<sup>1610</sup>. Le deuxième facteur réside dans l'importance accordée au principe de liberté d'installation territoriale, attaché au statut libéral de la grande majorité de professionnels de santé de ville<sup>1611</sup>.

Pour autant, le principe du caractère non opposable de la planification sanitaire à l'égard des professionnels de santé libéraux n'a pas empêché l'adoption de certains dispositifs efficaces pour dissuader les installations de certains professionnels de santé de ville dans le cadre des zones qui apparaissent comme sur-dotés en offre de soins de ville. Un exemple en ce sens peut être donné avec le dispositif du conventionnement sélectif, qui a été mis en place pour réguler l'installation territoriale de certaines professions de santé libérales<sup>1612</sup>. Cependant, il n'existe pas pour le moment de dispositifs coercitifs pour conditionner l'installation des professionnels de santé de ville dans les zones caractérisées par l'existence des difficultés dans l'accès aux soins de ville. Sur ce plan, les mesures d'exécution du volet ambulatoire du schéma régional de santé se caractérisent par sa souplesse. En ce sens, la régulation territoriale de l'offre de soins de ville est fondée sur une logique de recherche d'adhésion volontaire des professionnels de santé aux objectifs de la planification sanitaire. La régulation en question s'appuie, par conséquent, sur deux grandes séries d'instruments, qui sont les incitations financières, les aides publiques à l'installation des professionnels de santé libéraux dans les zones déficitaires en termes d'offre de soins de ville, ainsi que les actes contractuels<sup>1613</sup>.

Or, il a été démontré que la démarche de régulation incitative de la répartition territoriale des offreurs de soins de ville ne donnait pas des résultats suffisants. Cette fragilité ne résulte pas tant du caractère non opposable de la planification sanitaire aux professionnels de santé libéraux, ni du caractère incitatif de ses mesures d'exécution, mais surtout de l'absence de cohérence dans la mise en œuvre de cette politique de régulation. En effet, les dispositifs contractuels et incitatifs, qui existent en la matière, sont très nombreux et leur mise en œuvre dépend souvent de plusieurs autorités différentes (agences régionales de santé, organismes d'assurance maladie, collectivités territoriales). Cela conduit à un enchevêtrement

---

<sup>1610</sup> V. *supra*, p. 115.

<sup>1611</sup> V. *supra*, p. 134 ; p. 146.

<sup>1612</sup> V. *supra*, p. 150.

<sup>1613</sup> V. en ce sens l'exemple du contrat d'engagement au service public, *supra*, p. 155.

des dispositifs en question, ce qui est source d'illisibilité pour les professionnels de santé. De la même manière, cette politique reste orientée autour d'une incitation exclusivement financière. Il manque ainsi une réflexion sur d'autres types de mesures incitatives, qui pourraient influencer davantage les comportements de professionnels de santé concernés<sup>1614</sup>.

Cependant, malgré les différentes propositions émises en ce sens, la perspective de l'adoption de mesures coercitives, dans l'objectif de rééquilibrer la répartition territoriale des offreurs de soins de ville, reste une hypothèse inenvisageable dans le contexte français<sup>1615</sup>. Cela permet de constater qu'il subsiste encore des difficultés qui empêchent l'intégration de l'offre de soins de ville non seulement dans le champ de la notion de service public en matière de santé, mais également dans le cadre du système de santé.

Pour cette raison, d'autres moyens ont été envisagés pour renforcer l'intégration des professionnels de santé de ville au sein du système de santé. La démarche priorisée en la matière est devenue la promotion de l'exercice coordonné, voire groupé des professionnels de santé de ville dans un cadre territorial.

Par ailleurs, la recherche d'une coordination de l'offre de soins, sur la base de formules de coopération entre les offreurs de santé, est également un élément qui caractérise le régime juridique applicable à l'organisation du système de santé français.

## ***§2. L'aménagement d'une coordination de l'offre de soins sur la base de la coopération entre les offreurs de soins***

La régulation de l'offre de soins par les agences régionales de santé est un premier élément censé assurer la coordination des offreurs de soins au sein du système de santé. Cependant, dans l'objectif de renforcer cette coordination, une démarche de coopération entre l'ensemble des offreurs de soins a été progressivement développée par les réformes juridiques adoptées en matière de santé.

En ce sens, la loi Kouchner du 4 mars 2002 est venue promouvoir la logique de structuration en réseau de l'ensemble de l'offre de soins<sup>1616</sup>. La réforme Bachelot du 21 juillet 2009 avait également insisté sur la nécessaire coopération entre les offreurs de soins

---

<sup>1614</sup> *Supra*, p. 148

<sup>1615</sup> *Supra*, p. 149 et s.

<sup>1616</sup> V. Art. L. 6321-1 du CSP.

dans la prise en charge des différents recours de soins<sup>1617</sup>. La loi de modernisation du système de santé du 26 janvier 2016 avait intensifié la démarche de coordination territoriale de l'offre de soins sur la base de plusieurs nouveaux outils territoriaux de coopération comme les équipes de soins primaires<sup>1618</sup>, les communautés professionnelles territoriales de santé<sup>1619</sup> et les groupements hospitaliers de territoire<sup>1620</sup>. La loi relative à l'organisation et à la transformation du système de santé du 24 juillet 2019 a parachevé ce processus en promouvant davantage la logique de décloisonnement dans la coopération territoriale entre les offreurs de santé.

Or, la promotion de la démarche de coopération entre l'ensemble des offreurs de soins est passée par deux étapes essentielles. En effet, l'initiation de ce processus a impliqué, tout d'abord, la mise en place d'une série d'outils pour asseoir la coopération entre les offreurs de soins(A). La deuxième étape de déploiement de ce processus se réfère, ensuite, à l'expérimentation de nouveaux modes de financement communs aux différents secteurs de l'offre de soins (B).

#### A. La multiplication d'outils de coopération sanitaire

La première étape de la mise en place d'une démarche de coopération entre les offreurs de soins se réfère à l'aménagement d'outils juridiques censés appuyer cette coopération. Cependant, les outils qui ont été créés en la matière n'ont pas permis d'ériger la coopération en principe de base du fonctionnement du système de santé français (1). Pour cette raison, la loi de transformation du système de santé du 24 juillet 2019 a voulu procéder au renforcement et au décloisonnement de la démarche de coopération territoriale entre les offreurs de soins(2).

---

<sup>1617</sup> La loi du 21 juillet 2009 avait procédé à la définition et à la structuration des soins de santé en soins de premier recours, recentrés autour du médecin généraliste, soins de second recours, dispensés par les médecins spécialistes et par les établissements de santé locaux, et soins de troisième recours pris en charge par les centres hospitaliers universitaires et quelques rares établissements de santé privés hyperspécialisés : V. AISSOU, Mourad, DANOS, Jean-Pierre, JOLIVET, Alexia, *Structurer les parcours de soins et de santé*, Bordeaux, LEH, 2016, p. 14.

<sup>1618</sup> *Supra*, p. 210.

<sup>1619</sup> *Supra*, p. 212.

<sup>1620</sup> *Supra*, p. 345 et s.

## 1. La fragilité initiale des formules de coopération sanitaire

Malgré la succession de plusieurs formules juridiques dédiées à la coopération entre les offreurs de soins, la fragilité des instruments en question apparaît clairement au travers de l'examen des outils juridiques principaux qui existent en la matière, à savoir les réseaux de santé, mis en place par la loi du 4 mars 2002 (a), ainsi que les formules de coopération créées par la loi du 26 janvier 2016 (b).

### a. Le bilan contrasté des réseaux de santé

La formule de réseaux de santé constitue un premier outil de coopération en réponse de la nécessité d'assurer la coordination de l'ensemble des offreurs de soins. En ce sens, l'objectif qui a été assigné aux réseaux de santé est de contribuer à l'amélioration de la prise en charge globale des patients, favorisée par le décloisonnement entre les professionnels de ville, les établissements de santé publics, les établissements privés à but lucratif ou non lucratif, les centres de santé, les médecins du travail, les établissements et professionnels du secteur médico-social et du secteur social<sup>1621</sup>.

Initialement, les réseaux de santé se sont développés de manière informelle, dans le cadre de la pratique des offreurs de soins. En ce sens, les premiers réseaux de santé ville-hôpital sont apparus dans l'objectif d'assurer la coopération de ces deux acteurs de santé dans la prise en charge de certaines pathologies chroniques (diabète, hypertension artérielle) ou lourdes (cancer, VIH). C'est l'article 84 de la loi Kouchner du 4 mars 2002 qui a procédé par la suite à l'institutionnalisation de cette formule de coopération au sein du Code de la santé publique, dans l'objectif d'en faire un outil de coordination des offreurs de soins dans la prise en charge des parcours des patients, mais aussi un outil en faveur de la restructuration de l'offre de soins et de la réorganisation des modes d'exercice des activités de santé. En vertu de l'article L. 6321-1 du code de la santé publique, les réseaux de santé se caractérisent à la fois par une dimension matérielle, et par une dimension organique. Sur le plan matériel, les réseaux de santé ont pour objet de favoriser l'accès aux soins, la coordination, la continuité et l'interdisciplinarité des prises en charge sanitaires au travers de la prise en charge d'une vaste

---

<sup>1621</sup> V. Circulaire DHOS/O3/CNAM n° 2007-88 du 2 mars 2007 relative aux orientations de la DHOS et de la CNAMTS en matière de réseaux de santé et à destination des ARH et des URCAM ; Instruction DGOS/PF3 no 2012-349 du 28 septembre 2012 relative au guide méthodologique « Améliorer la coordination des soins : comment faire évoluer les réseaux de santé » ; RAVALET, Alain, « La recomposition de l'offre hospitalière publique et privée dans le cadre des réseaux de santé », *RDSS*, 2006, p. 879.

gamme d'activités de santé comme l'éducation à la santé, la prévention, le diagnostic et les soins. Sur le plan organique, les réseaux de santé sont désormais ouverts à l'ensemble des offreurs de santé qui souhaitent s'engager dans une démarche de coopération : les professionnels de santé libéraux, les médecins du travail, les établissements de santé, les groupements de coopération sanitaire, les centres de santé, les institutions sociales et médico-sociales.

Par ailleurs, les réseaux de santé apparaissent, en première vue, comme des formules souples de coopération sanitaire. Ils traduisent ainsi une logique de coopération fonctionnelle entre les offreurs de soins, dans la mesure où leur constitution repose en principe sur la conclusion, par les acteurs intéressés, d'une convention. Il apparaît néanmoins, que les pouvoirs publics ont voulu privilégier le développement des réseaux de santé. Pour cette raison, il a été prévu que ces réseaux pouvaient bénéficier de subventions et de financements publics octroyés par l'Etat, les collectivités territoriales ou l'assurance maladie<sup>1622</sup>. De plus, en vertu de l'article L. 6321-2 du Code de la santé publique, les réseaux de santé peuvent se constituer dans le cadre de certaines formules de coopération dotées de la personnalité morale, comme les groupements de coopération sanitaire ou les groupements d'intérêt public, afin de mieux remplir leurs missions légales. En ce sens, les réseaux de santé ont pu être caractérisés comme une « étape intermédiaire »<sup>1623</sup>, une « catégorie hybride »<sup>1624</sup> entre la coopération conventionnelle et la coopération institutionnelle.

Cependant, il existe des facteurs susceptibles d'expliquer le bilan contrasté des réseaux de santé, qui n'ont pas pu s'imposer comme des outils de coopération sanitaire conduisant à une transformation de modes d'exercice des activités de santé dans le cadre du système de santé français.

En premier lieu, il apparaît que les réseaux de santé ne s'inscrivent pas suffisamment dans le processus d'organisation territoriale du système de santé. Les réseaux de santé n'ont jamais été conçus comme des formules spécifiquement dédiées à la coordination territoriale des offreurs de santé. Ils sont restés toujours conçus comme des outils de coopération destinés à la prise en charge spécifique à certaines pathologies, à certaines populations ou à certaines activités sanitaires.

---

<sup>1622</sup> Art. D. 6321-2 du CSP.

<sup>1623</sup> MOQUET-ANGER, Marie Laure, *Droit hospitalier*, *op.cit.*, p. 130.

<sup>1624</sup> HARDY, Jacques, *Droit des coopérations sanitaires, sociales et médico-sociales*, Paris, Lamy, 2013, p. 54.

En outre, la coopération dans le cadre des réseaux de santé est une démarche facultative, basée sur l'initiative des offreurs de soins. Les pouvoirs publics n'interviennent en la matière que par le biais de la méthode classique de l'incitation financière afin de stimuler la création des réseaux de santé. En ce sens, il n'existe aucune perspective de rendre la constitution des réseaux de santé obligatoire dans le cadre du système de santé français. L'adhésion à un tel réseau reste, en effet, subordonnée au respect du principe de la liberté à la fois en ce qui concerne les patients, ainsi qu'en ce qui concerne les professionnels et les établissements de santé<sup>1625</sup>.

Afin de remédier aux insuffisances qui ont freiné le développement des réseaux de santé, la réforme du système de santé du 26 janvier 2016 avait privilégié de nouvelles formules destinées à renforcer la dimension territoriale de la coopération en matière de santé, mais qui ne sont pas exemptées de certaines limites.

b. Les limites des formules de coopération mises en place par la loi du 26 janvier 2016

Dans le cadre de la loi Touraine de 2016, les communautés professionnelles territoriales de santé apparaissent comme la nouvelle formule de base de coopération territoriale entre les offreurs de santé<sup>1626</sup>.

A la différence des réseaux de santé, les communautés professionnelles territoriales de santé sont des formules spécifiquement dédiées à la coordination territoriale des offreurs de soins. En ce sens, elles sont censées promouvoir leurs actions dans le cadre de territoires préalablement définis. Elles doivent également contribuer, par le biais de leurs projets de santé, à la réalisation des objectifs du projet régional de santé<sup>1627</sup>.

De la même manière, même si la constitution des communautés professionnelles de santé n'est pas imposée et repose sur l'initiative des acteurs de santé, les agences régionales de santé peuvent engager, en dernier ressort, les initiatives nécessaires à la mise en place de ces communautés sur le territoire<sup>1628</sup>.

En revanche, les communautés professionnelles territoriales de santé ne constituent pas un outil de coopération ouvert à l'ensemble des offreurs de soins sur un territoire donné.

---

<sup>1625</sup> V. C. Cass., 1<sup>re</sup> civ., 22 sept. 2016, n° 15-23. 664.

<sup>1626</sup> *Supra*, p. 212.

<sup>1627</sup> Art. L. 1434-12 du CSP.

<sup>1628</sup> *Ibid.*

Il résulte de l'article L. 1434-12 du Code de la santé publique, que ces communautés sont constituées entre les professionnels de santé de ville. Par conséquent, elles apparaissent avant tout comme des formules de coopération dédiées à l'organisation et à la prise en charge des soins de premier recours<sup>1629</sup>. En ce sens, les communautés professionnelles territoriales de santé ne sont pas censées en principe intégrer en leur sein les établissements de santé.

L'existence d'une telle restriction pourrait s'expliquer par la création d'outils de coopération territoriale propres aux établissements de santé, qui sont les groupements hospitaliers de territoires. Cependant, ces outils s'inscrivent également dans une logique de coopération cloisonnée, dans la mesure où elles sont réservées aux seuls établissements publics de santé. De plus, aucune démarche de coordination entre ces deux formules de coopération sanitaire, mises en place par la loi du 26 janvier 2016, n'a été prévue par ce texte législatif.

Dans cette configuration, la loi du 24 juillet 2019 relative à la transformation du système de santé met en avant la priorité de renforcer la coordination territoriale de l'offre de soins par le biais de la démarche de la coopération sanitaire. Afin de promouvoir davantage cette démarche, la réforme de 2019 privilégie la coopération territoriale entre les offreurs de soins. Cependant, la loi de 2019 essaie également d'approfondir les apports des réformes précédentes dans le domaine de la coopération, en favorisant une forme de coordination plus décloisonnée entre les offreurs de soins.

## 2. L'effort d'approfondissement de la coopération sanitaire territoriale par la loi du 24 juillet 2019

Le décloisonnement de l'organisation des soins, par l'approfondissement de la coordination territoriale de l'offre de soins, est l'un des objectifs principaux de la réforme du système de santé du 24 juillet 2019. Pour atteindre cet objectif, cette réforme insiste sur l'instauration d'un collectif de soins au service des patients sur chaque territoire<sup>1630</sup>. La notion du collectif de soins renvoie à la responsabilité de tous les acteurs de santé d'un territoire donné dans l'amélioration de la santé de la population et dans la prise en charge optimale des patients de ce territoire, responsabilité qui se trouve désormais consacrée par le Code de la

---

<sup>1629</sup> V. CORMIER, Maxence, « Les communautés professionnelles territoriales de santé : l'organisation des soins de premiers recours de demain ? », *RDSS*, 2019, p. 64.

<sup>1630</sup> V. Titre II de la loi n° 2019-774 du 24 juillet 2019.



santé publique<sup>1631</sup>. La notion de collectif de soins recouvre ainsi deux volets de la coopération territoriale entre les offreurs de soins qui se trouvent renforcés par la loi du 24 juillet 2019.

En premier lieu, la loi du 24 juillet 2019 renforce la logique de coopération entre les offreurs de soins dans la prise en charge des différents recours de soins. En ce sens, les équipes de soins primaires, mises en place par la loi du 26 janvier 2016, restent les formules privilégiées au vu de la prise en charge des soins de premier recours<sup>1632</sup>. De la même manière, la démarche de coopération entre les offreurs de soins est désormais privilégiée pour la prestation des soins de deuxième recours. En ce sens, les équipes de soins spécialisés sont censés constituer la nouvelle formule de base de coopération des professionnels de santé autour des médecins spécialistes<sup>1633</sup>. Dans ces circonstances, les communautés professionnelles territoriales de santé apparaissent désormais comme des formules dédiées à la coopération territoriale de l'ensemble des professionnels de santé de ville, susceptible de se réunir préalablement au sein des équipes de soins primaires et spécialisés. Du côté de l'offre hospitalière, la réforme du 24 juillet 2019 confirme l'importance des groupements hospitaliers de territoire au vu de la prise en charge graduée des soins hospitaliers sur un territoire donné. Par conséquent, la réforme du 24 juillet 2019 érige la coopération territoriale entre les offreurs de soins en principe structurel du système de santé français.

Par ailleurs, avec la réforme du 24 juillet 2019, les communautés professionnelles territoriales de santé apparaissent comme des formules de coopération quasi-obligatoires. En ce sens, les pouvoirs de régulation des agences régionales de santé à l'égard de ces communautés se trouvent renforcés, dans la mesure où les directeurs généraux de ces agences disposent désormais du pouvoir d'approbation des projets des communautés professionnelles territoriales de santé. Cela permet à l'autorité de régulation de l'offre de soins de s'assurer que ces projets respectent les objectifs de la planification sanitaire qui sont fixés au sein du projet régional de santé<sup>1634</sup>. Il en résulte, que sans être encore expressément imposée, la coopération territoriale des professionnels de santé de ville dans le cadre des communautés professionnelles territoriales de santé se trouve fortement privilégiée.

---

<sup>1631</sup> Art. L. 1434-10-I-A du CSP.

<sup>1632</sup> V. art. L. 1411-11-1, al.1, du CSP en vertu duquel les équipes de soins primaires concrétisent la coopération des professionnels de santé de premier recours autour des médecins généralistes de premier recours.

<sup>1633</sup> Art. L. 1411-11-1, al.3 du CSP.

<sup>1634</sup> V. art. L. 1434-12, al. 4 du CSP.

La deuxième dimension de la notion du collectif de soins se réfère davantage à un processus de décloisonnement de la coordination territoriale de l'offre de soins. Ce décloisonnement est censé s'opérer au travers des nouveaux projets territoriaux de santé mis en place par la réforme du 24 juillet 2019. En effet, le projet territorial de santé apparaît comme un document élaboré par l'ensemble des offreurs de soins sur un territoire donné (communautés professionnelles territoriales de santé, établissements de santé, services sociaux et médico-sociaux) dans l'objectif d'assurer la coordination de leur action. Ce document est censé déterminer le territoire pertinent pour l'organisation des parcours de santé, ainsi que les modalités d'amélioration de l'accès aux soins, de la continuité des soins et de la coordination des parcours de santé<sup>1635</sup>.

La loi du 24 juillet 2019 contribue, en ce sens, au renforcement de la cohésion interne de l'offre de soins au sein du système de santé français, conformément à une logique de service public. Cependant, cette loi ne pourrait pas être analysée comme une réforme qui fonde l'organisation du système de santé sur la notion-même de service public, ou plus précisément, sur la notion de service territorial de santé.

En ce sens, la coopération sanitaire continue à s'effectuer en principe sur la base de l'initiative des acteurs de santé eux-mêmes, ce qui conduit à nuancer la portée de l'approche du service public en la matière. En effet, une approche stricte du service public s'applique uniquement aux établissements publics de santé, dont la coopération territoriale au sein des groupements hospitaliers de territoire est imposée par la loi et peut être déclenchée, le cas échéant, par les agences régionales de santé.

En ce sens, la démarche de coopération territoriale entre les offreurs de soins, favorisée par la réforme du 24 juillet 2019, est fondée sur une logique de service public, mais traduit davantage une logique ascendante d'organisation territoriale du système de santé. En effet, les grands axes de l'organisation territoriale de soins sont désormais fixés au sein du diagnostic territorial partagé, qui est élaboré par les conseils territoriaux de santé dans le cadre des territoires de démocratie sanitaire<sup>1636</sup>. Sur la base de ce document, les offreurs de soins du territoire doivent élaborer par la suite leurs projets de santé respectifs. Par ailleurs, la coordination des actions des offreurs de soins d'un territoire de santé est censée désormais se concrétiser dans le cadre des projets territoriaux de santé. Or, l'élaboration de ces projets relève également de l'initiative des offreurs de soins, et plus précisément, des communautés

---

<sup>1635</sup> V. art. L. 1434-10-III du CSP.

<sup>1636</sup> *Supra*, p. 519.

professionnelles territoriales de santé. Dans le cadre de ce dispositif, les agences régionales de santé disposent d'un rôle de régulation, qui est envisagé de manière souple, dans la mesure où celles-ci doivent essentiellement s'assurer que les actions et les projets des offreurs de soins s'effectuent dans le respect des objectifs du projet régional de santé<sup>1637</sup>.

De la même manière, la loi du 24 juillet 2019 semble abandonner la logique de coopération entre les offreurs de soins dans le cadre des formules de coopération conventionnelles ou institutionnelles. Ainsi, dans l'objectif de garantir le développement d'une coopération sanitaire plus décloisonnée, cette loi a privilégié un instrument plus souple et informel de coopération qui est le projet territorial de santé.

Comme le précise l'exposé des motifs de la loi du 24 juillet 2019, le processus de décloisonnement et de coordination du système de santé implique l'assouplissement des contraintes pesant sur les offreurs de soins qui doivent prendre, eux-mêmes, les initiatives nécessaires pour s'engager dans une démarche de coopération. Or, cette logique s'inscrit dans le cadre du concept du système de santé et contraste avec l'approche de service public dans l'organisation de l'offre de soins.

Cependant, il existe un autre élément indispensable au vu de l'approfondissement de la démarche de coopération entre les offreurs de soins. Cet élément réside dans l'évolution des modes de financements des offreurs de soins. En ce sens, le plan « Ma santé 2022 » a insisté sur la nécessité de décloisonner les financements des offreurs de soins dans l'objectif de renforcer la logique de décloisonnement dans l'organisation de l'offre de soins<sup>1638</sup>. Pour cette raison, l'introduction des nouveaux modes de financements des offreurs de soins a été énoncée dans le cadre de ce plan dans l'objectif d'adapter davantage le financement à la logique de coordination de l'offre de soins dans la prise en charge des parcours des patients<sup>1639</sup>.

---

<sup>1637</sup> Sur l'ensemble du dispositif, V. art. L. 1434-10-III du CSP.

<sup>1638</sup> Ministère des solidarités et de la santé, *Ma santé 2022. Un engagement collectif*, sept. 2018, p. 12 ; disponible sur : solidarites-sante.gouv.fr.

<sup>1639</sup> *Ibid.*, p. 45.

## B. Vers l'introduction de nouvelles modalités de financement des offreurs de soins, adaptées à la démarche de coopération sanitaire

Pendant longtemps, le modèle français du financement de l'offre de soins<sup>1640</sup> se caractérisait par le caractère variable des modes de financement en fonction des secteurs de soins concernés, et plus précisément, en fonction des modes d'exercice des professionnels de santé et des statuts juridiques des établissements de santé. Or, progressivement, le système de santé français s'est engagé dans une voie d'harmonisation des modes de financement des offreurs de soins.

Néanmoins, la politique d'harmonisation n'a pas permis de rompre totalement avec l'approche segmentée du financement des différents secteurs de l'offre de soins (1). Dans l'objectif de décloisonner le système de santé et d'inviter les offreurs de soins à s'engager davantage dans une démarche de coopération, de nouveaux modes de financements groupés des offreurs de soins ont commencé à émerger sur le plan juridique et à se concrétiser dans le champ pratique (2).

### 1. La démarche d'harmonisation des modes de financement des offreurs de soins

La politique d'harmonisation des modes de financement des offreurs de soins se traduit, tout d'abord, par une logique d'harmonisation des modes de financement des professionnels de santé de ville et des établissements de santé. Cette harmonisation a été effectuée par la mise en place d'une combinaison de trois modes de financement de l'offre de soins : un financement lié à l'activité produite, un financement incitatif fondé sur la qualité des soins prodigués et un financement forfaitaire pour assurer la pérennité de certaines missions dont l'exercice ne s'adapte pas avec une rémunération basée sur l'activité.

Dans le cadre du système de santé français, le mode principal de financement, qui a été retenu à la fois pour les professionnels de santé de ville, et pour les établissements de santé, est le financement fondé sur l'activité de soins. Ce mode de financement est censé assurer la

---

<sup>1640</sup> COUTY, Edouard, « Financer l'hôpital, le professionnel ou le parcours », *op.cit.*

productivité du système de santé, mais aussi garantir aux usagers la possibilité d'accéder à l'offreur de soins de leur choix dans un délai raisonnable<sup>1641</sup>.

En ce qui concerne la rémunération des professionnels de santé de ville, c'est le principe du paiement à l'acte qui a été retenu. Dès le XIX<sup>e</sup> siècle, ce principe s'est imposé pour la rémunération des médecins de ville<sup>1642</sup>. Il s'agit d'un principe fondamental, propre à la tradition d'exercice libéral des soins de santé de ville en France<sup>1643</sup>. C'est ainsi que jusqu'à 2000, le paiement à l'acte a été le mode de rémunération exclusif des médecins généralistes libéraux<sup>1644</sup>. Dans le même sens, actuellement, la France reste le seul pays occidental où la rémunération des médecins généralistes est composée à plus de 80% d'un paiement à l'acte<sup>1645</sup>.

Dans le cadre du secteur hospitalier, c'est depuis 2004 que la tarification à l'activité a été érigée en mode principale d'allocation des ressources des établissements de santé publics et privés. Ce mode de financement a été mis en place dans l'objectif de renforcer la performance économique des établissements de santé, de garantir la transparence de leur financement, en l'associant à l'activité de soins produite, ainsi que l'égalité de leur traitement sur le plan financier<sup>1646</sup>. Ainsi, au sein des établissements de santé, la tarification à l'activité a été progressivement appliquée à toute l'activité de médecine, chirurgie, obstétrique et odontologie, ainsi qu'aux soins de suite et de réadaptation<sup>1647</sup>.

Il a été souligné néanmoins, que ces modes de financement, fondés sur l'activité des offreurs de soins, « ne tiennent pas compte suffisamment<sup>1648</sup> » de la qualité et de la pertinence des soins prodigués. Ainsi, le paiement à l'acte est susceptible de conduire les professionnels de santé de ville d'augmenter le volume des actes pratiqués sur leurs patients en fractionnant également le contact avec ces derniers<sup>1649</sup>. De la même manière, la tarification à l'activité conduit les établissements de santé à augmenter annuellement le volume de leur activité, notamment dans le contexte des baisses annuelles des tarifs fixés au niveau national, ce qui

---

<sup>1641</sup> AUBERT, Jean-Marc, *Stratégie de transformation du système de santé. Modes de financement et régulation*, Rapport, janv. 2019, p. 3.

<sup>1642</sup> V. BRAS, Pierre-Louis, « Paiement à l'acte/capitation : une réforme ébauchée mais avortée », *Les Tribunes de la santé*, n° 57, 2017, p. 71.

<sup>1643</sup> V. *Supra*, p. 133.

<sup>1644</sup> BRAS, Pierre-Louis, « Paiement à l'acte/capitation : une réforme ébauchée mais avortée », *op.cit.*

<sup>1645</sup> APOLLIS, Benoit, « Vers une transformation financière du système de santé », *RDSS*, 2019, p. 35.

<sup>1646</sup> *Supra*, p. 236.

<sup>1647</sup> *Supra*, p. 237.

<sup>1648</sup> AUBERT, Jean-Marc, *Stratégie de transformation du système de santé. Modes de financement et régulation*, *op.cit.*, p. 4.

<sup>1649</sup> BRAS, Pierre-Louis, « Paiement à l'acte/capitation : une réforme ébauchée mais avortée », *op.cit.*

pourrait avoir des conséquences néfastes sur la qualité des soins avec le risque d'une réduction des durées des consultations et des séjours hospitaliers et d'une moindre attention apportée aux besoins de chaque patient<sup>1650</sup>. Par ailleurs, le financement fondé sur l'activité de soins est susceptible de conduire à la réalisation de certains actes « non pertinents », « redondants » ou « inutiles<sup>1651</sup>. »

Pour cette raison, des modes alternatifs de financement, fondé sur la performance-qualité des offreurs de soins, ont été introduits à la fois dans le secteur des soins de ville, qu'au sein des établissements de santé. Dans le domaine des soins de santé de ville, il s'agit du nouveau mode de rémunération sur objectifs de santé publique, qui est prévu pour certaines catégories de médecins dans le cadre de la dernière convention nationale médicale de 2016<sup>1652</sup>. Pour les établissements de santé, un tel mode de financement existe sur le fondement de l'article L. 162-23-15 du Code de la sécurité sociale qui est relatif au dispositif de l'incitation financière à l'amélioration de la qualité (IFAQ), et qui permet aux établissements de santé de bénéficier d'une dotation complémentaire lorsqu'ils atteignent des résultats évalués à l'aide d'indicateurs liés à la qualité et la sécurité des soins. Ces deux dispositifs de financement fondé sur la qualité des soins sont, cependant, purement incitatifs et complémentaires aux modes de financement basé sur l'activité de soins. En ce sens, aucune sanction n'est prévue à l'égard des offreurs de soins qui n'atteignent pas les objectifs de santé publique ou les indicateurs de qualité préalablement fixés.

En outre, le système de santé français a connu le développement de certains modes de financements forfaitaires. Dans le domaine des soins de santé de ville, une rémunération de type forfaitaire a été mise en place dans le cadre du dispositif du médecin traitant au travers du « forfait patientèle médecin traitant » défini à l'article 15. 4.1 de la convention nationale médicale de 2016<sup>1653</sup>. De la même manière, dans le champ hospitalier, toute une série d'activités susceptibles d'être assumées par les établissements de santé, présentent une particularité qui rend impossible ou très difficile leur financement par la tarification à l'activité. Cela a justifié la mise en place d'un financement forfaitaire pour ce type d'activités

---

<sup>1650</sup> V. BUSSIERES, Jean-François, LE GAL, Cécile, LEGUELIENEL, Géraldine, « Le financement à l'épisode de soins : un modèle efficient pour renforcer le lien ville-hôpital en France et au Québec ? », *RGDM*, n° 27, p. 218.

<sup>1651</sup> AUBERT, Jean-Marc, *Stratégie de transformation du système de santé. Modes de financement et régulation*, *op.cit.*, p. 4.

<sup>1652</sup> V. *supra*, p. 144.

<sup>1653</sup> V. *supra*, p. 145.

par le biais de la dotation de financement des missions d'intérêt général et de l'aide à la contractualisation (MIGAC)<sup>1654</sup>.

Cependant, le financement fondé sur la qualité des soins et le financement au forfait restent secondaires dans le cadre du système de santé français où les offreurs de soins continuent à être financés principalement sur la base de leur activité de soins. Or, les limites de ce type de financement ont été soulignées à plusieurs reprises. D'un côté, le financement à l'activité apparaît comme inadapté aux nouveaux défis de santé publique qui sont les maladies chroniques et le vieillissement de la population et dont la prise en charge par le système de santé implique un renforcement des activités de santé publique, comme la prévention et l'éducation à la santé publique, ainsi qu'une intégration de la logique de parcours de santé des patients. De la même manière, ce type de financement favorise davantage le cloisonnement et la concurrence entre les différents secteurs et acteurs de l'offre de soins.

Ainsi, malgré la réalisation d'une démarche d'harmonisation des modes de financement des différents secteurs de l'offre de soins, conformément à une logique du système de santé, les financements en question sont restés cloisonnés et segmentés, ce qui a empêché l'essor recherché de la coordination et de la coopération entre les offreurs de soins. Pour cette raison, la réforme du financement de l'offre de soins a été considérée comme l'un des leviers de la transformation de l'organisation du système de santé français autour de la coopération entre les acteurs de santé. En ce sens, une série de rapports ont préconisé l'introduction, en combinaison avec le financement basé sur l'activité, de nouveaux modes des financements plus forfaitaires, ainsi que de modalités de financements groupés aux différents offreurs de soins, afin de favoriser davantage leur coordination au service des patients<sup>1655</sup>.

## 2. L'expérimentation des modes de financement commun aux offreurs de soins

Sur le fondement de l'article 58 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2018<sup>1656</sup>, complété par l'article 39 de la loi de financement de la sécurité sociale pour

---

<sup>1654</sup> V. *supra*, p. 240.

<sup>1655</sup> V. VERAN, Olivier, *Mission sur l'évolution du mode de financement des établissements de santé, Une nouvelle échelle de valeur*, *op.cit.*, AUBERT, Jean-Marc, *Stratégie de transformation du système de santé. Modes de financement et régulation*, *op.cit.*

<sup>1656</sup> Loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018, JO, 31 déc. 2017, texte n°1.

2019<sup>1657</sup>, l'article L. 162-31-1 du Code de la sécurité sociale prévoit la possibilité d'expérimentation de nouvelles modalités de financement des offreurs de soins en dérogation aux règles de facturation, de tarification et de remboursement mentionnées par certains articles du même code. Ainsi, sur la base des propositions émises par les rapports préparatoires à la réforme du système de santé du 24 juillet 2019, deux nouveaux modes de financement commun aux offreurs de soins devraient être expérimentés à partir de 2019, à savoir le financement à l'épisode de soins et le financement au suivi pour les pathologies chroniques.

Le paiement à l'épisode de soins a été mis à l'expérimentation à partir de juillet 2019 pour le financement de trois interventions chirurgicales particulières qui sont la colectomie pour cancer, la prothèse totale de hanche et la prothèse totale de genou<sup>1658</sup>. Il s'agit d'un mode de financement censé s'appliquer à certaines interventions chirurgicales lourdes, qui devraient être progressivement financées sur la base d'un forfait global permettant de prendre en compte les soins prodigués en amont et en aval de l'acte chirurgical, c'est-à-dire, les soins précédant l'hospitalisation du patient (essentiellement des consultations médicales), l'intervention chirurgicale et le séjour hospitalier, les soins de suite, ainsi que les éventuelles réadmissions hospitalières en cas de complications. Ce mode de financement est également censé améliorer la qualité des soins prodigués aux patients, en évitant les actes inutiles et les rehospitalisations évitables. Mais, avant tout, le paiement à l'épisode de soins est censé optimiser la coordination des offreurs de soins dans la prise en charge des patients. Cela s'explique, dans la mesure où il s'agit d'un mode de financement groupé des acteurs de santé qui suppose, par conséquent, le versement d'une rémunération forfaitaire à un groupement d'acteurs (les professionnels de santé de ville et les établissements de santé ayant participé à la prise en charge des patients concernés par les interventions chirurgicales ainsi financées) qui doivent se partager celle-ci de la manière la plus efficace possible.

Le deuxième mode de financement commun aux offreurs de soins, dont l'expérimentation a été envisagée en droit français, est le financement forfaitaire de suivi pour la prise en charge des pathologies chroniques. Le principe de l'expérimentation dérogatoire de

---

<sup>1657</sup> Loi n° 2018-1203 du 22 décembre 2018 de financement de la sécurité sociale pour 2019, JO, 23 déc. 2018, texte n° 3.

<sup>1658</sup> Arrêté du 17 juillet 2019 relatif à l'expérimentation nationale d'un paiement à l'épisode de soins chirurgical colectomie pour cancer et fixant la liste des établissements expérimentateurs, JO, 23 juill. 2019, texte n° 4 ; Arrêté du 17 juillet 2019 relatif à l'expérimentation nationale d'un paiement à l'épisode de soins chirurgical prothèse totale de hanche et prothèse totale de genou et fixant la liste des établissements expérimentateurs, JO, 23 juill. 2019, texte n° 5.



ce mode de financement a été consacré par l'article L. 162-22-6-2 du Code de la sécurité sociale. A partir de 2019, sur la base du plan « Ma santé 2022 », le paiement au suivi devrait être mis à l'expérimentation pour deux pathologies chroniques en particulier, qui sont le diabète et l'insuffisance rénale<sup>1659</sup>. Ce mode de financement implique ainsi la création, pour une période déterminée, d'un forfait global que tous les offreurs de soins, participant dans la prise en charge d'un même patient, devraient se partager. Il est censé aboutir à un groupement de toutes les prestations de santé fournies au patient pendant la période déterminée. En ce sens, le paiement au suivi favorise la prise en charge globale et coordonnée des patients sur la base d'une coopération renforcée entre les offreurs de soins. Cependant, la faisabilité immédiate du projet d'un financement forfaitaire englobant l'ensemble des acteurs de santé est fortement douteuse dans le contexte du système de santé français caractérisé par un cloisonnement fort entre les différents secteurs de l'offre de soins. Pour cette raison, le choix a été fait de réaliser ce projet de manière progressive, en consacrant, dans un premier temps, des forfaits propres à chaque acteur de santé (médecins traitants, établissements de santé, etc.). Ce n'est dans le cadre d'une deuxième étape, que ce mode de financement est censé englober l'ensemble des offreurs de soins et s'appliquer, également, à d'autres types de pathologies chroniques<sup>1660</sup>.

En ce sens, le processus de transformation des modes de financement de l'offre de soins et d'évolution vers des modes de financement commun aux offreurs de soins se trouve encore à stade très primaire dans le cadre du système de santé français.

Les nouveaux modes de financement font encore l'objet d'expérimentations. Ils sont ainsi présentés comme des modes de financement dérogatoires de droit commun, ce qui implique nécessairement qu'ils soient limités à la fois dans leurs objets, que dans leur durée dans le temps<sup>1661</sup>. Ainsi, malgré l'ambition de leur pérennisation, la généralisation de ces modes de financement n'est pas certaine et elle ne pourrait s'imposer qu'à l'expiration du délai d'expérimentation et uniquement s'ils se sont avérés performants et reproductibles dans leur mise en œuvre<sup>1662</sup>.

---

<sup>1659</sup> Ministère des solidarités et de la santé, *Ma santé 2022. Un engagement collectif*, op.cit., p. 48.

<sup>1660</sup> *Ibid.*

<sup>1661</sup> En ce sens, l'art. L. 162-31-1 du CSS précise que la durée des expérimentations en question ne peut excéder cinq ans.

<sup>1662</sup> V. APOLLIS, Benoit, « Les enjeux des expérimentations de l'article 51 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2018, *JDSAM* n° 24, 2019, p. 6.

Par ailleurs, les expérimentations en question sont censées se développer à l'initiative des acteurs de santé eux-mêmes, qui doivent expressément manifester leur volonté pour s'engager dans l'une des expérimentations prévues.

Dans le domaine de la santé, la notion de système de santé est un concept juridique autonome par rapport au service public. Cependant, le système de santé français fonctionne sur le fondement des logiques de service public. Néanmoins, le concept du système de santé ne permet pas de garantir, à lui seul, l'objectif d'égal accès aux soins sur le plan financier et territorial. En ce sens, il est possible d'envisager le recours à la notion de service public, mais dans le cadre d'une fonction renouvelée, non pas comme fondement, mais comme instrument d'organisation du système de santé, dans l'objectif de renforcer l'efficacité du droit fondamental à l'égal accès aux soins. Cependant, c'est la notion contemporaine de service au public qui, par sa définition et par son régime juridique, apparaît comme un instrument plus adapté à la démarche d'organisation du système de santé.

## **Chapitre 2 - La notion de service au public : vecteur des exigences de service public au sein du système de santé**

Comme cela a été démontré, les réformes juridiques adoptées dans le domaine sanitaire depuis les années 2000, ont déclenché la construction, en droit français de la santé, du concept du système de santé, qui, tout en s'inspirant de son régime juridique, a permis de dépasser la notion de service public en matière de santé. De la même manière, la cohésion interne du système de santé a été progressivement renforcée au travers de l'édifice d'un statut juridique des usagers du système de santé et d'un régime juridique applicable à l'organisation de l'offre de soins. Cela implique de repenser le rôle de la notion de service public dans le domaine de la santé, en attribuant à celle-ci une nouvelle fonction comme instrument d'organisation du système de santé.

Le système de santé apparaît comme une forme atténuée de la logique de service public dans le domaine sanitaire. Par conséquent, le système de santé n'est pas en mesure de réaliser pleinement le droit fondamental d'égal accès aux soins, en raison du constat de la persistance des inégalités économiques et territoriales dans l'accès aux soins.

En ce qui concerne les inégalités économiques dans l'accès aux soins, il apparaît, dans certaines hypothèses, que c'est l'organisation-même du système de santé qui est à l'origine de ces inégalités. En effet, la part importante de ressources publiques consacrées au financement des dépenses de santé avait conduit à la mise en place d'une politique de maîtrise des dépenses de l'assurance maladie. L'un des moyens privilégiés dans le cadre de cette politique portait sur l'augmentation de la part du financement de la dépense de santé laissée aux usagers-assurés sociaux. Différents mécanismes étaient aménagés en la matière, comme c'est le cas de l'augmentation des tickets modérateurs<sup>1663</sup> laissés à la charge des usagers, ou

---

<sup>1663</sup> V. en ce sens : Décret n° 93-965 du 29 juillet 1993, JO, 30juill. 1993, p. 10722 et Décret n° n° 93-1089 du 15 septembre 1993, JO, 17 sept. 1993, p. 12985 qui augmente le taux de participation des assurés aux assurés sociaux au 30 % ,u lieu de 25 %, pour les honoraires des médecins, chirurgiens-dentistes et sages-femmes et au 40% au lieu de 35 % pour les honoraires des auxiliaires médicaux et des analyses.

de la création du forfait hospitalier<sup>1664</sup>. Or, ces différents mécanismes peuvent être analysés comme un frein potentiel à l'accès aux soins, notamment à l'égard des personnes défavorisées sur le plan économique. Dans le même sens, le maintien de la possibilité octroyée aux médecins libéraux, de pratiquer des dépassements des honoraires au-delà des tarifs de remboursements de l'assurance maladie, a conduit à l'expansion de cette pratique à la fois au sein du secteur privé<sup>1665</sup> et au sein du secteur public de l'offre de soins<sup>1666</sup>.

Il subsiste également des inégalités territoriales dans l'accès aux soins, que le système de santé n'est pas en mesure de réduire significativement. En ce sens, la planification territoriale de l'offre de soins est le dispositif juridique principal destiné à garantir une répartition équilibrée des ressources de santé sur le territoire. Néanmoins, le principe de la liberté d'installation géographique des médecins libéraux reste un principe fondamental en droit français, dont l'application avait conduit à l'apparition des inégalités territoriales dans l'accès aux soins<sup>1667</sup>. De la même manière, la politique de restructuration hospitalière avait conduit à la fermeture de plusieurs services locaux de médecine, chirurgie et obstétrique, voire à la fermeture de certains petits établissements publics de santé locaux, ce qui a fragilisé la présence d'une offre de soins de proximité sur certains territoires. Ces différents facteurs, qui sont propres à l'organisation et au fonctionnement du système de santé français, ont conduit à une insuffisance de l'offre de soins sur certains territoires, ce qui a accentué les inégalités territoriales dans l'accès aux soins

C'est dans ce contexte que peut être saisie l'utilité du recours à la notion de service public comme instrument d'organisation du système de santé. En effet, comme le souligne le professeur Jacques Chevallier, dans le contexte français, « l'idée d'égalité est au cœur de l'institution des services publics. » En ce sens, non seulement l'égalité est un principe général dans le fonctionnement de tous les services publics, mais au-delà, la notion de service public se présente comme un « agent de redistribution » dans le domaine de la prestation des services essentiels d'intérêt général. Plus précisément, dans le cadre français, le service public est considéré comme vecteur de la cohésion sociale et territoriale, dans la mesure où il est censé garantir « que des groupes socialement ou géographiquement défavorisés ne se voient pas interdire l'accès à des biens jugés essentiels. »

---

<sup>1664</sup> V. art. 4 de la loi n° 83-25 du 19 janvier 1983 portant diverses mesures relatives à la sécurité social, JO 20 janv. 1983, p. 374.

<sup>1665</sup> *Supra*, p. 138 et s.

<sup>1666</sup> *Supra*, p. 357 et s.

<sup>1667</sup> V. *supra*, p. 134 et p. 146.

Par conséquent, le procédé de service public pourrait être utilisé, au sein du système de santé français, pour garantir aux citoyens l'égal accès à tous les services sanitaires qui apparaissent comme essentiels et qui doivent être assurés dans des conditions d'accessibilité financière et territoriale renforcées par rapport aux services sanitaires de droit commun fournis dans le cadre du régime juridique du système de santé.

Cependant, c'est la notion contemporaine de service au public qui apparaît comme mieux adaptée à la démarche d'organisation du système de santé par rapport à la notion classique de service public qui, dans le contexte français, reste fortement marquée par son aspect institutionnel et par son poids idéologique. En effet, la notion de service au public permet de faire référence à un ensemble de missions d'intérêt collectif, soumises à des obligations spécifiques qui peuvent être exercées par différents opérateurs, tout en bénéficiant des financements publics<sup>1668</sup>. En ce sens, le recours à cette notion pourrait conduire à achever la transposition, dans le domaine de la santé, de l'approche fonctionnaliste en matière de services d'intérêt général tirée du droit de l'Union Européenne. Or, la transposition de cette notion dans le domaine de la santé se justifie essentiellement par son caractère adapté à l'organisation du système de santé, à la fois sur le plan conceptuel (**Section 1**), que de point de vue de son régime juridique (**Section 2**). Par ailleurs, on assiste à la création, en droit de la santé, des structures venant concrétiser la notion de service au public (**Section 3**).

## **Section 1. La notion de service au public, notion alternative adaptée aux caractéristiques du système de santé**

La notion de service au public a été conceptualisée par le rapport Mariotti de 2006, rendu dans le cadre du Conseil économique et social<sup>1669</sup>. Cette notion est définie comme un ensemble de « services publics et privés, nécessaires aux populations, répondant aux besoins des usagers et indispensables à la vie des territoires<sup>1670</sup>. » En ce sens, le service au public apparaît comme une réponse à la fois aux besoins des usagers, et aux besoins des territoires.

---

<sup>1668</sup> V. LOMBARD, Martine, « L'avenir du service public au service du public », in CHEVALIER, Jean-Marie, EKELAND, Ivar, FRISON-ROCHE, Marie-Anne (dir.), *L'idée de service public est-elle encore soutenable ?*, Paris, PUF, 1999, p. 248.

<sup>1669</sup> V., supra, p. 207 ; V. sur la notion de service au public : GUGLIELMI, Gilles J., KOUBI, Geneviève, LONG, Martine, *Droit du service public, op.cit.*, p. 449 et s.

<sup>1670</sup> MARIOTTI, Jean-Alain, *Aménagement du territoire, services publics et services au public, op.cit.*, I, p. 11.

Le rapport Mariotti précise que les services au public sont censés contribuer à l'amélioration du cadre de vie des populations, ainsi qu'au renforcement de l'attractivité des territoires<sup>1671</sup>.

Par ailleurs, la notion de service au public est conçue comme un concept adapté à l'approche fonctionnaliste en matière de services d'intérêt générale, promue par le droit de l'Union Européenne.

En effet, il ressort de la définition de la notion de service au public, qui celle-ci se distingue de la notion traditionnelle de service public dans le contexte français. La distinction concerne, tout d'abord, le champ matériel de la notion de service au public. Ce champ matériel apparaît, d'un côté, comme plus restrictif par rapport au champ matériel attaché à la notion classique de service public. La notion de service au public se réfère ainsi uniquement aux services essentiels, indispensables pour la satisfaction des besoins des populations, alors que la notion de service public est censée en principe englober « en bloc » l'ensemble des activités d'intérêt général qui existent dans un secteur donné. Par conséquent, la notion de service au public s'inscrit davantage dans le cadre d'une approche fragmentée.

Cependant, le champ matériel de la notion de service au public peut apparaître, d'un autre côté, comme plus large que celui attaché à la notion classique de service public. Un tel constat s'impose, dans la mesure où le service au public est censé regrouper non seulement des activités de nature publique, mais également certaines activités de nature privée, prises en charge par des personnes privées, lorsque ces activités apparaissent comme étant « de première nécessité » pour les populations d'un territoire donné.

En outre, la notion de service au public est censée s'inscrire dans le cadre d'une démarche de territorialisation de l'action publique. Il y a, en ce sens, un lien essentiel entre les services au public et les territoires, dans la mesure où le concept de service au public doit contribuer à réorganiser et à équilibrer le maillage territorial en services indispensables pour la population, et notamment, à assurer le maintien des services essentiels dans certains territoires fragiles, en particulier dans les zones rurales et dans les zones urbaines périphériques et sensibles.

Ainsi, sur le plan conceptuel, la notion de service au public semble adaptée à la fois à la nature mixte du système de santé français (§1), et à la démarche de territorialisation appliquée à l'organisation de ce système (§2).

---

<sup>1671</sup> *Ibid.* p. 13.

## ***§1. Une notion adaptée à la nature hybride du système de santé français***

Au regard de sa définition, la notion de service au public apparaît comme une notion flexible, permettant d'assurer le passage « d'une conception organique à la française à une conception fonctionnelle axée sur le service rendu<sup>1672</sup>. » Ainsi, la notion de service au public ne fait aucune référence au critère organique, qui a pour autant une valeur essentielle dans le cadre de la notion traditionnelle de service public. Il s'agit ici d'un élément adapté à la nature mixte du système de santé français. En effet, cette nature hybride se manifeste par la diversité des activités et des missions assurées par le système de santé. De la même manière, elle caractérise le pilotage du système de santé, qui est partagé entre l'Etat et l'Assurance maladie, avec une participation plus secondaire des collectivités territoriales. Mais avant tout, cette mixité est liée à la diversité des statuts juridiques des offreurs de soins au sein du système de santé français.

En ce sens, il y a deux éléments importants dans la définition de la notion de service au public, qui apparaissent comme particulièrement adaptés à la démarche d'organisation du système de santé. Tout d'abord, la référence au concept de service au public permet de mettre l'accent sur la nécessité d'assurer au profit de la population la prestation d'un ensemble de services essentiels (**A**). De la même manière, la notion de service au public se caractérise par l'indifférence du statut juridique des activités qu'elle est censée regrouper (**B**).

### **A. La référence à un ensemble de services de base**

Il ressort de la définition de la notion de service au public, que celle-ci est censée regrouper un ensemble de prestations considérées comme « nécessaires » pour les usagers et comme « indispensables » pour les territoires. La notion de service au public tend, par conséquent, à assurer la fourniture, au profit de toute la population, d'un certain nombre de services considérés comme étant de première nécessité. En ce sens, cette notion pourrait être rapprochée de la notion de service universel qui, d'un point de vue matériel, vise également la fourniture d'un ensemble de services de base.

---

<sup>1672</sup> *Ibid.* p.19.

Le service universel est une notion d'origine européenne, qui a été conceptualisée dans le cadre des travaux de la Commission européenne. Par la suite, cette notion a été déclinée au niveau des Etats membres de l'Union Européenne en tant qu'instrument dans le cadre de l'organisation de certains secteurs de services en réseaux, en particulier, le secteur des télécommunications et le secteur postal.

Or, la notion de service universel a toujours été définie par rapport à une logique de prestation de services de base. Dans les années 1990, la Commission Européenne avait défini le service universel dans le domaine des télécommunications par référence à un service minimal dont la qualité est spécifiée et qui est assuré au profit de tout utilisateur à un prix accessible<sup>1673</sup>. Par ailleurs, dans son Livre vert du 21 mai 2003 sur les services d'intérêt général, la Commission européenne avait fourni une définition générale de la notion de service universel, indépendamment du secteur d'activité concerné, en tant qu'« un ensemble d'exigences d'intérêt général dont l'objectif est de veiller à ce que certains services soient mis à la disposition de tous les consommateurs et utilisateurs sur la totalité du territoire d'un État membre, indépendamment de leur position géographique, au niveau de qualité spécifié et, compte tenu de circonstances nationales particulières, à un prix abordable. » En droit français, l'obligation de transposition des directives européennes, avait conduit à la déclinaison d'un service universel au sein du secteur des communications électroniques<sup>1674</sup>, ainsi qu'au sein du secteur postal<sup>1675</sup>.

Ainsi, à l'image de la notion de service universel, qui est censée s'appliquer uniquement à certaines activités déterminées au sein des secteurs concernés, la notion de service au public est censée regrouper uniquement les activités d'intérêt général les plus indispensables au sein des territoires concernés.

Cependant, la définition de la notion de service universel par rapport à un service de base était l'un de ses aspects les plus critiqués au sein de la doctrine juridique française. En effet, la notion européenne de service universel semblait s'inscrire dans une logique très différente de celle de la notion française de service public. Ainsi, le recours au service universel se situait, a priori, dans le cadre d'un processus exclusivement économique<sup>1676</sup>, en accompagnement d'une démarche principale de libéralisation, d'ouverture à la concurrence

---

<sup>1673</sup> V. DEBENE, Marc, RAYMUNDIE, Olivier, « Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification ? », *AJDA*, 1996, p. 183 ; GUGLIELMI, Gilles J., KOUBI, Geneviève, LONG, Martine, *Droit du service public, op.cit.*, p. 163.

<sup>1674</sup> Art. L. 35-1 du CPCE.

<sup>1675</sup> Art. L. 1 CPCE.

<sup>1676</sup> V. BRACONNIER, Stéphane, *Droit des services publics, op.cit.*, p. 82.



des secteurs en réseaux, ce qui faisait que celui-ci se ramenait à un service public minimal, dérogatoire au sein d'un environnement concurrentiel<sup>1677</sup>. Le service universel apparaissait, par conséquent, comme « une version réduite et restrictive » du service public français<sup>1678</sup>.

Il est impossible de nier, pour autant, que la notion de service universel a été à l'origine de l'introduction de certaines obligations juridiques nouvelles qui ont permis d'enrichir la notion française de service public. Parmi ces obligations figure notamment l'obligation d'identification et fourniture, dans le cadre d'une démarche sectorielle, des services essentiels qui doivent être assurés de manière universelle au profit de l'ensemble des usagers, de point de vue géographique et financier<sup>1679</sup>. En ce sens, comme le précise le professeur Didier Truchet, le service universel, puisqu'il vise à garantir l'accessibilité au profit de l'ensemble de la population à certains types de services, permet de recentrer la notion française de service public sur ses fonctions de solidarité sociale et d'aménagement de territoire<sup>1680</sup>.

Par ailleurs, dans le secteur sanitaire, la loi Bachelot du 21 juillet 2009 s'est inspirée du concept de service universel pour procéder à la définition des soins de premiers recours, qui apparaissent comme des services de soins de base, généralistes et constitutifs d'un premier contact pour l'utilisateur avec le système de santé. Par conséquent, l'accessibilité de ce type de soins au profit des usagers devrait être aménagée et garantie dans le cadre du système de santé français.

Il faut également préciser, que malgré la référence à un faisceau de services de base, toujours à l'image du concept de service universel, la notion de service au public est censée avoir un champ matériel évolutif. Par conséquent, le champ matériel de cette notion est susceptible de s'enrichir et d'intégrer des missions complémentaires, à partir de moment où ces missions apparaissent comme essentielles pour répondre aux besoins des usagers à un moment donné. En ce sens, la notion de service au public est censée tenir compte de toute nouvelle exigence d'intérêt général qui peut apparaître dans le domaine où un recours à cette notion a été effectué.

---

<sup>1677</sup> V.GUGLIELMI, Gilles J., KOUBI, Geneviève, LONG, Martine, *Droit du service public, op.cit.*, p 165-166. ; LONG, Marceau, « Service public, services publics : déclin ou renouveau ? », *RFDA, op.cit.*

<sup>1678</sup> MOINE, Gérard, « Le service universel des télécommunications : contenu, financement, opérateurs », *AJDA*, 1997, p. 246.

<sup>1679</sup> LOMBARD, Martine, « Service public et service universel, ou la double inconsistance » in *Les mutations contemporaines du droit public, Mél. en l'honneur de Benoit Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 507.

<sup>1680</sup> TRUCHET, Didier, *Droit administratif, op.cit.*, p. 370.

L'autre élément de définition de la notion de service au public, qui apparaît comme adapté à l'organisation du système de santé, est lié à l'indifférence du statut juridique des opérateurs, ainsi que des prestations rassemblées dans le champ de cette notion.

#### B. L'indifférence du statut juridique des opérateurs et des activités

Il convient de rappeler que la conception française du service public accorde une place importante au critère organique de la notion de service public. En vertu de ce critère, il existe souvent une assimilation entre l'activité de service public, au sens matériel, et l'organisme chargé de la gestion de cette activité. Ce critère a justifié la prédominance, dans le contexte français, de la gestion d'activités qualifiées de service public par des organismes ayant un statut de droit public. Par ailleurs, même dans les hypothèses où la gestion des missions de service public est conférée à des personnes privées, le critère organique de la notion de service public conserve en principe toute sa portée. Dans ces hypothèses, les personnes publiques territoriales responsables du service (Etat ou collectivités territoriales) exercent un contrôle sur le gestionnaire privé, qui se trouve, de son côté, soumis à des sujétions particulières dans l'exercice de l'activité en question, en contrepartie desquelles il est censé normalement bénéficier de certaines prérogatives de puissance publique. Cela explique que la référence à la notion française de service public, implique l'identification des activités qui présentent un « intérêt général caractérisé » au sein de la société et qui pourraient être soumises, par conséquent, au régime juridique contraignant attaché à cette notion.

En revanche, le critère organique n'est pas un critère constitutif de la notion de service au public, ce qui démontre l'influence du droit de l'Union Européenne dans la conceptualisation de cette notion dans le cadre français.

Or, cela implique, tout d'abord, que les services essentiels identifiés dans le cadre du service au public, peuvent être fournis aussi bien par des personnes publiques, que par des personnes privées. Il n'existe aucune exigence particulière relative au statut juridique des prestataires des services au public. Par ailleurs, la coopération entre des acteurs aux statuts juridiques publics et privés est une voie privilégiée par le rapport Mariotti pour la prise en charge des services au public<sup>1681</sup>.

---

<sup>1681</sup> MARIOTTI, Jean-Alain, *Aménagement du territoire, services publics et services au public*, op.cit., I, p. 22.

En ce sens, un parallèle pourrait être fait à nouveau avec le concept européen de service universel, qui avait déjà introduit en droit français une logique d'affaiblissement du critère organique de la notion de service public. Dans le cadre des secteurs en réseaux, la prise en charge du service universel est susceptible d'être assurée par tous les opérateurs du secteur. Cela n'empêche pas, pour autant, que le service universel soit conféré à un opérateur unique, qui a souvent la qualité d'opérateur historique dans le secteur en question<sup>1682</sup>, ou que sa prise en charge soit confié à une multitude d'opérateurs à la suite de l'organisation d'une procédure d'appel d'offres<sup>1683</sup>.

Il apparaît ainsi, qu'à la différence de la notion de service public, les notions de service universel et de service au public permettent d'insister exclusivement sur les missions et les obligations de service public qui peuvent être attribuées à certains opérateurs, sur la « prestation à laquelle l'utilisateur a légitimement droit, quelle que soit l'organisation juridique de l'organe prestataire<sup>1684</sup>. »

De la même manière, la notion de service au public ne prend pas en considération la nature juridique des activités qu'elle est susceptible de rassembler dans son champ. Le rapport Mariotti précise, en ce sens, qu'il est possible d'ériger en services au public des services publics administratifs ou industriels et commerciaux, mais aussi des services privés, associatifs ou à but lucratif, à partir du moment où ils sont considérés comme essentiels au sein d'un territoire donné<sup>1685</sup>. La notion de service au public est ainsi censée s'ouvrir à certaines activités privées, qui n'ont jamais été qualifiées en services publics en droit français, comme, par exemple, les activités de loisir ou les services d'aide à domicile. Cette approche permet d'englober une gamme des services d'intérêt général, sans s'attacher à leur nature juridique, à partir du moment où ces services apparaissent comme essentiels pour les territoires et pour leurs populations. Or, une telle logique a été déjà mise en œuvre en droit français, sous l'influence du droit de l'Union européenne, qui a introduit le concept de service universel au sein du secteur bancaire qui n'est pas, pour autant, considéré comme un secteur de service public dans le cadre français<sup>1686</sup>.

---

<sup>1682</sup> V. art. L. 2 du CPCE en vertu duquel La Poste est le prestataire du service universel postal pour une durée de quinze ans à compter du 1er janvier 2011.

<sup>1683</sup> Une telle modalité existe pour la fourniture du service universel des communications électronique : V. art. L. 35-2 CPCE.

<sup>1684</sup> DEBENE, Marc, RAYMUNDIE, Olivier, « Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification ? », *op.cit.*

<sup>1685</sup> MARIOTTI, Jean-Alain, *Aménagement du territoire, services publics et services au public, op.cit.*, I, p. 11.

<sup>1686</sup> V. art. L. 312-1 du CMB qui consacre le droit à l'ouverture d'un compte bancaire et l'accès aux services bancaires de base.

L'indifférence à l'égard du statut juridique des prestataires et de la nature juridique des activités, qui caractérise la notion de service au public, est pleinement adaptée à la démarche d'organisation du système de santé. En effet, cette notion pourrait intégrer dans son champ les offreurs de soins ayant un statut privé, ainsi que certaines activités prises en charge par ces derniers. Il s'agit essentiellement des professionnels de santé de ville, et notamment, des médecins généralistes, mais aussi des établissements de santé privés, notamment à but lucratif, lorsqu'ils accomplissent des missions considérées comme essentielles dans le domaine sanitaire (soins de premier recours, soins d'urgence).

Toutefois, comme le précise le rapport Mariotti, le recours à la notion de service au public pour la prise en charge de certains services de base doit s'accompagner nécessairement d'une logique de renforcement de la maîtrise publiques des activités qualifiées de service au public afin de s'assurer que les modalités de prise en charge de ces activités, ainsi que leur régime juridique, permettent de satisfaire à l'exigence de garantir leur accessibilité universelle<sup>1687</sup>. En ce sens, le recours à la notion de service au public comme instrument d'organisation du système de santé français ne peut être envisagé sans prévoir un contrôle plus rigoureux des agences régionales de santé sur les offreurs de soins chargés de la prestation de ce type de services.

La perspective du recours à la notion de service au public comme outil d'organisation du système de santé français apparaît également comme particulièrement adaptée à la démarche de territorialisation du système de santé.

## **§2. Une notion adaptée à la démarche de territorialisation du système de santé français**

La notion de service au public est un levier de la cohésion territoriale, dans la mesure où cette notion est censée contribuer au maintien, sur l'ensemble des territoires, des services publics et privés considérés comme essentiels. Cette logique s'applique notamment aux territoires qui rencontrent des difficultés particulières en raison de leur situation géographique ou de leurs particularités démographiques. En ce sens, la notion de service au public s'inscrit dans le cadre du processus de territorialisation de l'action publique.

Le processus de territorialisation de l'action publique comporte deux grands axes, qui ont été identifiés par la doctrine juridique. Tout d'abord, la territorialisation se réfère au

---

<sup>1687</sup> MARIOTTI, Jean-Alain, *Aménagement du territoire, services publics et services au public*, op.cit., I, p 28.

processus dans le cadre duquel le territoire est envisagé comme un élément d'organisation et de déclinaison des politiques publiques<sup>1688</sup>. Une telle logique existe, dans le contexte français, au travers des politiques de déconcentration et de décentralisation, qui se caractérisent par un mouvement de territorialisation dans l'exercice des compétences administratives et exécutives. En outre, la territorialisation peut se présenter comme un processus, dans le cadre duquel le territoire est envisagé comme l'objet d'une politique publique<sup>1689</sup>. Une telle logique est poursuivie par la politique d'aménagement du territoire, qui a pour but de mettre en valeur « *les spécificités et les ressources de chaque territoire*<sup>1690</sup> » afin d'assurer un développement équilibré de l'ensemble du territoire national et une égalité des chances entre tous les citoyens<sup>1691</sup>.

En ce sens, il convient de rappeler qu'au fil des réformes juridiques, la politique de santé s'est inscrite au sein d'un processus de territorialisation, notamment en ce qui concerne son aspect relatif à l'organisation du système de santé. Par ailleurs, dans le domaine de la santé, la territorialisation a été particulièrement développée, conçue comme une réponse aux inégalités territoriales dans l'accès aux services de santé. Ainsi, le domaine de la santé est l'un des domaines de l'action publique, dans lesquels est perceptible la déclinaison des deux volets de la territorialisation. La territorialisation en matière de santé se traduit à la fois par une démarche de déploiement territorial de la politique de santé et de l'organisation du système de santé **(A)**, et par une démarche de différenciation territoriale dans l'organisation du système de santé **(B)**.

#### A. La territorialisation administrative du système de santé : le principe d'un pilotage régional déconcentré

Le premier volet de la territorialisation du système de santé consiste dans le déploiement de son organisation administrative dans le cadre régional. En effet, c'est le territoire régional qui a été progressivement érigé en cadre de gouvernance du système de santé et, plus largement, en niveau de pilotage de l'ensemble de la politique de santé.

---

<sup>1688</sup> V. PONTIER, Jean-Marie, « Territorialisation et déterritorialisation de l'action publique », *AJDA*, 1997, p. 723.

<sup>1689</sup> V. MOREAU, Jacques, « Esquisse d'une théorie juridique de la territorialisation », *RDSS*, 2009, p. 16.

<sup>1690</sup> CASTAING, Cécile, « Propos introductif » in CASTAING, Cécile (dir.), *La territorialisation des politiques de santé*, Bordeaux, LEH, 2012, p. 11.

<sup>1691</sup> V. art. 1 de la loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, JO, 5 févr. 1995, p. 1973.

La doctrine juridique a pu décrire ce processus comme une « régionalisation » dans la mise en œuvre de la politique de santé et dans l'organisation du système de santé. C'est ainsi que dans le cadre de ce processus, « la région s'est imposée comme le principal champ d'application des politiques de santé<sup>1692</sup> », comme « le cadre territorial le plus approprié à la mise en œuvre de la politique de santé<sup>1693</sup> », comme « l'échelon privilégié de déclinaison des politiques sanitaires.<sup>1694</sup> » Par ailleurs, toutes les réformes juridiques sanitaires, adoptées depuis le début des années 1990, ont contribué à l'intensification de ce processus. Cependant, c'est la réforme Bachelot de 2009, qui peut être considérée comme la réforme principale en matière de régionalisation du système de santé, dans la mesure où cette réforme avait procédé à la création des agences régionales de santé<sup>1695</sup>, ainsi qu'à la mise en place du projet régional de santé et de son volet principal, le schéma régional d'organisation des soins<sup>1696</sup>.

Par ailleurs, au début des années 2000, une réflexion a été engagée, au sein de la doctrine juridique, sur les évolutions possibles du processus de régionalisation en matière de santé. La question principale, qui n'était pas encore clairement tranchée à l'époque, était de savoir si cette démarche devrait conserver sa nature essentiellement administrative, ou si elle pourrait évoluer vers un sens plus politique, c'est-à-dire, vers la perspective d'une décentralisation des compétences décisionnelles dans le domaine sanitaire au profit des régions-collectivités territoriales<sup>1697</sup>.

Cependant, par la suite, la détermination et la conduite de la politique de santé ont été affirmées comme des responsabilités incombant à l'Etat<sup>1698</sup>. De la même manière, l'article L. 1431-1 du Code de la santé publique, relatif au champ de compétences des agences régionales de santé, précise que ces agences ont pour mission de définir et de mettre en œuvre un ensemble de programmes et d'actions concourant à la réalisation, à l'échelon régional, des objectifs de la politique nationale de santé. La régionalisation de la politique de santé et de l'organisation du système de santé s'inscrit, par conséquent, dans le cadre d'une logique de déconcentration, traduisant la mise en œuvre d'une politique nationale en adaptation aux spécificités locales. Ce constat se confirme également à la lecture de l'article L. 1431-2 du Code de la santé publique, en vertu duquel les agences régionales de santé sont chargées, en

---

<sup>1692</sup> TABUTEAU, Didier, « La régionalisation du système de santé en question », *Dr.soc.*, 2002, p. 745.

<sup>1693</sup> MARTIN-PAPINEAU, Nathalie, « Entre confirmation et réorientation : la régionalisation de la santé en France », *RDSS*, 2005, p. 253.

<sup>1694</sup> VILLENEUVE, Pierre, « Régionalisation ou territorialisation de l'action sociale », *AJCT*, 2013, p. 324.

<sup>1695</sup> *Supra*, p. 525.

<sup>1696</sup> V. art. 118 de la loi du n° 2009-879 du 21 juill. 2009 ; *Supra*, p. 536.

<sup>1697</sup> V. TABUTEAU, Didier, « La régionalisation du système de santé en question », *op.cit.* .

<sup>1698</sup> Art. L. 1411-1 du CSP ; V. *supra*, p. 29.

tenant compte des particularités de chaque région, de mettre en œuvre au niveau régional la politique de santé définie au niveau national. En ce sens, la région apparaît comme la circonscription administrative retenue par l'Etat pour instaurer un pilotage déconcentré du système de santé<sup>1699</sup>, ce qui confirme la logique générale, en vertu de laquelle le cadre régional est le « territoire déconcentré de droit commun » au vu de l'exercice territorial de la « mission de pilotage des politiques nationales et communautaires<sup>1700</sup>. »

Par ailleurs, plusieurs éléments sont susceptibles de justifier le principe retenu de la maîtrise étatique de la gouvernance du système de santé dans le cadre d'une déconcentration régionale. En ce sens, le pouvoir de décision conféré à l'Etat en matière de santé, notamment pour l'adoption des décisions fondamentales, semble nécessaire en vue de la réalisation de l'objectif de garantir l'accès à la prévention et aux soins au profit de toute la population en réduisant les inégalités sociales et territoriales existant en la matière. De la même manière, cette compétence générale de l'Etat se justifie au regard de l'objectif d'assurer la meilleure sécurité sanitaire possible, notamment dans le contexte d'avènement de différentes crises sanitaires susceptibles de toucher la société française dans son ensemble<sup>1701</sup>.

Cependant, la doctrine juridique a souligné que le mouvement de déconcentration régionale en matière de santé a conduit à une « recentralisation » de la compétence de santé au détriment des collectivités territoriales, c'est-à-dire, à une « rétractation de la décentralisation territoriale<sup>1702</sup> » dans le champ sanitaire. En ce sens, le renforcement de la déconcentration de la politique de santé s'est accompagné d'une dépossession des collectivités territoriales, et notamment des départements, de certaines de leurs compétences sanitaires historiques. Ainsi, la réforme Bachelot du 21 juillet 2009 avait attribué une place secondaire aux collectivités territoriales dans la gouvernance territoriale du système de santé. La participation de ces dernières n'était prévue que sous une forme consultative ou en tant que co-financeurs de certains projets et actions qui s'inscrivent dans le cadre des objectifs de la planification sanitaire arrêtée par les directeurs des agences régionales de santé<sup>1703</sup>.

La loi Touraine du 26 janvier 2016 avait confirmé le principe de l'organisation déconcentrée de la politique de santé au niveau régional au travers des agences régionales de santé et des projets régionaux de santé.

---

<sup>1699</sup> TABUTEAU, Didier, « Politiques de santé et territoire », *op.cit.*

<sup>1700</sup> COMBEAU, Pascal, « Les nouveaux visages territoriaux de la déconcentration », *RFDA*, 2009, p. 116.

<sup>1701</sup> V. PONTIER, Jean-Marie, « La santé, entre territorialisation et décentralisation », *op.cit.*

<sup>1702</sup> *Ibid.*

<sup>1703</sup> V. VILLENEUVE, Pierre, « Régionalisation ou territorialisation de l'action sociale », *op.cit.*

Cependant, la loi Touraine a cherché également à promouvoir le mouvement de démocratie sanitaire. Cet objectif a impliqué de renforcer la démarche d'association des acteurs de santé au processus d'organisation territoriale du système de santé. Pour cette raison, la réforme de 2016 avait procédé à la création d'un nouveau cadre territorial en matière de santé au travers des territoires de démocratie sanitaire<sup>1704</sup>. Les territoires de démocratie sanitaire apparaissent comme des territoires ad hoc, qui doivent être délimités par chaque agence régionale de santé à l'échelle infrarégionale afin de couvrir l'intégralité du territoire de la région<sup>1705</sup>. Or, comme leur nom l'indique, les territoires de démocratie sanitaire sont censés constituer la nouvelle base territoriale d'association des acteurs de santé à la gouvernance et à l'organisation du système de santé. C'est au sein de ces territoires que doivent être constitués les nouveaux organismes de la démocratie sanitaire qui sont les conseils territoriaux de santé<sup>1706</sup>.

En ce sens, l'apparition de la formule de territoire de démocratie sanitaire s'inscrit dans une double logique. D'une part, il s'agit de renforcer l'implication des acteurs de santé au pilotage régional de la politique de santé. Le Code de la santé publique précise ainsi que la délimitation des territoires de démocratie sanitaire doit permettre l'expression des acteurs du système de santé<sup>1707</sup>, notamment en ce qui concerne l'élaboration, la mise en œuvre, le suivi et l'évaluation du projet régional de santé<sup>1708</sup>. D'autre part, il s'agit de mieux prendre en considération les spécificités locales de chaque territoire dans le cadre de l'organisation territoriale de l'offre de soins et surtout dans l'organisation des parcours de santé<sup>1709</sup>. Dans cette optique, le territoire de démocratie sanitaire est érigé en territoire de mise en cohérence des projets des agences régionales de santé, des professionnels de santé et des collectivités territoriales<sup>1710</sup>. Cela explique également le rôle essentiel, dévolu aux conseils territoriaux de santé, de participation à la réalisation du diagnostic territorial partagé, qui doit identifier les besoins sanitaires et sociaux spécifiques des populations de chaque territoire<sup>1711</sup>.

Néanmoins, il faut nuancer la portée du dispositif mis en place par la loi Touraine. Ainsi, les attributions, conférées aux collectivités territoriales et aux autres acteurs de santé réunis au sein des conseils territoriaux de santé, se limitent à des pouvoirs de consultation et

---

<sup>1704</sup> *Supra*, p. 518

<sup>1705</sup> Art. L. 1434-9-1° du CSP.

<sup>1706</sup> *Supra*, p. 519.

<sup>1707</sup> Art. R. 1434-29-I-2° du CSP.

<sup>1708</sup> Art. L. 1434-10-II du CSP.

<sup>1709</sup> Art. L. 1434-10-I, al. 2 du CSP.

<sup>1710</sup> Art. R. 1434-29-I-1° du CSP.

<sup>1711</sup> Art. L. 1434-10-III du CSP.



de proposition, sans comporter un pouvoir décisionnel en matière de santé au profit de ces acteurs<sup>1712</sup>. En ce sens, la réforme Touraine réaffirme le principe du pilotage administratif régional et déconcentré du système de santé, qui reste ainsi sous la maîtrise des agences régionales de santé.

Or, à côté de l'approche politique de la territorialisation en matière de santé, il existe également une approche plus technique de ce processus, qui consiste en l'identification des espaces territoriaux au vu de l'appréciation des besoins de santé et de la planification de l'offre de services de santé<sup>1713</sup>.

#### B. La territorialisation technique du système de santé : le recours aux territoires ad hoc pour l'organisation de l'offre de soins

Dans le domaine de la santé, la territorialisation a un deuxième volet, qui implique d'envisager les territoires comme des outils géographiques de planification de l'offre de soins. Par ailleurs, les territoires en question apparaissent comme des territoires ad hoc, qui souvent ne coïncident pas avec les circonscriptions territoriales classiques aménagées dans le cadre de la déconcentration et la décentralisation. Le recours à ce type de territoires asymétriques, « à géographie variable<sup>1714</sup> » a pour objectif de permettre la délimitation des espaces géographiques variables, afin de mieux prendre en considération les spécificités locales en leur sein et d'adopter les programmes et les actions de santé les plus adaptés à ces spécificités. Il s'agit de cette manière de lutter contre les inégalités territoriales dans l'accès aux soins et de remédier aux difficultés d'accès aux soins qui existent dans certaines zones<sup>1715</sup>. En ce sens, dans le domaine de la santé, le territoire s'est imposé comme un espace d'identification des besoins de santé et d'organisation de l'offre de soins.

Cette logique a été développée, en droit français, depuis la réforme Boulin de 1970, qui avait posé le principe du découpage de la région en secteurs sanitaires afin d'y procéder à une planification de l'offre hospitalière<sup>1716</sup>. Par la suite, l'ordonnance sanitaire du 4 septembre

---

<sup>1712</sup> V. VILLENEUVE, Pierre, « La loi de modernisation de notre système de santé et les collectivités territoriales », *AJCT*, 2016, p. 64.

<sup>1713</sup> V. MAZERES-POIRTO, « Territorialisation et accessibilité des soins », in CASTAING, Cécile (dir.), *La territorialisation des politiques de santé*, *op.cit.*, p. 133.

<sup>1714</sup> MOQUET-ANGER, Marie-Laure, « Les aspects de la nouvelle organisation territoriale de la santé », *JCP A*, 2009, n° 39, p. 25.

<sup>1715</sup> COMBEAU, Pascal, « Les nouveaux visages territoriaux de la déconcentration », *op.cit.*

<sup>1716</sup> V. art. 44 de la loi n° 70-1318 du 31 déc. 1970 préc.

2003 a substitué aux secteurs sanitaires la notion de territoire de santé<sup>1717</sup>. Le territoire de santé était conçu comme un espace géographique de concertation avec les acteurs locaux de santé, ainsi que de planification des activités de soins et des équipements matériels lourds soumis au dispositif de l'autorisation sanitaire préalable. Par ailleurs, il a été précisé que les territoires de santé pouvaient constituer des espaces infrarégionaux, régionaux, interrégionaux ou nationaux, en fonction des activités et des équipements qu'il s'agissait à planifier.

La loi Touraine de 2016 a approfondi le volet technique de la territorialisation du système de santé<sup>1718</sup>. Outre la création des territoires de démocratie sanitaire spécifiquement dédiés à l'expression territoriale de la démocratie sanitaire, cette réforme a mis en place deux autres catégories d'espaces géographiques dans le cadre de l'organisation territoriale de l'offre de soins.

En premier lieu, l'article L. 1434-9-2° du Code de la santé publique prévoit l'existence des zones de mise en œuvre du schéma régional de santé donnant lieu à la répartition des activités de soins et des équipements matériels lourds, ainsi qu'à l'installation des laboratoires de biologie médicale. Par ailleurs, l'article R. 1434-30 du Code de la santé publique énumère les différents éléments qui doivent être pris en considération dans la délimitation de ces zones et qui sont les besoins de la population, l'offre existante et ses adaptations nécessaires, ainsi que les évolutions techniques et scientifiques, la démographie des professionnels de santé et leur répartition, les coopérations entre acteurs de santé. Il appartient au schéma régional de santé de préciser, pour chaque zone, des objectifs quantitatifs et qualitatifs de l'offre de soins par activité et par équipement, les créations et les suppressions nécessaires d'activités et d'équipements, les transformations, les regroupements et les coopérations nécessaires entre établissements de santé<sup>1719</sup>.

Par ailleurs, l'article L. 1434-4 du Code de la santé publique identifie une autre catégorie de zones d'organisation de l'offre de soins dont l'objectif est de remédier aux difficultés d'accès aux soins résultant de la répartition inégalitaire de l'offre de soins de ville sur le territoire. Il s'agit de délimiter, d'un côté, des zones caractérisées par une offre de soins insuffisante ou par des difficultés dans l'accès aux soins et, d'un autre côté, des zones dans lesquelles le niveau de l'offre de soins apparaît comme particulièrement élevé. Ces zones

---

<sup>1717</sup> Art. 5 de l'ordonnance n° 2003-850 du 4 sept. 2003 préc.

<sup>1718</sup> V. EVIN, Claude, « Les nouveaux outils d'une politique territoriale de santé : une mille-feuille qui a besoin d'une mise en cohérence », *op.cit.*

<sup>1719</sup> Art. L. 1434-3-I-2° du CSP.

doivent donner lieu à l'application des mesures, essentiellement incitatives, destinée à équilibrer la répartition territoriale des professionnels de santé de ville<sup>1720</sup>.

Les différentes zones identifiées par la réforme du 26 janvier 2016 constituent désormais les nouveaux découpages juridiques applicables en matière d'organisation territoriale de l'offre de soins.

Toutefois, il convient de souligner que la démarche de territorialisation technique du système de santé présente une nature essentiellement « descendante » dans le cadre français. En ce sens, le Code de la santé publique prévoit que toutes les zones d'organisation territoriale de l'offre de soins sont arrêtées par les directeurs généraux des agences régionales de santé. Or, dans le cadre d'une logique de territorialisation « ascendante », ce sont, au contraire, les acteurs de santé locaux qui devraient procéder à la détermination de ces zones géographiques, afin de retenir la délimitation la plus pertinente pour la mise en œuvre de leurs actions de santé. Cependant, les acteurs locaux de santé sont associés à la définition des zones d'organisation de l'offre de soins. En effet, le directeur général de l'Agence régionale de santé est tenu de recueillir leur avis préalable en la matière.<sup>1721</sup> Par ailleurs, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 26 janvier 2016, la délimitation de ces zones doit s'effectuer sur la base du diagnostic territorial partagé, à l'élaboration duquel participent les conseils territoriaux de santé, et qui doit identifier les besoins locaux spécifiques des populations et les insuffisances en termes d'offre de soins, en tenant compte des caractéristiques géographiques et saisonnières des territoires<sup>1722</sup>.

La nécessité de prendre davantage en considération les spécificités locales dans l'organisation territoriale du système de santé avait conduit par ailleurs à la mise en place d'un certain nombre d'outils contractuels, dédiés à l'exécution concrète des objectifs résultant de la planification sanitaire. En ce sens, le Code de la santé publique met à la disposition des agences régionales de santé et des autres acteurs de santé deux types de contrats. La première possibilité qui existe est de recourir aux contrats territoriaux de santé, qui peuvent être conclus entre les agences régionales de santé et tous les acteurs locaux de santé, en particulier les professionnels et les organismes de santé<sup>1723</sup>. La deuxième possibilité est de conclure des

---

<sup>1720</sup> *Supra*, p. 147 et s.

<sup>1721</sup> V. art. R. 1434-32 du CSP.

<sup>1722</sup> Art. L. 1434-10-III du CSP.

<sup>1723</sup> Art. L. 1434-13 du CSP.

contrats locaux de santé, qui sont prioritairement réservés aux actions de santé communes aux agences régionales de santé et aux collectivités territoriales<sup>1724</sup>.

Au travers de ses éléments de définition, la notion de service public s'affirme comme une notion adaptée à l'organisation du système de santé français, à la fois au regard de la nature hybride de ce dernier, et au regard de la démarche de territorialisation développée pour son organisation. De la même manière, les éléments du régime juridiques de la notion de service public semblent également adaptés aux exigences du système de santé.

## **Section 2. L'adaptation des éléments du régime juridique de la notion de service au public aux exigences du système de santé**

Le rapport Mariotti avait précisé que les services au public devaient être mis en œuvre dans le respect dynamique des principes fondateurs du service public<sup>1725</sup>. Cependant, ces services doivent surtout être rendus accessibles et adaptés aux demandes des usagers<sup>1726</sup>. Il apparaît, en ce sens, que le principe central du régime juridique de la notion de service au public est le principe d'accessibilité des activités de service au public. Or, le principe d'accessibilité est un principe récent, qui s'applique au fonctionnement de certains services publics et qui a été développé dans le cadre français sous l'égide du droit de l'Union Européenne. En effet, l'accessibilité doit être garantie à la fois sur le plan économique, que sur le plan géographique et sur le plan matériel et intellectuel.

De la même manière, le principe de l'accessibilité des soins, à la fois sur le plan tarifaire, et sur le plan territorial, s'impose comme un principe inhérent au système de santé. De ce point de vue, le régime juridique de la notion de service au public s'adapte parfaitement aux exigences du système de santé, dans la mesure où une place prioritaire y est accordée aux principes d'accessibilité tarifaire et territoriale des prestations des services au public, qui apparaissent ainsi comme une nouvelle forme des principes classiques de continuité et d'égalité des services publics.

Or, la référence au principe d'accessibilité démontre clairement que l'enjeu principal de la notion de service au public est de contribuer au maintien de la cohésion sociale et

---

<sup>1724</sup> Art. L. 1434-10-IV du CSP.

<sup>1725</sup> *Ibid.* p. 16.

<sup>1726</sup> *Ibid.* p.13.

territoriale, en tant qu'instrument de lutte contre les inégalités économiques et territoriales dans l'accès aux services publics. De ce point de vue, le recours à la notion de service au public a un intérêt évident dans le champ du système de santé, dans l'objectif de réduire les inégalités d'accès aux services de santé qui fragilisent ce système.

En ce sens, la notion de service au public est susceptible de contribuer à l'amélioration de l'accessibilité tarifaire des services essentiels de santé (§1), mais aussi à l'amélioration de l'accessibilité territoriale de ces derniers (§2).

### ***§1. L'intérêt de la notion de service au public pour l'amélioration de l'accessibilité tarifaire des services de santé***

Le service au public apparaît comme un concept qui vise à garantir l'efficacité concrète du droit des personnes d'accéder aux services essentiels d'intérêt général. Pour cette raison, le principe d'accessibilité des services au public se trouve au centre du régime juridique attaché à cette notion. Or, le principe d'accessibilité tarifaire est l'un des composants du principe général d'accessibilité. Ce principe a été déjà appliqué au fonctionnement de certains services publics. En ce sens, il s'est progressivement imposé comme le substitut du « principe inexistant de la gratuité des services publics<sup>1727</sup> »(A). Par ailleurs, le principe d'accessibilité tarifaire des services de santé a acquis une importance fondamentale dans le secteur sanitaire. La notion de service au public pourrait ainsi contribuer à renforcer l'efficacité de ce principe au sein du système de santé (B).

#### A. Le principe d'accessibilité tarifaire, nouvelle alternative à la gratuité des services publics

Comme cela a été souligné, la gratuité n'est pas un principe général du service public en droit français. Ainsi, la majorité des services publics ne sont pas fournis à titre gratuit et leur prestation implique souvent la rémunération de la part des usagers du service, qui peut passer par le paiement d'un prix en contrepartie de la prestation reçue<sup>1728</sup>. Cependant, la notion de service public ne peut pas être envisagée comme un levier de la politique de

---

<sup>1727</sup> DONIER, Virginie, « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *op.cit.*

<sup>1728</sup> *Supra*, p. 228 et s.

cohésion sociale, sans que l'accessibilité financière des prestations dispensées dans son cadre soit garantie au profit de tous les usagers. En ce sens, le principe d'accessibilité tarifaire des services publics s'est progressivement imposé, en droit français, comme une « alternative à l'inexistence d'un principe de gratuité, qui favorise l'égal accès aux services publics<sup>1729</sup>. »

Or, c'est essentiellement au travers de la notion de service universel, que le principe d'accessibilité tarifaire des services publics a été introduit en droit français. Il ressort de la définition de la notion de service universel, que les prestations de base que cette notion est censée regrouper, doivent être rendus à un « tarif abordable » au profit de tous les usagers. La notion de tarif abordable apparaît, pour autant, comme une notion imprécise sur le plan juridique. Cependant, dans le domaine des secteurs en réseaux, le tarif abordable est envisagé comme un tarif susceptible de garantir l'accessibilité économique du service à tous les usagers. Cela implique, pour les prestataires du service universel, l'obligation de fournir ce service à un prix inférieur à son coût réel. Cela justifie la réglementation du prix du service universel par l'Etat, ainsi que l'aménagement de mécanismes de compensation des charges, découlant pour les opérateurs dans un secteur donné, de la prise en charge du service universel.

Or, il convient de souligner, que « rendre le service public accessible à tous implique parfois d'accorder des traitements préférentiels à certaines catégories des populations qui, à défaut, seraient privés de leurs prestations<sup>1730</sup>. » Une politique tarifaire préférentielle a été ainsi développée dans le champ de certains services publics afin de renforcer leur accessibilité tarifaire au profit des usagers les plus défavorisés sur le plan économique.

L'un des secteurs dans lesquels une telle politique a été développée, est le secteur des télécommunications. En vertu de l'article L. 35-1 du Code de la poste et des communications électroniques, le service universel en matière des communications électroniques doit être maintenu, pendant une période d'un an, en cas de défaut de paiement de la part de l'utilisateur. Un service téléphonique de base est garanti, dans une telle hypothèse, qui comporte la possibilité de recevoir des appels, ainsi que la possibilité d'acheminement des appels aux services gratuits ou aux services d'urgence. Par ailleurs, sur le fondement d'un décret du 8 mars 1999<sup>1731</sup>, les usagers les plus démunis sont susceptibles de bénéficier d'une réduction

---

<sup>1729</sup> DONIER, Virginie, « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *op.cit.*

<sup>1730</sup> CLUZEL-METAYER, Lucie, *Le service public et l'exigence de qualité*, *op.cit.*, p. 221.

<sup>1731</sup> Décret no 99-162 du 8 mars 1999 relatif au service universel des télécommunications et modifiant les articles R. 20-34 et R. 20-40 du code des postes et télécommunications et l'article R. 251-28 du code de la sécurité sociale, JO, 9 mars 1999, p. 3512.

des tarifs en matière de service universel des communications électroniques. Ainsi, en vertu de l'article R. 20-34-I du Code de la poste et des communications électroniques, cette catégorie d'usagers pourraient demander le bénéfice d'une réduction de leur facture téléphonique.

Des dispositifs comparables en faveur des usagers socialement vulnérables ont été mis en place au sein du secteur de l'énergie, où la garantie d'accès à l'énergie et aux services énergétiques au profit des personnes démunies est une priorité de la politique énergétique<sup>1732</sup>. En ce sens, des mécanismes ont été prévus afin de renforcer l'efficacité du droit à l'électricité, prévu par l'article L. 121-1 al. 4 du Code de l'énergie, au regard de cette catégorie de personnes.

Il résulte de l'examen de ces dispositifs juridiques, que le principe d'accessibilité tarifaire implique souvent le recours à des discriminations positives sur le plan tarifaire au profit des usagers défavorisés. En ce sens, le principe d'accessibilité tarifaire a conduit à une évolution de la conception d'égalité des services publics dans le contexte français. Désormais, l'égalité des services publics est un principe entendu de manière plus concrète et sociale<sup>1733</sup>.

Or, dans le cadre du système de santé, la notion de service au public pourrait contribuer au renforcement de la portée du principe d'accessibilité financière des services de santé. En effet, ce principe a été déjà consacré par les textes juridiques pour les activités de santé qui sont qualifiées de service public. Il apparaît, en ce sens, comme un principe inhérent au service public en matière de santé.

#### B. L'accessibilité tarifaire, principe inhérent au service public en matière de santé

Le régime juridique attaché à la notion de service public hospitalier introduite par la réforme Boulin de 1970, ne comportait que deux principes fondateurs du service public, qui sont le principe de continuité et le principe d'égalité<sup>1734</sup>. En revanche, les réformes Bachelot de 2009 et Touraine de 2016 ont fait du principe d'accessibilité tarifaire un principe consubstantiel à la notion de service public dans le domaine de la santé. Dans ce domaine, le principe d'accessibilité tarifaire consiste en une exigence d'absence de facturation des dépassements des tarifs fixés par l'autorité réglementaire (sont visés ici les tarifs

---

<sup>1732</sup> Art. L. 100-2-2° du Code de l'énergie.

<sup>1733</sup> DONIER, Virginie, « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *op.cit.* ; V. *supra*, p. 325-326.

<sup>1734</sup> V. *supra*, p. 320.

réglementaires de la tarification à l'activité applicables aux établissements de santé) et des honoraires prévues par les conventions applicables aux professionnels de santé de ville<sup>1735</sup>. Ce principe est censé garantir, au profit des usagers du système de santé, que lorsqu'ils sont pris en charge dans le cadre du régime de service public, ils ne pourraient pas se voir imposer des tarifs dépassant les tarifs de remboursement de l'assurance maladie.

En effet, la garantie de l'accessibilité tarifaire des services de santé apparaît comme une priorité essentielle de tous les systèmes de santé. Cependant, dans le cadre du système de santé français, les services de santé ne sont pas fournis à titre gratuit. En ce sens, malgré l'aménagement d'une prise en charge socialisée de la dépense de santé, au travers du dispositif de l'assurance maladie, une partie de la rémunération des prestations de santé reste à la charge des usagers-assurés sociaux<sup>1736</sup>.

Face à cette situation, la première réponse du système de santé français a consisté dans l'adoption de certains mécanismes censés garantir l'accessibilité financière de l'ensemble des services de santé au profit des personnes les plus vulnérables sur le plan social.

Un tel objectif est attaché, par exemple, au dispositif de la couverture maladie universelle complémentaire, qui est censé garantir la gratuité des services de santé en faveur des personnes aux ressources financières les plus modestes<sup>1737</sup>.

Un autre dispositif visant à améliorer l'accessibilité des soins à l'égard des personnes en situation de précarité sociale, concerne les établissements de santé, qui sont tenus, en vertu de l'article L. 6111-1-1 du Code de la santé publique, de mettre en place des cellules de permanence d'accès aux soins de santé, adaptées aux personnes en situation de précarité et visant à faciliter leur accès au système de santé et à les accompagner dans les démarches nécessaires à la mise en œuvre de leurs droits. Les permanences d'accès aux soins doivent être organisées dans le cadre de l'application du projet régional de santé, et notamment du programme régional relatif à l'accès, à la prévention et aux soins des personnes les plus démunies, que ce projet comporte obligatoirement<sup>1738</sup>. Ces permanences sont censées avoir une vocation généraliste, mais peuvent concerner certains soins spécialisés, pour lesquels l'accès aux soins est particulièrement difficile, comme c'est le cas des soins bucco-dentaires

---

<sup>1735</sup> V. art. L. 6112-2-I-4° du CSP.

<sup>1736</sup> V. *supra*, p. 232.

<sup>1737</sup> Art. L. 861-1 du CSS.

<sup>1738</sup> V. art. L. 1434-2-3° du CSP.



ou des soins psychiatriques<sup>1739</sup>. Par ailleurs, la prise en charge sanitaire des personnes socialement défavorisées, au travers du dispositif précité, n'est pas une mission spécifique du service public hospitalier. Il s'agit d'une mission commune à tous les établissements de santé, ce qui est démonstratif que le principe d'accessibilité des soins en faveur des usagers vulnérables est un principe applicable au fonctionnement de tout le système de santé, et notamment de tout le système hospitalier.

Toutefois, il convient de rappeler que la pratique de dépassements des honoraires, reste, sous certaines conditions, autorisée en droit français. Or, il s'agit d'un élément constitutif d'un frein à l'accessibilité tarifaire des services de santé, qui est susceptible de conduire, chez certains usagers, à un phénomène de renoncement aux soins pour des raisons financières<sup>1740</sup>. Pour cette raison, la loi Touraine de 2016 a voulu renforcer la portée du principe d'accessibilité financière des soins, en précisant que toutes les activités de santé, expressément qualifiées en activités de service public, devaient être exercées dans le respect de l'exigence d'accessibilité tarifaire, c'est-à-dire, sans tarification de dépassements des honoraires.

Or, la réforme Touraine avait également renoué avec la conception traditionnelle de la notion de service public en droit français. Tout d'abord, cette réforme a rétabli la nature exclusivement hospitalière du service public en matière de santé, par référence notamment aux établissements publics de santé, dont le rôle d'institutions dédiées à la prise en charge du service public hospitalier a été expressément consacré. De la même manière, la réforme Touraine a renoué avec l'approche du service public hospitalier en bloc de missions indivisibles, auxquelles s'applique désormais un bloc d'obligations spécifiques. Par conséquent, l'ensemble des services de santé de ville, assurés à titre principal par les professionnels de santé libéraux, ont été expressément exclus du champ de la notion de service public en matière de santé. De la même manière, la définition du service public hospitalier, en tant que bloc d'obligations censées s'appliquer à toutes les activités des établissements de santé, devait conduire à un phénomène d'exclusion du fait des établissements de santé privés à but lucratif de la prise en charge du service public hospitalier,

---

<sup>1739</sup> V. Circulaire DGOS/R4 no 2013-246 du 18 juin 2013 relative à l'organisation et au fonctionnement des permanences d'accès aux soins de santé.

<sup>1740</sup> V. REVIL, Héléna, « Le renoncement aux soins : ses conséquences sur les personnes et sur le coût de la santé », *RDSS*, 2017, p. 111.

en raison de l'impossibilité pour la grande majorité de ces établissements de respecter l'exigence d'absence de dépassements d'honoraires dans l'ensemble de leur activité<sup>1741</sup>.

Il apparaît ainsi que la réforme du 26 janvier 2016 n'a pas conduit à une véritable extension du principe d'accessibilité tarifaire des services de santé. En effet, les seuls acteurs de santé, qui sont tenus par l'obligation de respecter ce principe, sont les établissements publics de santé et les établissements de santé privés d'intérêt collectif habilités à exercer le service public hospitalier. En revanche, cette réforme n'a pas conduit à l'extension du principe d'accessibilité tarifaire aux secteurs de soins de ville et de l'hospitalisation privée à but lucratif. Or, c'est essentiellement dans le cadre de ces deux secteurs du système de santé français que la pratique de dépassements des honoraires est répandue.

En ce sens, la notion de service au public apparaît comme mieux à même de renforcer la portée du principe d'accessibilité tarifaire des services de santé dans le cadre du système de santé français. En effet, cette notion implique d'identifier les activités les plus essentielles dans le domaine de la santé et de conférer leur prise en charge à tous les offreurs de soins, quel que soit leur statut juridique. Par ailleurs, toute activité qualifiée comme activité de service au public devait être exercée dans le respect du principe d'accessibilité tarifaire, c'est-à-dire sans possibilité de pratiquer des dépassements des honoraires dans le cadre de son exercice. Il en résulte ainsi, qu'à la différence de la notion classique de service public hospitalier, la notion de service au public permet de rattacher davantage le principe d'accessibilité tarifaire à l'activité matérielle de prestation de services de santé.

Outre l'intérêt de la notion de service au public pour l'amélioration de l'accessibilité tarifaire des services sanitaires, cette notion est susceptible de contribuer à l'amélioration de l'accessibilité territoriale de ces services.

## ***§2. L'intérêt de la notion de service au public pour l'amélioration de l'accessibilité territoriale des services de santé***

Il existe au moins deux facteurs, qui illustrent l'intérêt du recours à la notion de service au public au vu de l'amélioration de l'accessibilité territoriale des services considérés comme essentiels.

---

<sup>1741</sup> V. *supra*, p. 342 et s.

Il apparaît, tout d'abord, que le champ matériel de la notion de service au public doit être déterminé en fonction des besoins des populations et des besoins des territoires. Cela implique de procéder à l'évaluation préalable des besoins, de préférence sur la base d'un diagnostic territoriale partagé. Il en résulte que le champ matériel de la notion de service au public est susceptible de varier en fonction des territoires concernés, ce qui permet de prendre en considération la diversité des situations existant sur les territoires<sup>1742</sup>.

En outre, la notion de service au public implique une obligation de garantir le maintien, ainsi que l'accessibilité géographique, voire la proximité des services d'intérêt général relevant de son champ.

Par conséquent, la notion de service au public apparaît comme un instrument de la politique générale d'aménagement du territoire, (**A**) qui pourrait contribuer au maintien de la proximité territoriale des services sanitaires de base (**B**).

#### A. La notion de service au public, instrument essentiel de la politique d'aménagement du territoire

La notion de service au public a été progressivement déployée dans le cadre de la politique générale d'aménagement du territoire.

En effet, c'est dans les années 1960, qu'une politique de suppression des services publics locaux, ou des relais locaux de service public, a été développée dans le contexte français. Cette politique de suppression des services publics avait touché certaines zones du territoire en particulier, à savoir les zones rurales, les zones de montagne ou encore les zones urbaines périphériques à quartiers difficile<sup>1743</sup>. Cependant, cette démarche apparaissait comme justifiée au regard des exigences liées à l'amélioration de l'efficacité de l'action publique. Néanmoins, elle avait conduit à un repli des services publics dans les grandes zones urbaines et, respectivement, à une carence en services publics dans les zones périphériques, alors que

---

<sup>1742</sup> V. MARIOTTI, Jean-Alain, *Aménagement du territoire, services publics et services au public*, op.cit., I, p. 28.

<sup>1743</sup> LEROY, Marc, « L'enjeu de la polyvalence dans les services publics pour le lien social » in DECKETON, Séverine (dir.), *Service public et lien social*, op.cit, p. 319.

ces zones étaient considérées comme des zones sensibles, exprimant un besoin renforcé de présence territoriale des services publics<sup>1744</sup>.

Or, dans les années 1990, de nouvelles exigences ont été imposées aux pouvoirs publics en matière d'organisation des services publics, parmi lesquelles figuraient l'exigence d'assurer l'accessibilité territoriale des services publics<sup>1745</sup>, ainsi que l'exigence de maintenir la présence d'une offre de service public de proximité dans les zones du territoire sensibles. De la même manière, de nouveaux objectifs ont été assignés à la notion de service public, comme l'objectif de contribuer à la mise en œuvre de la politique d'aménagement du territoire<sup>1746</sup>.

Cet objectif était décliné au sein de la loi du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire. Cette loi a fait du service public l'un des éléments principaux de la politique d'aménagement du territoire en France<sup>1747</sup>. Respectivement, la politique d'aménagement du territoire a été considérée comme un facteur de réactivation et de revalorisation de la notion de service public en droit français, en raison de l'utilisation de cette notion dans une perspective exclusive de cohésion sociale et territoriale<sup>1748</sup>. Comme le remarque le professeur Jean-François Lachaume, on assiste à une « résonance duiguiste » dans l'utilisation de la notion de service public, dans la mesure où cette notion est envisagée à la fois comme instrument de satisfaction des besoins d'intérêt général des citoyens, ainsi que comme instrument permettant de palier aux déséquilibres entre les territoires<sup>1749</sup>.

En ce sens, l'article 29-I de la loi du 4 février 1995 consacre un droit d'égal accès aux services publics dont la garantie incombe à l'Etat. Cet article précise également les règles relatives à la planification de l'implantation territoriale des services publics et met en place des mécanismes permettant d'encadrer la suppression des services publics ou de leurs implantations locales. De la même manière, l'article 61 de la loi de 1995 qualifie les zones de revitalisation rurale comme des zones prioritaires qui doivent bénéficier d'un niveau de services de qualité et de proximité. Cela justifie le déploiement, dans le cadre de ces zones,

---

<sup>1744</sup> V. MADIOT, Yves, « Service public et aménagement du territoire », *AJDA*, 1997, p. 83.

<sup>1745</sup> DONIER, Virginie, « Les droits des usagers et ceux du citoyen », *RFDA*, 2008, p. 13.

<sup>1746</sup> TRUCHET, Didier, « Unité et diversité des 'grands principes' du service public », *op.cit.*

<sup>1747</sup> Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, JO, 5 févr. 1995, p. 1973.

<sup>1748</sup> MADIOT, Yves, « Service public et aménagement du territoire », *op.cit.*

<sup>1749</sup> LACHAUME, Jean-François, « La loi d'orientation pour le développement et l'aménagement du territoire du 4 février 1995 et le service public », *RFDA*, 1995, p. 893.

des mesures spécifiques permettant d'assurer le maintien de services publics de proximité. A la lumière de ces éléments, la politique d'aménagement du territoire, qui est traditionnellement définie comme une politique destinée à assurer la meilleure répartition des hommes sur le territoire, apparaît, dans le contexte français, comme comportant également un objectif de meilleure répartition des services publics sur le territoire<sup>1750</sup>.

Cependant, la nécessité de garantir un maillage territorial équilibré en services publics et d'assurer leur maintien et leur accessibilité territoriale dans les zones sensibles, avait imposé « une réforme en profondeur des services publics, de leur implantation sur le territoire et de leur mode de gestion<sup>1751</sup>. » Dans ces circonstances, la solution, qui s'est imposée pour assurer la présence et l'accessibilité géographique des services publics sur tous les territoires, était de privilégier la mutualisation des services publics, le rassemblement des services publics nationaux et locaux en un lieu unique afin de proposer aux citoyens la gamme « la plus complète possible, des services publics dont ils ont le besoin<sup>1752</sup>. » En ce sens, dans les zones sensibles, la garantie d'une offre globale de services publics de proximité est passée par la promotion de la polyvalence dans la prestation de ces services. Ainsi, plusieurs structures polyvalentes ont été mises en place par les textes juridiques. En effet, une première expérience en la matière a été développée dans les années 1970 au travers des bureaux de postes polyvalents, qui pouvaient être créés dans les zones à faible densité démographique, afin d'assumer des tâches relevant d'autres administrations, établissements publics ou organismes privés chargés d'une mission de service public<sup>1753</sup>. Une autre formule, qui a été mise en place pour assurer une prestation globale de service public en milieu rural, est la formule des points publics, qui était censée garantir la présence et l'accessibilité des services publics sur le territoire par le biais d'une coopération inter-services et par la mutualisation des moyens<sup>1754</sup>. Dans le même objectif, la création des plateformes de services publics a été privilégiée dans le cadre des zones urbaines en difficulté<sup>1755</sup>. Ainsi, les formules de polyvalence pour la prestation des services publics ont permis d'améliorer l'accès, mais aussi l'accessibilité des services publics, en particulier dans les zones prioritaires.

---

<sup>1750</sup> *Ibid.*

<sup>1751</sup> NEMERY, Jean-Claude, « Service public et recomposition des territoires » in GROUD, Hervé (dir.), *Mutation du service public et territoires*, Paris, L'Harmattan, 1999, p. 83.

<sup>1752</sup> MADIOT, Yves, « Service public et aménagement du territoire », *op.cit.*

<sup>1753</sup> Décret n°79-889 du 16 octobre 1979 relatif à l'organisation administrative en milieu rural et à la création des services postaux polyvalents, JO, 17 oct. 1979, p. 2587.

<sup>1754</sup> LEROY, Marc, « L'enjeu de la polyvalence dans les services publics pour le lien social », *op.cit.*, p. 325

<sup>1755</sup> MADIOT, Yves, « Service public et aménagement du territoire », *op.cit.*

Or, dans le cadre du rapport Mariotti, la notion de service au public apparaît comme le nouvel instrument privilégié au sein de la politique d'aménagement du territoire. En effet, la préférence pour la notion de service au public, au lieu de la notion classique de service public, permet d'approfondir la logique d'aménagement du territoire dans un sens favorable aux territoires sensibles. Comme cela a été souligné, la notion de service au public permet d'aménager l'accessibilité, non seulement des services publics, mais également de certains services assurés par des personnes privées, mais qui apparaissent comme primordiaux pour les populations de certains territoires. De la même manière, le recours à notion de service au public permet de consolider la démarche de décloisonnement des services publics et privés, afin d'assurer leur prise en charge en commun sur la base de la polyvalence. Or, il convient de préciser, qu'une nouvelle formule juridique est désormais privilégiée pour répondre à cet objectif qui est la formule des maisons des services au public<sup>1756</sup>. Par ailleurs, la référence à la notion de service au public permet d'envisager un recours plus systématique aux technologies numériques et aux télé-procédures, afin d'améliorer les conditions d'accès pour les citoyens à certains types de services<sup>1757</sup>.

Dans le cadre du système de santé, le recours à la notion de service au public implique de procéder à l'identification d'un ensemble de services de santé de base, dont la proximité aux usagers du système de santé devait être garantie, y compris au sein des territoires fragilisés de point de vue de la politique d'aménagement du territoire.

#### B. Le rôle de la notion de service au public pour le maintien d'une offre de soins de proximité

Dans le domaine du système de santé, la notion de service au public pourrait avoir un rôle essentiel pour le maintien d'une offre de soins de proximité à la disposition des usagers.

Il convient de rappeler l'apport de la réforme Bachelot de 2009 en la matière, dans la mesure où elle a procédé à la définition, en droit français, des soins de premier recours. Or, l'accès et la prestation de ces soins devaient être assurés dans le respect de 'l'exigence de

---

<sup>1756</sup> V. art. 27 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ; MARIOTTI, Jean-Alain, *Aménagement du territoire, services publics et services au public*, *op.cit.*, I, p. 22.

<sup>1757</sup> *Ibid.*

proximité, qui s'apprécie en termes de distance et de temps de parcours, de qualité et de sécurité.

La définition des soins de premier recours est révélatrice de leur importance au sein du système de santé, dans la mesure où ces soins sont censés constituer le premier contact des usagers avec le système de santé. Par ailleurs, les soins de premier recours ont une importance fondamentale, dans la mesure où leur prestation permet souvent d'éviter l'aggravation des problèmes de santé des patients. En outre, la prestation des soins de premier recours permet d'éviter les recours inutiles aux autres niveaux de soins (soins spécialisés de deuxième recours ou soins tertiaires) ou, le cas échéant, d'orienter le patient au sein du système de santé, afin d'assurer la continuité la plus optimale de son parcours de santé. En ce sens, l'organisation du système de santé autour et à partir des soins de premier recours est censée contribuer à la rationalisation de son fonctionnement.

Par ailleurs, la loi Bachelot avait investi, à titre principal, les médecins généralistes de la prise en charge des soins de premier recours. Les missions des médecins omnipraticiens ont également fait l'objet d'une définition législative au sein de l'article L. 4130-1 du Code de la santé publique.

Quant au régime juridique applicable à l'activité de soins de premier recours, il convient de constater que le principe de proximité y occupe une place centrale. Sa consécration implique, pour les agences régionales de santé, de veiller que les usagers du système de santé puissent accéder à une offre de soins de premier recours en temps court et, autant que possible, dans leur milieu de vie ou, le cas échéant, à l'issue d'un trajet de vingt minutes au maximum<sup>1758</sup>.

Le dispositif juridique relatif aux soins de premier recours constitue, en ce sens, un exemple de recours à la notion de service au public en matière de santé. En effet, le législateur avait procédé à la fois à la définition matérielle d'une gamme de services considérés comme essentiels dans le domaine de la santé, à l'identification des offreurs de soins responsables de la prestation de ces soins et à la détermination du régime juridique applicable à l'exécution de ces soins. Or, au centre de ce régime juridique on trouve le principe de proximité des soins de premier recours. Il appartient par ailleurs aux agences régionales de santé de procéder à une organisation territorialisée des soins de premier recours.

---

<sup>1758</sup> HUBERT, Elisabeth, *Mission de concertation sur la médecine de proximité*, Rapport, 2010, p. 20.

Cependant, l'organisation, par les agences régionales de santé, d'une offre de soins de premier recours accessible sur tous les territoires, dans le respect des exigences liées au principe de proximité, semble difficile à mettre en place dans la pratique.

Il convient ainsi de rappeler, qu'en droit français, les médecins libéraux disposent d'une liberté d'installation sur le territoire. Par conséquent, on assiste à un phénomène de répartition inégalitaire des médecins libéraux sur le territoire français, qui concerne aussi bien les médecins spécialistes, que les médecins généralistes. Ainsi, les médecins français ont systématiquement choisi de s'installer dans les zones urbaines à forte densité démographique, ce qui a abouti à l'apparition de plusieurs zones sous dotées en offre de soins de premier recours. En ce sens, l'intégration des soins de premier recours au sein du dispositif de la planification sanitaire avait pour objectif d'apporter une réponse à ce problème. Cependant, le volet ambulatoire de la planification sanitaire, qui touche à l'organisation territoriale des soins de premier recours, n'a pas été rendu opposable aux médecins libéraux<sup>1759</sup>. Par conséquent, il n'existe aucun dispositif coercitif pour réguler la répartition territoriale des médecins libéraux. Dans ces circonstances, le seul moyen qui a été préconisé pour favoriser l'installation, le maintien ou l'exercice des médecins dans les zones caractérisées par une offre de soins insuffisante ou par des difficultés dans l'accès aux soins, sont les mécanismes incitatifs prévus par les textes juridiques<sup>1760</sup>. Or, il a été souligné que l'efficacité de ces dispositifs incitatifs est très limitée<sup>1761</sup>.

Face à cette situation, le recours à une régulation coercitive de la répartition des médecins généralistes sur le territoire est une solution qui s'impose naturellement, afin de renforcer l'égal accès aux soins de santé de premier recours. Cependant, une telle démarche n'est pas envisageable dans le contexte actuel qui caractérise l'exercice de la médecine générale en France, qui est marqué par une tendance de diminution du nombre de médecins généralistes installés sur le territoire. Par ailleurs, cette tendance devrait se poursuivre, avec une forte probabilité, jusqu'en 2025<sup>1762</sup>. Dans ces circonstances, comme le précise le Conseil national de l'ordre des médecins, « le vieillissement de la population générale et la baisse de la densité des médecins spécialistes en médecine générale pose la question primordiale de l'accessibilité aux soins de premier recours<sup>1763</sup>. »

---

<sup>1759</sup> V. *supra*, p. 541 et s.

<sup>1760</sup> V. *supra*, p. 147.

<sup>1761</sup> *Supra*, p. 148.

<sup>1762</sup> CNOM, *Atlas de la démographie médicale en France. Situation au 1<sup>er</sup> janvier 2018*, p. 62-63.

<sup>1763</sup> *Ibid*, p. 79.



En ce sens, la loi de modernisation de notre système de santé du 26 janvier 2016 a voulu privilégier, pour la prise en charge des soins de premier recours, le recours à des formules d'exercice coordonné des professionnels de santé au sein des territoires. Les formules qui ont été mises en place dans le cadre de cette réforme sont les équipes de soins primaires et les communautés professionnelles territoriales de santé<sup>1764</sup>. Pour autant, la constitution de ces formules de coopération est fortement privilégiée, voire impulsée par les agences régionales de santé, mais elle n'est pas imposée aux professionnels de santé. De la même manière, la constitution de ces nouvelles formules de coopération n'implique pas de procéder à une démarche de coopération institutionnalisée et intégrée des professionnels de santé, à une logique d'exercice groupé au sein d'une structure juridique unique disposant de la personnalité morale. Ces éléments sont susceptibles de relativiser l'efficacité des formules de coopération pour la prise en charge des soins de premier recours instaurées par la réforme Touraine de 2016.

Or, comme le remarque le professeur Jean-Marie Clément, la carence de l'initiative privée dans la prise en charge des soins de premier recours est susceptible d'être palliée par les établissements de santé qui relèvent du régime de service public hospitalier<sup>1765</sup>. Par ailleurs, les établissements de santé sont responsables de la prise en charge d'autres activités qui présente un intérêt général caractérisé pour la population, comme les activités de soins d'urgence et de soins de suite et de réadaptation. Ainsi, les établissements de santé de service public hospitalier devraient être en mesure de fournir l'ensemble des services de santé de base dans le respect des exigences du principe de proximité.

Cependant, à partir des années 1970, dans l'objectif de maîtriser la hausse des dépenses hospitalières, les pouvoirs publics ont développé une politique de restructuration du champ hospitalier, qui a impliqué la mise en place d'une régulation quantitative des ressources hospitalières. Cette politique a été initiée avec la loi hospitalière du 31 décembre 1970, qui est à l'origine de la carte sanitaire. Cette carte s'est affirmée comme un levier de la diminution quantitative des installations hospitalières, dans la mesure où son application a conduit à la suppression d'un certain nombre de lits en médecine, en chirurgie et en obstétrique.

La politique de restructuration hospitalière a été par la suite accentuée par les réformes hospitalières du 31 juillet 1991 et du 24 avril 1996. Ces deux réformes ont posé le principe

---

<sup>1764</sup> *Supra*, p. 210 et s.

<sup>1765</sup> CLEMENT, Jean-Marie, *Réflexions pour l'hôpital. Proximité, coopération, pouvoirs*, *op.cit.*, p. 83.

d'une réglementation des installations, des activités et des équipements sanitaires à partir d'indices quantitatifs et qualitatifs de l'offre de soins fixés au niveau national, au respect desquels a été soumis l'octroi des autorisations sanitaires<sup>1766</sup>. La mise en place de cette réglementation avait conduit à la fermeture de plusieurs petites structures locales de chirurgie et d'obstétrique qui ne satisfaisaient pas aux indicateurs quantitatifs et qualitatifs de l'offre de soins. Dans ces circonstances, les pouvoirs publics ont privilégié les complémentarités, voire les regroupements entre les établissements de santé, qui se sont développés, dans un premier temps, autour<sup>1767</sup>, mais progressivement, en dehors du service public hospitalier<sup>1768</sup>. En ce sens, la politique de restructuration hospitalière avait conduit au passage d'une logique d'implantation dispersée des ressources hospitalières à une démarche de concentration des plateaux techniques dans les grandes villes et principalement dans les grands centres hospitaliers spécialisés et les centres hospitaliers universitaires<sup>1769</sup>.

La démarche de concentration de l'offre hospitalière était promue essentiellement sur le fondement d'arguments sécuritaires<sup>1770</sup>. Elle était censée remédier aux difficultés liées à l'absence ou à la qualification insuffisantes des personnels, et notamment des chirurgiens, des obstétriciens et des anesthésistes, dans les petites structures hospitalières. Elle devrait contribuer à la sécurisation du geste médical technique qui n'était pas suffisamment assurée dans les structures hospitalières locales qui se caractérisaient par leur pratique médicale relativement faible. Il existe également des arguments économiques avancés en faveur de cette politique, qui reposent sur le coût excessif des petites structures hospitalières locales<sup>1771</sup>.

Cependant, la politique de concentration de l'offre hospitalière a fait également l'objet de critiques, dans la mesure où elle est susceptible de conduire à une insuffisance, voire à la privation d'accès aux soins de proximité au sein de certains territoires fragilisés. Or, il a été souligné que le niveau de proximité est fondamental pour la prestation de certains soins de santé, comme c'est le cas notamment des soins de premier recours, ce qui est particulièrement important lorsqu'il s'agit d'assurer la prise en charge des personnes âgées<sup>1772</sup>.

---

<sup>1766</sup> Art. L. 6122-2-3° du CSP.

<sup>1767</sup> *Supra*, p. 294 et s.

<sup>1768</sup> *Supra*, p. 301 et s.

<sup>1769</sup> V. CLEMENT, Jean-Marie, *1900-2000 : La mutation de l'hôpital*, *op.cit.*, p. 27-28 ; p. 157 et s.

<sup>1770</sup> V. en ce sens : VALLANCIEN, Guy, *L'évaluation de la sécurité, de la qualité et de la continuité des soins chirurgicaux dans les petits hôpitaux publics en France*, Rapport au Ministre de la Santé et des Solidarités, 2006.

<sup>1771</sup> V. Cour des comptes, *La situation des maternités en France*, Rapport, 2014, p. 77 et s.

<sup>1772</sup> V. CLEMENT, Jean-Marie, *Réflexions pour l'hôpital. Proximité, coopération, pouvoirs*, *op.cit.*, p. 92 ; PICARD, Michel, *Aménagement du territoire et établissements de santé*, Rapport du CES, 2004, II, p. 98-99.

Ainsi, pour certains auteurs, la restauration de la proximité dans le domaine des soins de santé devrait nécessairement passer par le renforcement du secteur public de l'hospitalisation, secteur traditionnel de service public au sein du système de santé français<sup>1773</sup>. Ce renforcement devrait s'appuyer ainsi sur deux démarches corrélatives. La première démarche se réfère à la réhabilitation des hôpitaux locaux de proximité<sup>1774</sup>. La deuxième démarche consiste dans la mise en place d'une organisation territoriale graduée et coordonnée des soins hospitaliers publics. Cette organisation implique l'aménagement, pour chaque territoire, d'un niveau de proximité pour les hospitalisations de premier recours (médecine polyvalente, urgences, maternité de premier recours), d'un niveau de référence pour les soins spécialisés et du niveau régional pour les soins très spécialisés et pour la prise en charge des urgences complexes<sup>1775</sup>.

En ce sens, la réforme Touraine du 26 janvier 2016, a créé les groupements hospitaliers de territoire, qui constituent des formules dédiées à l'organisation territoriale graduée de l'offre hospitalière publique. L'objectif de la réforme de 2016 était ainsi d'améliorer l'accès territorial aux soins et de garantir un niveau de proximité pour la prestation des soins hospitaliers de base<sup>1776</sup>. Cependant, la mise en place des groupements hospitaliers de territoire n'a pas donné lieu à une démarche de réhabilitation des hôpitaux locaux de proximité. Il ressort du dispositif juridique relatif aux groupements hospitaliers de territoire, que le rôle essentiel dans le cadre de ces groupements est conféré à l'établissement support<sup>1777</sup>. Or, l'établissement support est, dans la plupart des cas, l'établissement de santé régional au sein du territoire de desserte de chaque groupement hospitalier de territoire. Il appartient ainsi à cet établissement d'assurer les fonctions et les activités mutualisées au sein du groupement. L'établissement support pourrait également bénéficier d'un transfert ou d'une délégation d'activités de soins, afin d'assurer la prise en charge de ces activités pour le compte des autres membres du groupement. Par conséquent, le constat s'impose qu'on assiste, au travers des groupements hospitaliers de territoire, davantage à une démarche de concentration de l'offre hospitalière publique au sein des grands centres hospitaliers spécialisés, que d'une démarche d'organisation graduée de cette offre.

---

<sup>1773</sup> CLEMENT, Jean-Marie, « Quelle égalité territoriale ? » in CASTAING, Cécile (dir.), *La territorialisation des politiques de santé*, op.cit., p. 126.

<sup>1774</sup> V. CLEMENT, Jean-Marie, *Réflexions pour l'hôpital. Proximité, coopération, pouvoirs*, op.cit., p. 84.

<sup>1775</sup> PICARD, Michel, *Aménagement du territoire et établissements de santé*, op.cit., II, p. 104-105.

<sup>1776</sup> *Supra*, p. 348.

<sup>1777</sup> V. *supra*, p. 355 et s.

Dans ce contexte, le titre II de la loi du 24 juillet 2019 relative à la transformation du système de santé, a énoncé l'objectif de la création des collectifs de soins au service des patients au sein des territoires. Or, dans le cadre des collectifs de soins, il s'agit également d'aménager des structures sanitaires qui auront la responsabilité de prendre en charge les missions de services au public identifiées en matière de santé, dans le respect des conditions d'accessibilité financière et territoriale. En ce sens, la référence à la notion de service au public en matière de santé permet le déploiement d'une approche purement fonctionnaliste de la notion de service public dans le cadre du système de santé. Or, cette approche s'accompagne de l'ouverture de la prise en charge des missions de service au public en matière de santé à tous les offreurs de santé sur le fondement d'une démarche de mutualisation entre ces derniers.

### **Section 3. L'aménagement de structures dédiées à la prise en charge des services au public en matière de santé**

Le recours à la notion de service au public comme instrument d'organisation du système de santé implique, tout d'abord, de procéder à l'identification des missions d'intérêt général caractérisé le domaine de la santé, qui ne peuvent pas être assurées dans le cadre du régime de droit commun de système de santé, dans des conditions garantissant l'égal accès aux usagers du système de santé à ces missions.

En ce sens, entrent dans cette catégorie de missions, un certain nombre de missions transversales de santé publique, dont la prise en charge repose sur l'ensemble des acteurs de santé. Tel est le cas de la prévention en matière de santé, la promotion de la santé, l'éducation en matière de santé, ainsi que de l'éducation thérapeutique, l'enseignement, la formation et la recherche en matière de santé.

La notion de service au public en matière de santé doit également englober certaines missions relevant du champ des soins. Tel est le cas des soins de premier recours, auxquels tous les usagers du système doivent avoir un égal accès. Or, la prise en charge des soins de premier recours s'inscrit davantage dans une logique de complémentarité, de graduation entre deux niveaux : le niveau ambulatoire, des professionnels de santé et des structures de ville, et le niveau hospitalier des établissements de santé. A titre d'exemple, la mission de permanence des soins ambulatoire est une mission de service au public qui relève de la compétence des professionnels de santé de ville, alors qu'il appartient aux établissements de santé de prendre

en charge les soins non programmés d'urgence. De la même manière, le traitement, le diagnostic et les soins de premier recours, sont assurés en principe par les professionnels de santé de ville, sauf dans les hypothèses où leur prise en charge nécessite le recours à un plateau technique disponible dans les établissements de santé.

Les missions de service au public de santé publique et de soins de premier recours apparaissent comme un socle de missions indivisibles, dont la prestation globale est censée permettre une prise en charge optimale des parcours de santé des usagers, et notamment des patients atteints d'une pathologie chronique, ainsi que des personnes âgées.

Or, après l'identification des missions de service au public dans le domaine de la santé, il est essentiel de désigner les acteurs susceptibles d'assurer la prise en charge de ces services dans des conditions garantissant leur qualité et accessibilité pour l'ensemble de la population et pour l'ensemble des territoires.

Le rapport Mariotti insiste sur la nécessité de décloisonner la gestion des services au sur les territoires, afin d'imaginer des formes de polyvalence pour leur prestation. Il convient, en ce sens, de généraliser les coopérations entre les services et les partenariats entre les acteurs<sup>1778</sup>.

En matière de santé, la loi Touraine du 26 janvier 2016 avait priorisé des formules de coopération territoriale entre les offreurs de santé, telles que les communautés professionnelles territoriales de santé et les groupements hospitaliers de territoire, dans l'objectif de garantir la prise en charge des missions de service au public sur l'ensemble des territoires. Cependant, comme cela a été souligné, le dispositif territorial mis en place par cette réforme ne s'inscrit pas véritablement dans une approche de service au public, soit en raison de la fragilité des formules développées (communautés professionnelles territoriales de santé), soit parce que les formules en question poursuivent un autre objectif principal (groupements hospitaliers de territoire).

Or, dans son rapport de 2018 relatif à la transformation du système de santé, le Haut conseil pour l'avenir de l'Assurance maladie insiste sur la nécessité d'organiser l'accès, au profit des habitants de chaque territoire de proximité, à un ensemble de services de santé pertinents. Ce rapport préconise l'organisation d'un réseau territorial de proximité, qui doit comprendre des soins ambulatoires, ainsi que des soins avec hospitalisation, afin de garantir à

---

<sup>1778</sup> MARIOTTI, Jean-Alain, *Aménagement du territoire, services publics et services au public*, op.cit, I, p. 15 ; p. 22.

tous l'accès aux prises en charge courantes, à la prévention et à la promotion en matière de santé<sup>1779</sup>. De la même manière, chaque réseau de proximité devrait respecter un certain nombre de principes de base, tels que l'égal accès aux soins, en absence de discriminations, la continuité et la qualité des soins. Ces principes sont censés s'imposer à tous les professionnels et établissements qui y contribuent, et cela, qu'ils s'inscrivent ou non dans le cadre du service public hospitalier<sup>1780</sup>. Ce rapport émet ainsi un certain nombre de propositions, afin de mieux structurer l'organisation des missions de services au public dans le cadre du système de santé.

La loi de transformation du système de santé de 24 juillet 2019 s'inscrit dans la continuité des préconisations de ce rapport, en développant le concept de collectif de soins dans les territoires. Ce collectif de soins est censé ainsi englober l'ensemble des offreurs de soins, présents sur un territoire de proximité, qui auront la responsabilité territoriale partagée d'assurer, au profit des usagers du territoire, l'ensemble de missions des service au public en matière de santé. L'action de ces collectifs doit se concrétiser dans le cadre des projets territoriaux de santé mis en place par la réforme de 2019.

Cependant, la prise en charge optimale des missions de service au public en matière de santé, implique de réfléchir sur la manière la plus appropriée pour prodiguer ce type de missions à la population. En ce sens, les textes juridiques privilégient en particulier deux types de structures, qui doivent être développées dans le cadre des nouveaux collectifs de soins. Dans le domaine des services de santé de ville, il s'agit de promouvoir des structures de prise en charge collective et intégrée des soins de premier recours par les professionnels de santé de ville (§1). Pour ce qui est des soins hospitaliers de premier recours, leur prise en charge doit passer par la généralisation de la formule d'hôpitaux de proximité (§2).

### ***§1. La promotion de structures ambulatoires de prise en charge collective des soins de premier recours***

Les soins de premier recours constituent le noyau dur de la notion de service au public en matière de santé. Cela s'explique, dans la mesure où cette catégorie de soins englobe des

---

<sup>1779</sup> Haut Conseil pour l'avenir de l'Assurance maladie, *Contribution à la transformation du système de santé*, Rapport, juin 2018, p. 11-12

<sup>1780</sup> *Ibid*, p. 35.

soins de santé de base, constitutifs du premier contact de chaque usager avec le système de santé. Il en ressort une exigence de garantir leur prise en charge dans des conditions de continuité, d'accessibilité, de qualité et de proximité.

La loi Bachelot du 21 juillet 2009 est la première réforme sanitaire, qui avait affiché l'ambition de structuration du système de santé français à partir des soins de premier recours. Or, en règle générale, les soins de premier recours sont prodigués à la population sous forme ambulatoire par les professionnels de santé de ville, à titre principal, par les médecins généralistes. Cependant, la prise en charge des soins de premier recours par les médecins généralistes, dans le cadre du régime juridique du service au public, se trouve fragilisée dans les faits, en raison de l'existence d'un double phénomène : la décroissance progressive du nombre des médecins généralistes, d'une part, et la répartition dispersée de ceux-ci sur le territoire, d'autre part. Or, ce double phénomène risque d'approfondir, dans les années à venir, les difficultés et les inégalités d'accès aux soins de premier recours. Dans ces circonstances, les efforts principaux des pouvoirs publics, afin d'améliorer les conditions d'accès aux soins de premier recours, se sont concentrés sur le développement d'une régulation incitative des installations territoriales des médecins généralistes, essentiellement fondée sur des dispositifs d'aides et d'avantages financiers et fiscaux prévus au profit des médecins. Cependant, la régulation incitative en question n'est pas une démarche suffisamment efficace pour orienter le comportement des médecins dans le sens envisagé. Toutefois, il apparaît que le contexte actuel d'abandon de l'exercice de la médecine généraliste par les futures générations de médecins, ne permet pas de concevoir l'hypothèse d'une régulation coercitive des installations des médecins généralistes sur le territoire.

Or, la médecine générale reste la seule spécialité médicale qui n'est pas exercée au sein de l'hôpital. En ce sens, il apparaît fondamental, afin d'assurer un fonctionnement coordonné du système de santé français, que les soins de premier recours soient prioritairement et principalement assurés à titre ambulatoire par les professionnels de santé de ville. Cela devrait permettre aux établissements de santé de se concentrer davantage sur la prise en charge des demandes de soins complexes, nécessitant un hébergement hospitalier, ainsi que sur les soins spécialisés. Pour cette raison, les structures de prise en charge collective des soins de premier recours par les professionnels de santé de ville apparaissent comme une formule à privilégier et permettent d'intégrer ces derniers dans une démarche de service au public. En effet, les avantages du modèle de prise en charge collective des soins de

premier recours sont nombreux(A). Par conséquent, des structures spécifiquement dédiées à la prise en charge des soins de premier recours ont été aménagées par les textes juridiques (B).

#### A. Les avantages du modèle de prise en charge collective des soins de premier recours

Les avantages du modèle de prise en charge collective des soins de premier recours peuvent être constatés à un double niveau. D'un côté, la prise en charge groupée des soins de premier recours correspond aux évolutions qui touchent les modes d'exercice des professions de santé de ville (1) D'autre côté, il s'agit d'un mode d'exercice des activités de soins permettant d'améliorer les conditions de prise en charge des usagers du système de santé (2).

##### 1. Un modèle adapté aux évolutions des modes d'exercice des professions de santé de premier recours

Comme cela a été souligné, le système de santé français se caractérise par un modèle d'exercice. Ainsi, dans le contexte français, les médecins libéraux sont censés disposer, sur le plan juridico-économique, d'une liberté d'entreprendre et d'une indépendance professionnelle. Cette liberté des médecins trouve également un corolaire chez les patients avec le principe de libre choix de son praticien<sup>1781</sup>.

Néanmoins, une série de rapports et d'études, ont mis en lumière un mouvement de « crise de vocation<sup>1782</sup> », de « déclin sensible<sup>1783</sup> » du mode libéral d'exercice de la médecine. Ainsi, selon les données du Conseil national de l'ordre des médecins, en 2018, il y a 48% de médecins qui exercent leur activité à titre libéral exclusif, ce qui fait de 10, 78 % de moins qu'en 2010<sup>1784</sup>. Le Conseil national de l'ordre des médecins conclut ainsi que la grande majorité des départements dispose désormais de plus de médecins salariés que de médecins libéraux<sup>1785</sup>. Par ailleurs, ce sont uniquement 12% des médecins nouvellement inscrits à l'Ordre qui ont fait le choix d'un exercice à titre libéral<sup>1786</sup>. Ces données font apparaître une

---

<sup>1781</sup> *Supra*, p. 41; CHASSANG, Michel, « Brèves réflexions sur l'avenir de la médecine libérale », *RDSS*, 2011, n° HS, p. 7.

<sup>1782</sup> *Ibid.*

<sup>1783</sup> BORGETTO, Michel, « L'exercice de la médecine face aux mutations du modèle libéral », *RDSS*, 2013, p. 573.

<sup>1784</sup> CNOM, *Atlas de la démographie médicale en France. Situation au 1<sup>er</sup> janvier 2018*, p. 110

<sup>1785</sup> *Ibid.*, p. 111.

<sup>1786</sup> *Ibid.*, p.150.



chute du secteur libéral de la médecine en France, qui s'accompagne d'une croissance de l'activité médicale salariée concentrée dans les pôles urbains avec des centres hospitaliers universitaires<sup>1787</sup>. Dans ce contexte, certains auteurs évoquent l'existence d'un danger de disparition programmée de la médecine libérale en France<sup>1788</sup>.

Il existe néanmoins une série de facteurs explicatifs du déclin de l'attractivité du modèle libéral d'exercice de la médecine<sup>1789</sup>.

Un premier facteur en ce sens est lié à la charge et au temps du travail important qui pèse sur les médecins libéraux. Ce temps du travail est ainsi évalué à 54 heures par semaine en moyenne, auquel il faut ajouter également les gardes et les astreintes effectués par les médecins libéraux, essentiellement généralistes, dans le cadre du dispositif de la permanence de soins ambulatoires<sup>1790</sup>. Or, cette durée hebdomadaire du travail ne paraît pas compatible avec les aspirations des nouvelles générations de médecins qui cherchent un plus grand équilibre entre leur vie professionnelle et leur vie personnelle. Ce motif a d'autant plus de poids au regard de la tendance de féminisation progressive de la profession médicale<sup>1791</sup>. Par ailleurs, ce même motif explique en grande partie la réticence des médecins libéraux de s'installer ou d'exercer leur activité dans les zones sous dotées en offre de soins, malgré les nombreux dispositifs incitatifs qui ont été mis en place en ce sens.

Un autre facteur, susceptible d'expliquer le manque d'intérêt pour l'exercice libéral de la médecine, réside dans l'insuffisance du niveau de la protection sociale attachée au statut libéral, notamment en ce qui concerne les congés maternité. Il faut invoquer aussi le régime de responsabilité particulièrement défavorable aux médecins libéraux dans un contexte de « judiciarisation » de la pratique médicale. En effet, le médecin libéral est censé assumer, à titre personnel, la totalité des responsabilités pénales, civiles et ordinales liées à son exercice.

Une autre contrainte liée à l'exercice libéral de la médecine, consiste en la détérioration de la qualité du travail des médecins libéraux, qui se trouvent soumis à un

---

<sup>1787</sup> LEGMANN, Michel, *Définition d'un nouveau modèle de la médecine libérale*, Rapport, avril. 2010, p. 9.

<sup>1788</sup> CHASSANG, Michel, « Brèves réflexions sur l'avenir de la médecine libérale », *op.cit.*

<sup>1789</sup> V. LEGMANN, Michel, *Définition d'un nouveau modèle de la médecine libérale*, *op.cit.* ; p. 10-12 ; LEICHER, Claude, « Le médecin libéral en 2010 », *op.cit.*

<sup>1790</sup> *Ibid.*

<sup>1791</sup> Selon les données du CNOM pour 2018, 47 % des médecins actifs réguliers sont des femmes, mais parmi les classes d'âges plus jeunes, les femmes représentent 61% en constance depuis 2017. Le CNOM conclue ainsi à une féminisation de la profession médicale qui est majoritaire chez les généralistes : CNOM, *Atlas de la démographie médicale en France. Situation au 1<sup>er</sup> janvier 2018*, p. 101.

contrôle accru de la part des organismes de l'assurance maladie, ainsi qu'à une multitude de charges administratives qu'ils doivent accomplir et qui pèsent sur leur temps du travail.

Dans cette perspective, l'évolution vers un modèle d'exercice collectif et groupé de la médecine permet de palier à ces multiples insuffisances caractérisant le mode d'exercice libéral des professions de santé.

En ce sens, l'exercice groupé des professionnels de santé favorise la mutualisation des moyens, ainsi que des charges liées à la participation au dispositif de la permanence des soins. Mais surtout, ce mode d'exercice implique un partage du temps du travail entre les professionnels de santé, ce qui permet de réaliser un meilleur équilibre entre la vie professionnelle et personnelle. Ainsi, les structures d'exercice collectif des services de santé apparaissent comme un moyen de réhabilitation de l'exercice libéral des soins, en rompant, cependant, avec la tradition d'exercice « isolé, autonome et solitaire<sup>1792</sup> » de la médecine libérale.

Cependant, les professionnels de santé de ville peuvent opter également pour un exercice salarié des soins de santé de ville au sein de certaines structures collectives, comme c'est le cas des centres de santé<sup>1793</sup>. Ces professionnels pourraient ainsi bénéficier des avantages attachés au statut salarié et de l'application du droit du travail<sup>1794</sup>, notamment en termes de protection sociale et d'autres avantages sociaux. Par ailleurs, sur le plan de la responsabilité civile, la Cour de cassation avait considéré, sur le fondement de sa jurisprudence *Costedoat*<sup>1795</sup>, que tout professionnel de santé, ayant le statut de salarié de droit privé, qui agit sans excéder les limites de sa mission, n'engage pas sa responsabilité personnelle à l'égard des patients, mais celle de son employeur, à l'image de tous les travailleurs subordonnés<sup>1796</sup>. En même temps, les médecins salariés conservent pleinement leur liberté sur le plan professionnel en raison du principe général de droit de leur indépendance professionnelle<sup>1797</sup>.

Le développement des modes d'exercice collectif de soins par les professionnels de santé de ville présente ainsi un intérêt au niveau du système de santé français, en ce qu'il

---

<sup>1792</sup> MAURY, Suzanne, « Réhabiliter les soins de proximité ? », *RDSS*, 2012, p. 84.

<sup>1793</sup> V. art. L. 6323-1-5 du CSP.

<sup>1794</sup> V. HEAS, Franck, « Exercice de la médecine et salariat », *RDSS*, 2013, p. 575.

<sup>1795</sup> Cass., Ass. plén., 25 févr. 2000, *Costedoat*, n° 97-17.378 et 97-20.152 ;

<sup>1796</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 9 nov. 2004, n° 01-17.908 et 01-17.168.

<sup>1797</sup> T Confl., 14 févr. 2000, n° 02929.

permet d'intégrer les médecins libéraux dans une logique de service public, sans pour autant que cela porte atteinte à l'indépendance déontologique de ces derniers.

En ce sens, outre les avantages à l'égard des professionnels de santé, l'organisation des soins de premier recours dans le cadre des structures d'exercice collectif présente également des bénéfices au niveau de la prise en charge des usagers du système de santé.

## 2. Un modèle bénéfique pour la prise en charge des usagers du système de santé

La structuration de l'offre de soins de premier recours dans le cadre des structures collectives permet de renforcer l'accessibilité des soins de premier recours et d'améliorer les conditions de prise en charge des usagers du système de santé<sup>1798</sup>.

En effet, le regroupement des professionnels de santé au sein de ces structures permet de renforcer l'accès de la population à des soins de premier recours de qualité. Cela est rendu possible grâce à la vocation pluridisciplinaire de ces structures, qui sont censées regrouper en un lieu unique un ensemble de professionnels de santé de premier recours, à savoir des professionnels médicaux (médecins, dentistes, sages-femmes), mais aussi des auxiliaires médicaux (infirmiers, kinésithérapeutes), voire même des professionnels sociaux ou encore des pharmaciens. Cette vocation pluridisciplinaire permet le passage, au sein du système de santé français, « du principe d'un patient avec son médecin traitant vers un patient avec sa structure traitante<sup>1799</sup>. » Par ailleurs, la concentration de l'offre de soins de premier recours sur un site unique est également censée faciliter l'usage de la télémédecine<sup>1800</sup> dans le cadre de la prise en charge des patients.

En outre, le modèle de prise en charge groupée des soins de premier recours favorise la coordination entre les professionnels de santé et semble, par conséquent, particulièrement adapté à la prise en charge des parcours de santé. La coordination entre les membres d'une même structure collective est censée s'effectuer sur la base des projets de santé, orientés autour de la prise en charge des patients. En ce sens, cette coordination doit s'appuyer sur la coopération entre les professionnels de santé exerçant au sein de la structure. Or, la coopération en question implique souvent un partage d'activités entre professionnels de santé sur la base des transferts d'activités matérielles ou d'actes techniques. En effet, la loi du 9

---

<sup>1798</sup> V. BRISSY, Stéphane, « Les évolutions dans l'exercice groupé des professions de santé, *RDSS*, 2013 p. 583.

<sup>1799</sup> LEGMANN, Michel, *Définition d'un nouveau modèle de la médecine libérale*, *op.cit.* p. 16.

<sup>1800</sup> V. art. L. 6316-1 du CSP.

août 2004 relative à la politique de santé publique a ouvert, pour la première fois, à titre expérimental, la possibilité des transferts de compétences entre les professions médicales et les autres professions de santé. Par la suite, la réforme Bachelot du 21 juillet 2009 avait autorisé, à titre dérogatoire, la démarche de coopération entre des professionnels de santé avec transfert d'actes techniques ou d'activités. La loi de transformation du système de santé du 26 juillet 2019 a par ailleurs simplifié le dispositif juridique existant en la matière. Ainsi, les coopérations impliquant un transfert de compétences entre professionnels de santé doivent se déployer à l'initiative des professionnels eux-mêmes et sur la base des protocoles de coopération nationaux ou locaux/expérimentaux<sup>1801</sup>. Le dispositif juridique en question permet d'améliorer la coopération entre les médecins et les sages-femmes dans la prise en charge des grossesses, ou encore de déléguer aux infirmiers certaines tâches en matière de prévention ou d'éducation thérapeutique des patients atteints de pathologies chroniques<sup>1802</sup>.

Or, le recours aux structures de prise en charge collective des soins de premier recours permet également d'améliorer l'accessibilité financière et territoriale de ce type de soins au profit de la population. Cela démontre la vocation de service au public attachée à ces structures. En ce sens, dans une logique d'accessibilité financière des soins, en vertu de l'article L. 6323-1-7 du Code de la santé publique, les centres de santé pratiquent le mécanisme de tiers payant et ne facturent pas de dépassements des tarifs fixés par l'autorité administrative ou des tarifs de base de remboursement de l'assurance maladie. Par ailleurs, dans une logique d'accessibilité territoriale des soins, les centres de santé, ainsi que les maisons pluridisciplinaires de santé, sont essentiellement installés dans les zones déficitaires en offre de soins de premier recours. En ce sens, les centres de santé sont majoritairement placés dans les quartiers urbains défavorisés, alors que les maisons de santé pluridisciplinaires sont le plus souvent situées en milieu rural.

Les structures collectives dédiées à la prise en charge des soins de premier recours contribuent au processus du « tournant » du système de santé français autour des soins de premier recours. En ce sens, un rôle important est conféré à ces structures dans la prise en charge des activités de prévention et d'éducation en matière de santé, ainsi que des missions de santé publique. Par ailleurs, les structures en question sont censées être un lieu privilégié d'accueil des stagiaires et participent, par conséquent, à la mission de formation des futurs professionnels de santé, et notamment des futurs médecins généralistes.

---

<sup>1801</sup> Art. L. 4011-1 à L. 4011-4 du CSP.

<sup>1802</sup> V. HUBERT, Elisabeth, *Mission de concertation sur la médecine de proximité*, *op.cit.*, p. 66-76.

Au regard des leurs multiples avantages, les structures de santé de ville de prise en charge collective des soins de premier recours ont été promues par les différentes réformes juridiques adoptées dans le domaine sanitaire. Cela a permis de concevoir ces structures comme les formules privilégiées de prise en charge des missions de service au public en matière ambulatoire.

## B. La mise en avant des formules de prise en charge collective des soins de premier recours par la législation sanitaire

Le modèle de prise en charge collective des soins de premier recours a été nettement privilégié par les pouvoirs publics dans les dernières années. Ainsi, à côté des équipes de soins primaires et communautés professionnelles territoriales de santé, mises en place par la réforme Touraine de 2016, d'autres formules existent dans l'objectif d'assurer une intégration plus aboutie des professionnels de santé de ville de premier recours. Les structures de soins de premier recours promues en droit français sont, d'un côté, les centres de santé, qui se présentent comme des véritables institutions de service public en matière de soins de ville (1) et, d'autre côté, les maisons pluridisciplinaires de santé, qui s'inscrivent dans une logique de service au public, tout en permettant de sauvegarder le statut libéral des professionnels y exerçant (2).

### 1. Les centres de santé : structures de soins de ville à vocation de service public

Les centres de santé constituent le mode le plus ancien d'exercice groupé et pluri professionnel de soins de ville en droit français. Les centres de santé sont ainsi considérés comme les héritiers des dispensaires dont l'origine remonte au XII<sup>e</sup> siècle avec l'expérience des consultations charitables au profit des malades pauvres, initiée par Théophraste Renaudot<sup>1803</sup>.

L'article L. 6323-1 du Code de la santé publique définit les centres de santé comme des structures sanitaires de proximité qui dispensent, à titre principal, des soins de premier recours et, le cas échéant, des soins de second recours, soit au sein du centre, sans

---

<sup>1803</sup> COLIN, Marie-Pierre, ACKER, Dominique, « Les centres de santé : une histoire, un avenir », *Santé Publique*, 2009, vol. 21, p. 57.

hébergement, soit au domicile des patients. Les centres de santé constituent des cadres d'exercice salarié des activités de soins de ville.

Les centres de santé sont des structures sanitaires ayant vocation d'améliorer l'accès aux soins de premier recours au sein du système de santé français. Cependant, leur « modèle économique imparfait » et leur « situation économique fragile » ont constitué un frein à leur développement dans la pratique<sup>1804</sup>.

En ce sens, une ordonnance du 12 janvier 2018 est venue préciser et simplifier les conditions de création et de fonctionnement des centres de santé dans l'objectif de favoriser leur développement sur le territoire français<sup>1805</sup>.

Il ressort, tout d'abord, du dispositif juridique applicable aux centres de santé, que ces structures peuvent être créées et gérées par une grande variété d'organismes. En effet, historiquement, les centres de santé ont été créés à l'initiative des associations, des mutuelles, des organismes de l'assurance maladie et des communes. Pour cette raison, les centres de santé relevaient d'une logique de création des services collectifs de soins par des organismes publics ou par des organismes privés d'intérêt collectif ou chargés d'une mission de service public. L'objectif qui présidait leur création était de pallier les carences de l'initiative privée, et notamment des professionnels de santé libéraux, dans la satisfaction aux besoins de santé des populations sur certains territoires.

Or, le juge administratif avait admis la légalité des initiatives des collectivités locales de création des centres de santé de ville, à partir du moment où il pouvait être constaté l'existence d'un intérêt public local, ainsi qu'une carence quantitative (nombre insuffisant de praticiens privés) ou qualitative (pratique des tarifs supérieurs aux tarifs de prise en charge de la Sécurité sociale) de l'initiative privée dans la réponse apportée à cet intérêt public<sup>1806</sup>.

Cependant, la vocation de service public attachée aux centres de santé, au regard des modalités de leur création, était en partie relativisée par l'ordonnance du 12 janvier 2018. En effet, afin de faciliter la création de ce type de structures, le texte a ouvert cette possibilité à une série de nouveaux acteurs. C'est le cas des établissements publics de santé, mais également des établissements de santé privés, y compris des cliniques privées à but lucratif.

---

<sup>1804</sup> GEORGES, Philippe, WAQUET, Cécile, *Les centres de santé : situation économique et place dans l'offre de soins de demain*, Rapport de l'IGAS, juill. 2013, p. 25-26.

<sup>1805</sup> Ord. n° 2018-17 du 12 janvier 2018 relative aux conditions de création et de fonctionnement des centres de santé, JO, 13 janv. 2018, texte n° 13.

<sup>1806</sup> V. CE, 20 nov. 1964, *Ville de Nanterre*, n° 57435, Rec., p. 562.

De la même manière, une telle possibilité a été consacrée au profit des sociétés coopératives d'intérêt collectif<sup>1807</sup>. Toutefois, l'ordonnance de 2018 avait insisté sur la préservation du statut à but non lucratif des centres de santé, en précisant que les bénéfices tirés de leur exploitation ne pouvaient pas être distribués<sup>1808</sup>.

Par ailleurs, il existe désormais une distinction au sein des missions des centres de santé, qui peuvent être obligatoires ou facultatives. Or, tous les centres de santé ont pour mission obligatoire de prodiguer des soins de premier recours, ce qui comporte la prise en charge des activités de prévention, de diagnostic et de soins. En ce sens, le caractère obligatoire, attribué à l'activité de soins de premier recours dans le champ des missions des centres de santé, est significatif de l'intérêt général caractérisé de cette activité dans le cadre du système de santé de français. Le cas échéant, les centres de santé peuvent fournir des soins de second recours. A titre dérogatoire, ces centres peuvent pratiquer des activités de diagnostic de manière exclusive<sup>1809</sup>. Cependant, on peut constater que les missions facultatives conférées aux centres de santé ont également une importance fondamentale en termes de santé publique et constituent matériellement des missions de service au public. Parmi ces missions facultatives figurent les actions de santé publique, les actions d'éducation thérapeutique ou les actions en matière sociale, la contribution à la permanence des soins ambulatoires ou encore la formation des professions médicales et paramédicales<sup>1810</sup>.

Cependant, la vocation de service public des centres de santé ressort surtout de leur contribution à l'amélioration de l'accessibilité financière, territoriale et sociale des soins de premier recours. Les centres de santé facilitent l'accès financier aux soins de premier recours, par leurs deux obligations principales en la matière, qui sont la dispense d'avance des frais pour les patients, grâce à l'application du mécanisme de tiers payant, et le respect des tarifs opposables de la Sécurité sociale<sup>1811</sup>. Par ailleurs, tout centre de santé a l'obligation de réaliser, à titre principal, des prestations remboursables par l'assurance maladie<sup>1812</sup>. De la même manière, les centres de santé permettent de garantir la présence d'une offre de soins de premier recours de proximité dans les zones urbaines sensibles, où ils sont principalement

---

<sup>1807</sup> Art. L. 6323-1-3 du CSP.

<sup>1808</sup> V. art. L. 6323-1-4 du CSP.

<sup>1809</sup> V. art. L. 6323-1 du CSP.

<sup>1810</sup> V. art. L. 6323-1-1 du CSP.

<sup>1811</sup> GEORGES, Philippe, WAQUET, Cécile, *Les centres de santé : situation économique et place dans l'offre de soins de demain*, *op.cit.*, p. 52.

<sup>1812</sup> Art. L. 6323-1, al. 3 du CSP.

installés<sup>1813</sup>. Les centres de santé garantissent également une meilleure accessibilité sociale des soins de premier recours. En ce sens, l'article L. 6323-1 du Code de la santé publique prévoit expressément que les centres de santé sont ouverts à toute personne sollicitant une prise en charge médicale ou paramédicale relevant de leur compétence. En outre, certains rapports ont souligné la contribution des centres de santé pour l'accueil et la prise en charge des patients en situation de précarité sociale<sup>1814</sup>.

La vocation de service public des centres de santé est également perceptible au travers de leurs projets de santé, qui doivent être essentiellement centrés sur l'accessibilité et la continuité des soins proposés aux patients<sup>1815</sup>.

Cependant, l'efficacité du recours à la formule de centres de santé implique de développer davantage le recours aux centres de santé polyvalents, qui intègrent en leur sein un ensemble pluridisciplinaire de professionnels de santé de premier recours. Or, les centres de santé restent encore majoritairement des structures sanitaires monovalentes, dont la grande partie est composée par des centres dentaires ou par des centres infirmiers. En 2018, sur les 1933 centres de santé sur le territoire, il n'y avait que 350 qui avaient une nature pluri-professionnelle<sup>1816</sup>. Les centres de santé polyvalents restent ainsi des structures sanitaires à promouvoir, afin d'améliorer les conditions de prise en charge collective des soins de premier recours.

A côté des centres de santé, une autre structure d'exercice collectif de soins de premier recours, développée par la législation sanitaire française est la maison de santé, qui privilégie l'exercice collectif des soins de santé à titre libéral.

## 2. Les maisons de santé : structures d'exercice collectif et libéral de l'offre de soins de premier recours

Les maisons de santé constituent un autre exemple de structures de prise en charge collective de soins de premier recours. Il s'agit des formules de coopération institutionnelle

---

<sup>1813</sup> *Ibid*, p. 50.

<sup>1814</sup> V. ACKER, Dominique, *Rapport sur les centres de santé*, juin 2007, p. 24.

<sup>1815</sup> Art. L. 6323-1-10 du CSP.

<sup>1816</sup> DGOS, *Les chiffres clés de l'offre de soins*, éd. 2018, p. 12.



entre professionnels de santé de ville en vue d'un exercice groupé des activités de soins relevant de leur compétence.

Les maisons de santé ont matériellement des missions comparables à celles confiées aux centres de santé. Ainsi, la mission principale et obligatoire pour toutes les maisons de santé est d'assurer sans hébergement les soins de premier recours et, le cas échéant, de second recours. En outre, les maisons de santé disposent de certaines missions facultatives, à savoir la participation à des actions de santé publique, de prévention et d'éducation pour la santé ou encore la participation à des actions sociales<sup>1817</sup>. De la même manière, les maisons de santé peuvent participer à la formation et à la recherche en soins primaires<sup>1818</sup>. Ainsi, à l'image des centres de santé, les maisons de santé sont censées contribuer à la prise en charge de certaines missions essentielles en termes de santé publique, ce qui en fait également des structures sanitaires dédiées à la prestation des services au public en matière de santé.

Cependant, les maisons de santé sont d'origine plus récente par rapport aux centres de santé. Leur existence a été officialisée par l'article 44 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2008<sup>1819</sup>. Par la suite, le dispositif juridique applicable aux maisons de santé a été complété par les réformes sanitaires adoptées depuis 2009.

A la différence des centres de santé, les maisons de santé constituent des formules d'exercice groupé des professions de santé de ville, mais à titre libéral. Il s'agit, en ce sens, des structures de prestation de soins de premier recours adaptées au mode d'exercice libéral des soins. Les maisons de santé permettent de concilier les exigences liées au maintien d'un statut libéral des professionnels de santé de ville, et notamment des médecins, avec l'exigence d'amélioration de l'accès aux soins de premier recours<sup>1820</sup>. Cela explique, que ce sont en principe les professionnels de santé qui sont à l'initiative des projets de création des maisons de santé. En ce sens, les premières expérimentations des maisons de santé se sont développées dans le cadre du dispositif de la permanence de soins ambulatoires au travers des maisons médicales de garde,<sup>1821</sup> constituées à l'initiative des médecins libéraux dans l'objectif de leur permettre de se regrouper au sein d'une structure unique, afin d'apporter ensemble une

---

<sup>1817</sup> Art. L. 6323-3 du CSP.

<sup>1818</sup> V. art. L. 6323-3, al. 3 du CSP. Afin de pouvoir participer à l'activité de formation et de recherche en soins primaires, les maisons de santé doivent avoir la qualité des maisons de santé pluriprofessionnelles universitaires.

<sup>1819</sup> Loi n° 2007-1786 du 19 décembre 2007 de financement de la sécurité sociale pour 2008, JO, 21 déc. 2007, p. 20603.

<sup>1820</sup> V. ROUSSET, Guillaume, « Les maisons de santé, un mode d'exercice favorisant l'accès aux soins ? », *RDSS*, 2014, p. 450.

<sup>1821</sup> V. circulaire DHOS/DSS/CNAMTS/O1/1B no 2007-137 du 23 mars 2007 relative aux maisons médicales de garde et au dispositif de permanence des soins en médecine ambulatoire.

réponse aux difficultés résultant de la prise en charge de cette mission, notamment en milieu rural. Actuellement, la généralisation des maisons médicales de garde, notamment à proximité directe des services d'urgences hospitalières, est une solution préconisée pour l'organisation de la permanence de soins ambulatoires en France, afin de mieux coordonner et répartir la prise en charge des soins non programmés entre les médecins de ville et les établissements de santé<sup>1822</sup>.

Par ailleurs, un autre élément distinctifs des maisons de santé, est que celles-ci ont obligatoirement une composition pluriprofessionnelle, ce qui ressort des dispositions de l'article L. 6323-3 du Code de la santé publique, qui précise que les maisons de santé sont des personnes morales constituées entre des professionnels médicaux, auxiliaires médicaux ou des pharmaciens. L'objectif de cette composition pluridisciplinaire des maisons de santé est d'assurer une meilleure accessibilité et qualité des soins de premier recours, en rassemblant sur un site unique l'ensemble des professionnels de santé de ville susceptibles de prodiguer ce type de soins.

Par ailleurs, il est possible de rapprocher les maisons de santé de la formule générale des maisons de services au public. Les maisons de services au public constituent des structures de prise en charge polyvalente des services au public. En vertu de l'article 27 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, les maisons de services au public ont pour objet d'améliorer l'accessibilité et la qualité des services, en milieu rural et urbain, pour tous les publics. En ce sens, elles peuvent rassembler des services publics relevant de l'Etat, des collectivités territoriales ou de leurs groupements, d'organismes nationaux ou locaux chargés d'une mission de service public, ainsi que les services nécessaires à la satisfaction des besoins de la population. Or, comme les maisons de services au public, les maisons de santé visent à améliorer l'accessibilité et à assurer la proximité des soins de premier recours, prioritairement dans les zones rurales du territoire, considérées comme des zones fragilisés de point de vue de la politique d'aménagement du territoire. Par conséquent, le déploiement des maisons de santé dans ces zones permet de pallier les difficultés liées à l'insuffisance des professionnels de santé de ville, et notamment des médecins libéraux, qui existent dans ces parties du territoire.

Il reste à souligner qu'à l'image des centres de santé, les maisons de santé sont traversées par une vocation de service public. En ce sens, le Code de la santé publique précise

---

<sup>1822</sup> V. MESNIER, Thomas, CARLI, Pierre, *Pour un pacte de refondation des urgences*, Rapport, déc. 2019, p. 27-28.

que les projets de santé des maisons de santé doivent être compatibles avec les orientations de la planification régionale de l'offre de soins. Cela explique que ce type de structures sont majoritairement installées dans les zones déficitaires en offre de soins. En outre, les maisons de santé peuvent signer des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens avec les agences régionales de santé et bénéficier de certaines contreparties financières associées à leurs engagements contractuels. Par ailleurs, les maisons de santé constituent un lieu privilégié de développement de nouveaux modes de financement des professionnels de santé libéraux, comme c'est le cas des financements de type forfaitaire. En ce sens, en raison de leur vocation de service public dans le domaine de la santé, les maisons de santé peuvent recevoir des subventions publiques de la part des agences régionales de santé ou des collectivités territoriales<sup>1823</sup>.

Par ailleurs, le nombre des maisons de santé en France a connu un accroissement au cours des dernières années. En 2009, il n'existait que 81 maisons de santé pluriprofessionnelles, alors qu'en 2018, leur nombre est déjà de 910<sup>1824</sup>. Cependant, comme cela a été souligné par certains rapports, l'absence d'un statut juridique clair et homogène pour les maisons de santé, ainsi que leur vulnérabilité économique constituent des obstacles à leur développement sur le territoire<sup>1825</sup>. Or, d'autres rapports ont insisté sur la nécessité de ne pas réserver les maisons de santé, ainsi que les autres structures de prise en charge collective de soins de ville, aux seules zones déficitaires en offre de soins<sup>1826</sup>. Il semble ainsi important, dans l'avenir, de favoriser une intégration plus généralisée des professionnels de santé de ville dans le cadre de ce type de structures collectives, qui devraient se déployer progressivement sur l'ensemble du territoire.

La prise en charge de soins de premier recours repose ainsi, en premier lieu, sur les professionnels de santé de ville, ce qui implique de généraliser les structures d'exercice groupé et intégré de soins de premier recours, telles que les centres de santé et les maisons de santé. Ces structures apparaissent ainsi comme une formule originale d'exercice coordonné et pluridisciplinaire des missions de service au public de ville en matière de santé.

Or, les missions de services au public en matière de santé comprennent également les soins hospitaliers de premier recours. Afin de garantir la prise en charge de ces soins, en

---

<sup>1823</sup> V. DANTONEL-COR, Nadine, « Les maisons de santé pluridisciplinaires : une solution à la désertification médicale territoriale ? », *RDS*, n° 52, 2013, p. 152.

<sup>1824</sup> DGOS, *Les chiffres clés de l'offre de soins*, éd. 2018, p. 12.

<sup>1825</sup> HUBERT, Elisabeth, *Mission de concertation sur la médecine de proximité*, *op.cit.*, p. 87.

<sup>1826</sup> JUILHARD, Jean-Marc et al., *Le bilan des maisons et des pôles de santé et les propositions pour leur déploiement*, Rapport au Ministre de la santé et des sports, janv. 2010, p. 28.

respectant les exigences d'accessibilité financière, de qualité et de proximité des soins, les textes juridiques ont priorisé le recours à la formule d'hôpital de proximité.

## ***§2. La réhabilitation des hôpitaux de proximité pour la prise en charge des soins hospitaliers de premier recours***

Pendant longtemps, il existait en droit hospitalier français, des structures hospitalières spécifiquement dédiées à prodiguer des soins de proximité. Ces structures avaient par ailleurs un statut public et faisaient partie du service public hospitalier.

En ce sens, la réforme hospitalière Boulin du 31 décembre 1970 avait procédé à une classification géographique des établissements hospitaliers publics en quatre niveaux. Il existait, à l'époque, des centres hospitaliers régionaux (caractérisés par une spécialité médicale et chirurgicale de très haut niveau et d'un plateau technique dense et diversifié), des centres hospitaliers généraux, des centres hospitaliers spécialisés (essentiellement en psychiatrie) et des hôpitaux locaux, responsables de l'exécution des soins hospitaliers de base et dotés d'un service de médecine, ainsi que d'unités de moyen et de long séjour. Cette classification géographique des établissements publics de santé a fait l'objet d'une première simplification, effectuée par la loi hospitalière du 31 juillet 1991. Cette loi a fait référence à la catégorie unique de centres hospitaliers, en laissant subsister la catégorie spécifique d'hôpitaux locaux. Une nouvelle simplification est intervenue en la matière avec la réforme Bachelot de 2009 qui a créé un statut unique pour tous les établissements publics de santé : le statut de centre hospitalier. Cette réforme a entraîné la disparition de la catégorie d'hôpitaux locaux. Ces derniers devaient être soumis au droit commun des établissements de santé, et notamment à un financement sur la base de la tarification à l'activité. Or, il existait dans ces circonstances, un risque de fragilisation de ce type d'établissements de santé, ce qui pouvait conduire à une défaillance en soins hospitaliers de base, assurés dans des conditions de proximité géographique et d'accessibilité financière<sup>1827</sup>.

Pour cette raison, les dernières réformes sanitaires ont réhabilité la formule d'hôpitaux de proximité, en faisant de ces derniers les acteurs privilégiés de prise en charge des soins hospitaliers de premier recours. En ce sens, les hôpitaux de proximité s'inscrivent désormais

---

<sup>1827</sup> V. BERGOIGNAN-ESPER, Claudine, « L'hôpital public au sein du plan 'Ma santé 2022' », *RDSS*, 2019, p. 15.

dans le cadre d'une approche de service au public en matière de santé (A). Par ailleurs, leur rôle au sein du système de santé a fait l'objet d'un renforcement progressif sur le plan juridique (B).

#### A. La mise en œuvre d'une approche de service au public au travers des hôpitaux de proximité

En droit français, les hôpitaux de proximité apparaissent comme des structures dédiées à la prise en charge des services au public dans le champ sanitaire<sup>1828</sup>. Or, ces structures se caractérisent désormais par leur définition exclusivement matérielle, sans référence au statut de l'établissement public de santé (1). De la même manière, la spécificité des hôpitaux de proximité au sein du système hospitalier français se traduit par l'aménagement d'un régime de financement spécifique, dérogatoire à la tarification à l'activité, qui leur est applicable (2).

##### 1. La définition exclusivement matérielle des hôpitaux de proximité

La définition des hôpitaux de proximité, qui est donnée par l'article L. 6111-3-1 du Code de la santé publique, repose sur la spécificité de leurs missions au sein du système de santé. En ce sens, les hôpitaux de proximité se voient conférer plusieurs missions de service au public en matière sanitaire, qu'ils doivent assurer dans le cadre d'un territoire de proximité.

Les hôpitaux de proximité sont, tout d'abord, censés participer dans la prise en charge, de certaines missions transversales de service au public. Il s'agit, plus précisément, des missions de santé publique qui doivent être assurées par l'ensemble des offreurs de soins, comme c'est le cas des activités de prévention et de promotion de la santé. Les hôpitaux de proximité doivent contribuer également à la prise en charge de la permanence de soins et à la continuité des soins au profit des patients de leur territoire.

Par ailleurs, parmi les missions conférées aux hôpitaux de proximité, deux missions principales peuvent être identifiées. La première de ces missions consiste dans la prestation des soins curatifs de courte durée à l'appui d'un plateau technique minimal (plateaux

---

<sup>1828</sup> V. DGOS, *La réforme des hôpitaux de proximité. Support méthodologique* ; Cour des comptes, *L'avenir des hôpitaux locaux*, Rapport sur l'application de la LFSS 2013, sépt. 2013, p. 305 ; GUICHARD FRIOT, Valérie, RABILLER Stéphanie, « Hôpitaux de proximité, vecteurs de redynamisation de l'organisation de la santé ? », *RDS*, n° 92, 2019, p. 902.

techniques d'imagerie et de biologie médicale, des équipements de télésanté). En outre, les hôpitaux de proximité doivent assurer la prise en charge sanitaire des personnes âgées et dépendantes de leur territoire, ce qui leur permet de fournir des soins de longue durée et des soins de suite et de réadaptation.

Il apparaît également, qu'à l'image des médecins généralistes et des médecins traitants, les hôpitaux de proximité ont un rôle de coordination des parcours des usagers, dans la mesure où le Code de la santé publique précise qu'ils doivent orienter les patients qui le nécessitent, conformément au principe de pertinence des soins, vers les établissements de santé de recours et de référence ou vers les autres structures adaptées à leurs besoins.

En outre, à l'image des centres et des maisons de santé, les hôpitaux de proximité, peuvent assurer, le cas échéant, des soins de second recours, par l'organisation, en leur sein, de consultation de plusieurs spécialités.

Or, il faut souligner également qu'il n'existe plus de critère organique dans la définition légale des hôpitaux de proximité. En effet, l'article L. 6111-3-1 du Code de la santé publique précise que les hôpitaux de proximité sont des établissements de santé publics ou privés ou des sites identifiés de ces établissements. Il en résulte que les hôpitaux de proximité peuvent avoir un statut public, mais également un statut privé d'intérêt collectif, voire même un statut privé commercial. Le choix de ne pas retenir le statut de droit public, à l'égard des hôpitaux de proximité, peut sembler comme paradoxal face à la réintroduction en droit français, opérée par la loi Touraine de 2016, de la notion de service public hospitalier dans sa dimension traditionnelle et organique, en lien avec les établissements publics de santé. Cela est d'autant plus paradoxal, dans la mesure où les hôpitaux de proximité sont conçus comme le noyau dur du service public dans le champ hospitalier, en raison de la particularité de leurs missions qui sont des missions de soins hospitaliers de premier recours. Cependant, la démarche retenue en la matière est compatible avec la nouvelle approche fonctionnaliste de service public qui se manifeste, dans le domaine de la santé, par le passage au concept de service au public. Or, la référence à ce concept implique que les services essentiels pour la population d'un territoire donné puissent être assurés par une multitude d'acteurs, sans considération de leur statut juridique. En ce sens, les hôpitaux de proximité s'inscrivent dans une démarche de service au public, sans pour autant qu'ils soient formellement rattachés au service public hospitalier.

Par ailleurs, un autre élément démontre l'originalité des hôpitaux de proximité au sein du système de santé français. Cet élément est lié au fonctionnement médical de ces hôpitaux qui est assuré, à titre principal, par des médecins libéraux et notamment par des médecins généralistes. Il s'agit d'un trait caractéristique des hôpitaux de proximité qui caractérisait également le fonctionnement des anciens hôpitaux locaux. Il y a par ailleurs plusieurs intérêts qui découlent de ce type de fonctionnement médical. D'une part, il permet d'assurer un suivi médical complet des patients par leurs médecins traitants. D'autre part, il apparaît comme un facteur susceptible de susciter des installations des médecins généralistes dans des territoires où la densité médicale est en train de décliner. Cependant, les hôpitaux de proximité tendent à avoir un recours accru aux praticiens hospitaliers salariés, dans un contexte de décroissance du nombre des médecins généralistes libéraux. Pour cette raison, l'une des mesures phares de la loi de transformation du système de santé du 26 juillet 2019 consiste dans la réforme du statut de praticien hospitalier, qui devait être assoupli par voie d'ordonnance, afin de favoriser davantage l'exercice mixte de la médecine entre le mode libéral et le mode salarié, ainsi que l'exercice partagé de celle-ci entre les structures de ville et les établissements de santé<sup>1829</sup>.

Il ressort également, du dispositif juridique applicable aux hôpitaux de proximité, que conformément à une logique de service au public, de coordination territoriale du système de santé et d'aménagement des réseaux de proximité des soins de santé, les missions de service au public conférées à ces hôpitaux doivent être exercées sur la base d'une coopération avec l'ensemble des offreurs de soins du territoire (les structures et les professionnels de la médecine ambulatoire, les établissements et les services médico-sociaux et d'autres établissements et acteurs de santé, dont les établissements d'hospitalisation à domicile).

Les hôpitaux de proximité permettent de renforcer le maillage territorial et d'améliorer l'accessibilité des services au public dans le domaine de la santé. Leur réhabilitation en droit français a permis de renouer avec « la mission sociale historiquement dévolue à l'hôpital<sup>1830</sup>. » Or, afin de prendre en considération la spécificité de ces hôpitaux au sein du système hospitalier français, un régime financier particulier et dérogatoire à la tarification à l'activité a été prévu à leur égard.

---

<sup>1829</sup> Art. 13 de la loi n° 2019-774 du 24 juill. 2019.

<sup>1830</sup> Haut Conseil pour l'avenir de l'Assurance maladie, *Contribution à la transformation du système de santé*, Rapport, 2018, p. 13.

2. Le régime financier dérogatoire à la tarification à l'activité appliqué aux hôpitaux de proximité, signe de leur spécificité au sein du système hospitalier

La réforme Bachelot de 2009 avait procédé à la suppression de la catégorie juridique d'hôpital local. Dans une logique de confortation du système hospitalier, cette réforme devait entraîner l'application du régime de la tarification à l'activité à l'ensemble des établissements de santé, y compris à tous les centres hospitaliers publics, parmi lesquels figuraient les anciens hôpitaux locaux. Cependant, comme l'avait précisé la Cour des comptes dans son rapport sur l'avenir des hôpitaux locaux de 2013, la tarification à l'activité n'est pas un mode de financement adapté à la spécificité du fonctionnement des hôpitaux locaux. En effet, ces derniers ont toujours eu comme mission d'assurer la prise en charge sanitaire de proximité de certaines catégories particulières de patients vulnérables, à savoir les patients âgés et les patients dépendants. Pour cette raison, leur activité sanitaire se caractérisait par un certain nombre d'éléments : un faible nombre de séjours, des séjours d'une durée moyenne allongée, des soins palliatifs très nombreux, une taille critique des unités<sup>1831</sup>. Or, ces différents éléments n'étaient pas suffisamment valorisés dans le cadre de la tarification à l'activité. Selon la Cour des comptes, l'application de ce mode de financement aux anciens hôpitaux locaux aurait nécessairement entraîné l'abandon de leur activité médicale, voire de l'ensemble de leur activité sanitaire. Cela pouvait aboutir à la transformation des anciens hôpitaux locaux en structures médico-sociales, voire à leur fermeture pure et simple<sup>1832</sup>. Dans ces circonstances, la Cour des comptes avait préconisé la mise en place d'un financement mixte à l'égard des anciens hôpitaux locaux qui devait combiner une tarification à l'activité, pour les soins de court séjour et pour les soins de suite et de réadaptation, ainsi qu'un financement forfaitaire dont le montant devrait être fixé en fonction du positionnement territorial de chaque hôpital<sup>1833</sup>.

Toutefois, malgré la suppression de la catégorie juridique d'hôpital local en 2009, les hôpitaux faisant historiquement partie de cette catégorie, ont bénéficié d'un financement dérogatoire à la tarification à l'activité qui devait s'appliquer jusqu'en 2015. Dans ce contexte, l'article 52 de la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2015, avait introduit la nouvelle catégorie juridique d'hôpital de proximité qui devait succéder à la formule ancienne d'hôpital local. Or, l'appartenance d'un établissement de santé à cette nouvelle

---

<sup>1831</sup> Cour des comptes, *L'avenir des hôpitaux locaux*, *op.cit.*, p. 319.

<sup>1832</sup> *Ibid.*, p. 320.

<sup>1833</sup> *Ibid.*, p. 332.



catégorie devait se traduire notamment par l'application d'un régime de financement spécifique, dérogatoire par rapport à la tarification à l'activité applicable aux autres établissements de santé.

Dans un premier temps, les règles du financement applicable aux hôpitaux de proximité étaient précisées par un décret du 20 mai 2016<sup>1834</sup>. Or, ce texte s'écarterait de la proposition de la Cour des comptes. Ainsi, malgré le choix retenu d'un mode de financement mixte, le financement en question était constitué d'une dotation forfaitaire annuelle garantie qui pouvait être éventuellement majorée en fonction de l'activité produite par les hôpitaux de proximité. Il a été précisé par ailleurs que la dotation forfaitaire garantie était composée de deux éléments : une part fixe, construite à partir des recettes historiques des établissements concernés, ainsi qu'une part modulable, qui était la dotation organisationnelle et dont le montant était fixé en fonction des caractéristiques du territoire desservi par chaque hôpital de proximité<sup>1835</sup>.

Il ressort du dispositif juridique relatif au financement des hôpitaux de proximité, une volonté de soumettre ces derniers à un financement principalement forfaitaire. Or, il s'agit d'un mode de financement classique, qui a été appliqué pendant longtemps aux établissements de service public hospitalier<sup>1836</sup> et qui continue à s'appliquer pour la rémunération de certaines missions des établissements de santé ayant une forte vocation d'intérêt général<sup>1837</sup>. L'objectif du mode de financement forfaitaire, retenu pour les hôpitaux de proximité, est d'assurer la pérennité de ces structures au sein du paysage hospitalier français, en leur garantissant le bénéfice d'un financement, indépendamment du volume de leur activité, et notamment en cas de baisse importante d'activité. Cet élément permet encore une fois de constater, qu'en raison du régime juridique qui leur est applicable, les hôpitaux de proximité s'inscrivent au sein d'une véritable démarche concrète de service au public dans le domaine hospitalier. En revanche, ce constat ne se confirme pas complètement au regard des autres établissements publics de santé, faisant formellement partie du service public hospitalier, mais qui apparaissent davantage comme intégrés au sein d'un système hospitalier avec les établissements de santé privés et soumis à un droit hospitalier commun, qui régit à la fois

---

<sup>1834</sup> Décret n° 2016-658 du 20 mai 2016 relatif aux hôpitaux de proximité et à leur financement, JO, 24 mai 2016, texte n° 23.

<sup>1835</sup> V. VIOUJAS, Vincent, « La tarification à l'activité des établissements de santé, une législation plus tard », *RDSS*, 2017, p. 498.

<sup>1836</sup> *Supra*, p. 234.

<sup>1837</sup> *Supra*, p. 240.

l'activité, que le financement des établissements de santé faisant partie du système hospitalier<sup>1838</sup>.

Il convient de préciser, qu'à la lumière de la redéfinition des missions des hôpitaux de proximité, opérée par la loi de transformation du système de santé de 2019, la loi de financement de la sécurité sociale pour 2020 a revu le dispositif de financement applicable à ces hôpitaux. Cette loi affirme le principe d'un financement forfaitaire des hôpitaux de proximité. Cependant, ce financement se compose désormais de deux nouvelles formes de dotations. Il existe, tout d'abord, une garantie de financement qui devient pluriannuelle et qui est conçue pour la rémunération de l'activité de médecine des hôpitaux de proximité. Il est prévu, en outre, une nouvelle dotation de responsabilité territoriale, qui est censée s'appliquer pour la rémunération des autres missions des hôpitaux de proximité, ainsi que pour l'indemnisation des professionnels de santé libéraux intervenant dans l'exercice des missions des hôpitaux de proximité. Il apparaît que le montant de ces dotations est déterminé désormais en fonction de plusieurs critères, comme les recettes perçues par les établissements lors de leur activité des années précédentes, mais aussi les besoins territoriaux spécifiques de la population desservie par l'hôpital, ainsi que le niveau de qualité de prise en charge des patients. Par conséquent, si les hôpitaux de proximité échappent à la logique de performance économique, appliquée aux autres catégories d'établissements de santé<sup>1839</sup>, ils sont pour autant progressivement soumis à la logique de performance-qualité, applicable au fonctionnement de l'ensemble du système de santé français<sup>1840</sup>.

Par ailleurs, depuis la création du statut de l'hôpital de proximité, le rôle de ces hôpitaux au sein du système de santé français été progressivement précisé et renforcé, au fil des réformes sanitaires successives.

#### B. Le renforcement progressif du rôle des hôpitaux de proximité au sein du système de santé

Dans l'objectif d'améliorer l'organisation des soins de proximité, et surtout de revaloriser les soins hospitaliers de proximité, le plan « Ma santé 2022 » avait prévu le développement des hôpitaux de proximité sur le territoire<sup>1841</sup>. Or, afin d'atteindre cet objectif,

---

<sup>1839</sup> *Supra*, p. 227 et s.

<sup>1840</sup> *Supra*, p. 242 et s.

<sup>1841</sup> DGOS, *Ma santé 2022. Un engagement collectif*, Dossier de presse, sépt. 2018, p. 26.

il est apparu nécessaire de repenser et de renforcer le rôle des hôpitaux de proximité au sein du système de santé. Cependant, initialement, ce rôle est apparu comme limité, inadapté et insuffisant (1). Pour cette raison, la loi de transformation du système de santé de 2019 a lancé un processus de redynamisation des hôpitaux de proximité (2).

### 1. Le rôle initialement limité des hôpitaux de proximité

Avant même que la catégorie juridique d'hôpital local soit formellement supprimée par la réforme Bachelot de 2009, la politique de restructuration hospitalière, qui a été accentuée à partir des années 1990, a eu des répercussions sur le fonctionnement des hôpitaux locaux, qui avait évolué dans le sens d'une diminution progressive des lits en médecine. Dans ces circonstances, l'activité principale des hôpitaux de proximité est devenue la prise en charge médico-sociale de la population. En conséquence, ces hôpitaux se sont progressivement transformés en structures exclusivement dédiées à l'accueil des personnes âgées. L'hôpital local est devenu ainsi « l'hôpital gériatrique de la France rurale<sup>1842</sup>. »

Avec la création de la nouvelle catégorie juridique d'hôpital de proximité, les pouvoirs publics ont affiché leur ambition de rompre avec la perspective de détérioration des anciens hôpitaux locaux. Afin de redonner une place centrale aux hôpitaux de proximité au sein du système de santé, ce nouveau statut impliquait de renouer avec l'exercice obligatoire d'une activité de médecine par ces établissements. De la même manière, le statut en question était censé englober, au-delà des anciens hôpitaux locaux, une série de petits établissements de santé de proximité publics et privés.

Cependant, un dispositif juridique de labélisation des hôpitaux de proximité a été mis en place. Ce dispositif a montré que la place attribuée aux hôpitaux de proximité au sein du système de santé restait encore insuffisante. En ce sens, une première limite résultait de la définition restrictive du champ d'activités des hôpitaux de proximité (a). De la même manière, ces hôpitaux étaient cantonnés à une logique assistantielle, dans la mesure où leur existence n'était prévue qu'au profit et dans le cadre des territoires fragilisés (b).

---

<sup>1842</sup> DE KERVASDOUE, Jean, « L'hôpital », coll. *Que-sais-je*, Paris, PUF, 2015, p. 16.

a. La définition restrictive des activités des hôpitaux de proximité

Le décret du 20 mai 2016 relatif aux hôpitaux de proximité et à leur financement avait énoncé les conditions d'éligibilité au statut d'hôpital de proximité. Or, l'une des conditions posées par ce décret, était relative à la nature de l'activité prise en charge par l'établissement de santé. Il a été précisé que pour être labélisé d'hôpital de proximité, l'établissement devait exercer une activité de médecine autorisée, sans pour autant exercer une activité de chirurgie ou de gynécologie-obstétrique. A cela s'ajoutait la définition restrictive des missions des hôpitaux de proximité. En effet, en vertu de l'article 53 de la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2015, les hôpitaux de proximité avaient pour mission principale de contribuer à l'offre de soins de premier recours dans les territoires qu'ils desservent.

Les hôpitaux de proximité apparaissaient ainsi comme des structures reproduisant le modèle ancien des hôpitaux locaux. En ce sens, les hôpitaux de proximité étaient conçus comme des établissements de santé, qui ne pouvaient exercer que des activités de soins de médecine ou de suite et de réadaptation et qui ne bénéficiaient pas d'un plateau technique. Leur mission se limitait à la prise en charge des soins de premier recours.

En ce sens, le nouveau dispositif juridique relatif aux hôpitaux de proximité n'a pas contribué à l'évolution du rôle de ces structures au sein du système de santé français, qui est resté un rôle imprécis et secondaire. En effet, leur mission d'exécution des soins de premier recours se recoupait avec la mission attribuée par les textes juridiques aux professionnels et aux structures de santé de ville. Or, cela ne permettait pas d'inscrire ces différentes structures dans une véritable logique de complémentarité et d'organisation graduée des soins au sein des territoires de proximité. En effet, tous les services de santé aménagés dans un cadre de proximité étaient censés proposer la même catégorie de soins : les soins de premier recours définis à l'article L. 1411-1 du Code de la santé publique. Or, la prise en charge des soins hospitaliers de premier recours n'était pas suffisamment garantie dans ces circonstances, malgré la création des hôpitaux de proximité.

En outre, les hôpitaux de proximité apparaissaient comme cantonnés dans une logique purement assistantielle, en raison des critères d'éligibilité relatifs à leur territoire de dessert.

b. Les hôpitaux de proximité cantonnés à une logique assistantielle

Le décret du 20 mai 2016 relatif aux hôpitaux de proximité et à leur financement avait prévu, comme condition d'éligibilité des hôpitaux de proximité, une condition relative au territoire desservi. En ce sens, ce décret précisait que le territoire en question devait présenter au moins deux des caractéristiques suivantes : une part de la population âgée de plus de 75 ans qui doit être supérieure à la moyenne nationale ; une part de la population située en dessous du seuil de pauvreté supérieure à la moyenne nationale ; une densité de la population faible qui n'excède pas un niveau plafond ; une part des médecins généralistes pour 100 000 habitants inférieure à la moyenne nationale. Il résultait de ce critère d'éligibilité, que les hôpitaux de proximité ne pouvaient se situer que sur certaines zones particulières du territoire, à savoir les zones défavorisées sur le plan sanitaire, soit en raison de l'insuffisance de l'offre de soins disponible, soit en raison du seuil important des personnes vulnérables et fragilisées. En ce sens, les hôpitaux de proximité, à l'image des anciens hôpitaux locaux, étaient cantonnés dans une approche assistantielle. En effet, leur présence sur l'ensemble du territoire n'était pas prévue, leur installation n'avait pas vocation à être généralisée. Il s'agissait ainsi seulement de favoriser leur présence au sein des territoires défavorisés sur le plan démographique et sanitaire.

Par ailleurs, il a été déjà évoqué que la couverture territoriale en hôpitaux de proximité restait très variable selon les régions, malgré la tendance d'une desserte progressive de l'ensemble des régions métropolitaines<sup>1843</sup>.

Tout cela démontre de manière significative que la régénération de la formule d'hôpitaux de proximité n'avait pas entraîné un processus de réorganisation de l'offre de soins hospitalière autour et à partir des soins de proximité.

Cependant, la mise en place d'un réseau de soins de proximité est l'un des axes principaux de la réforme relative à la transformation du système de santé du 24 juillet 2019. Cette réforme procède à la clarification et au renforcement du rôle des hôpitaux de proximité.

---

<sup>1843</sup> V. DGOS, *La réforme des hôpitaux de proximité. Support méthodologique*, p. 12.

## 2. La redynamisation des hôpitaux de proximité par la réforme du 24 juillet 2019

La revalorisation du rôle des hôpitaux de proximité était préconisée par un certain nombre de rapports, avant que la démarche soit officialisée par la loi de transformation du système de santé du 24 juillet 2019.

En ce sens, dans son rapport de 2018, le Haut conseil sur l'avenir de l'Assurance maladie avait insisté sur la nécessité d'aménager une organisation territorialisée de l'offre de soins hospitaliers, ainsi que de mettre en place un réseau territorial de proximité comprenant à la fois des services de soins de ville, et des services de soins hospitaliers<sup>1844</sup>. Ce rapport envisageait d'ajouter aux professionnels et aux structures de santé de premier recours, une nouvelle catégorie d'établissements de santé, qui sont les établissements de santé communautaires et qui devaient assurer les missions relevant de l'hospitalisation de premier recours<sup>1845</sup>.

Cependant, un rapport plus ancien, rendu sous l'égide du Conseil économique et social, avait déjà promu l'objectif de s'appuyer davantage sur l'hôpital local, afin de permettre une meilleure gradation des soins et d'améliorer la couverture sanitaire territoriale. Ce rapport préconisait que l'hôpital local soit érigé en acteur principal du projet de son bassin d'activité<sup>1846</sup>.

La loi relative à la transformation du système de santé de 2019, dans son article 35, s'est appuyée sur ces préconisations afin de procéder à un renforcement du rôle des hôpitaux de proximité au sein des territoires.

Cette loi a permis, tout d'abord, de redéfinir et de mieux clarifier les missions des hôpitaux de proximité. Ces hôpitaux doivent ainsi continuer à participer, en coopération avec les autres acteurs sanitaires et sociaux du territoire, à la prise en charge des soins de premier recours, ainsi qu'à l'accueil médico-social des personnes âgées. Cependant, il ressort de l'article L. 6111-3-1-I du Code de la santé publique, que les hôpitaux de proximité disposent désormais d'une nouvelle mission principale, qui est la mission d'assurer le premier niveau de gradation des soins hospitalier. Cette clarification des missions dévolues aux hôpitaux de proximité est essentielle pour assurer la cohérence de l'organisation territoriale de l'offre de

---

<sup>1844</sup> Haut Conseil pour l'avenir de l'Assurance maladie, *Contribution à la transformation du système de santé*, *op.cit.*, p. 12

<sup>1845</sup> *Ibid*, p. 13.

<sup>1846</sup> PICARD, Michel, *Aménagement du territoire et établissements de santé*, *op.cit.*, I, p. 21.

soins. En ce sens, il apparaît désormais que les missions respectives des offreurs de soins de ville et des hôpitaux de proximité sont mieux précisées et distinguées. Il incombe ainsi aux premiers de prendre en charge les soins de premier recours sous forme ambulatoire, alors que les seconds doivent proposer un premier niveau de soins hospitaliers en s'appuyant sur un plateau technique de base. Cette clarification va aussi dans le sens d'une meilleure complémentarité entre ces deux composants de l'offre de soins de proximité. Elle permet de concevoir les hôpitaux de proximité comme un point d'ancrage pour les structures d'exercice groupé des soins de premier recours par les professionnels de santé de ville<sup>1847</sup>. De la même manière, la mission d'assurer les soins hospitaliers de premier recours des hôpitaux de proximité permet d'éviter que cette fonction ne soit assumée par les établissements de santé de recours et de référence. Ces derniers pourraient, par conséquent, se concentrer davantage sur la prise en charge de leur mission principale de soins hospitaliers spécialisés.

Pour ce qui est du champ matériel des soins hospitaliers de premier recours, il comprend des activités telles que la polymédecine, la promotion de la santé, la prévention en matière de santé, l'éducation thérapeutique, le suivi des malades chroniques, la prise en charge gérontologique<sup>1848</sup>. Cependant, comme le précise le Conseil économique et social, le premier niveau de l'hospitalisation de proximité pouvait être envisagé de manière plus large en englobant aussi les soins d'urgence de premier niveau, les activités prénatales et postnatales, voire les maternités de premier niveau, ainsi que certaines activités chirurgicales de base comme la chirurgie viscérale et orthopédique<sup>1849</sup>.

En ce sens, la loi du 24 juillet 2019 avait envisagé la diversification des activités des hôpitaux de proximité. Cette loi a affirmé le principe, selon lequel les hôpitaux de proximité exercent obligatoirement une activité de médecine, sans exercer des activités de chirurgie ou d'obstétrique. Toutefois, en fonction des besoins de la population et de l'offre de soins présente sur leurs territoires, les hôpitaux de proximité peuvent exercer désormais d'autres activités, comme la médecine d'urgence, les activités prénatales et postnatales, les soins de suite et de réadaptation, ainsi que l'activité de soins palliatifs. Par ailleurs, à titre dérogatoire, un hôpital de proximité peut même être autorisé, par le directeur général de l'Agence régionale de santé, de pratiquer certains actes chirurgicaux programmés<sup>1850</sup>. Cette

---

<sup>1847</sup> DGOS, *La réforme des hôpitaux de proximité. Support méthodologique*, op.cit., p.14.

<sup>1848</sup> V. Haut Conseil pour l'avenir de l'Assurance maladie, *Contribution à la transformation du système de santé*, op.cit., p. 41.

<sup>1849</sup> PICARD, Michel, *Aménagement du territoire et établissements de santé*, op.cit, II, p. 104.

<sup>1850</sup> V. art. L. 6111-3-1-III du CSP.

diversification des activités des hôpitaux de proximité permet de mieux conforter leur rôle au sein du système de santé, qui est un rôle de prise en charge des soins hospitaliers de premier recours au sein des territoires de proximité.

Cependant, la réforme des hôpitaux de proximité devait être prolongée. Le renforcement efficace de ces structures hospitalières de proximité nécessite que soit envisagée leur généralisation sur l'ensemble du territoire. Cet objectif a déjà été formulé concernant les structures collectives de soins de premier recours de ville. De la même manière, la diversification des missions des hôpitaux de proximité devait être encore plus largement autorisée, dans le sens d'un processus d'organisation territorialisée et graduée des soins hospitaliers.



## CONCLUSION TITRE 2

Le constat de l'échec de la notion de service public, dans son rôle initial du fondement du système de santé, implique d'envisager l'hypothèse d'un recours à cette notion, mais dans un nouveau rôle, comme instrument dans l'organisation du système de santé.

En effet, dans le domaine de la santé, la notion de service public a fait l'objet d'un phénomène de dilution au sein du système de santé. Les réformes juridiques adoptées dans ce domaine ont permis de forger un concept juridique autonome du système de santé, distinct du service public. Progressivement est apparu ainsi un droit applicable aux usagers du système de santé, composé de droits individuels et collectifs consacrés au profit de ces derniers, ainsi qu'un droit applicable à l'organisation de l'offre de soins dans le cadre du système de santé, fondé sur les mécanismes de la régulation et de la coordination de l'offre de soins, ainsi que sur la démarche de coopération sanitaire entre l'ensemble des offreurs de santé.

Dans ces circonstances, le recours à la notion de service public dans le cadre de l'organisation du système de santé pourrait avant tout contribuer à l'amélioration des conditions d'accès aux services de santé, que ce soit de point de vue économique, ou de point de vue territorial.

En ce sens, la notion de service au public, conceptualisée par le rapport Mariotti de 2005 et mise en œuvre dans le cadre de la politique générale d'aménagement du territoire, apparaît comme un outil juridique adapté à la démarche d'organisation du système de santé. En effet, la définition exclusivement fonctionnelle de cette notion, dépourvue de toute référence à un critère organique, correspond à la nature juridique hétéroclite du système de santé français. De la même manière, la place centrale des principes d'accessibilité tarifaire et géographique au sein du régime juridique de la notion de service au public, s'accorde avec l'objectif de renforcer la portée du principe d'égalité d'accès aux services de santé dans le cadre d'une démarche d'organisation territorialisée du système de santé.

On a pu assister, en ce sens, à l'identification progressive, en droit français, des services sanitaires de premier recours, dont la prestation à la population doit être assurée dans des conditions permettant de garantir la proximité et l'accessibilité financière des services en question. De la même manière, des structures sanitaires ambulatoires et hospitalières,

spécifiquement dédiées à la prise en charge de ce type de services au sein du système de santé, ont été aménagées.

Ainsi, la construction d'un réseau de services au public dans le domaine de la santé, concentré dans le cadre des territoires de proximité, est une démarche qui a été déjà engagée en droit français, mais dont la poursuite nécessite d'être généralisée. La mise en place de ce processus fait ressortir que la perspective qui s'impose dans le domaine de la santé est de concevoir le service public comme un instrument d'organisation et non comme le fondement du système de santé.

# CONCLUSION GENERALE

Dans le domaine de la santé, le constat qui s'impose est celui du dépérissement de la notion de service public comme fondement du système de santé.

Ce constat s'explique, tout d'abord, par le volet hospitalier de la notion de service public en matière de santé. Ce volet hospitalier est la conséquence du critère organique de la notion de service public en matière de santé, qui est traditionnellement définie par rapport aux établissements publics de santé. En effet, les établissements publics de santé, dans leur qualité d'établissements publics administratifs, sont traditionnellement habilités d'exercer de droit le service public dans le champ sanitaire. Par conséquent, il existe une approche organique attachée à la notion de service public hospitalier, qui a conduit à l'instauration d'une confusion entre le service public et le statut de l'établissement public de santé. Il en résulte que si le service public hospitalier est censé éventuellement intégrer les établissements de santé privés, son aspect hospitalier empêche toute démarche d'intégration des offreurs de soins de ville.

En ce sens, la notion de service public hospitalier peut être présentée comme un fondement défaillant du système de santé dans le cadre français, en raison de son incapacité d'inclure dans le cadre de ce système les services de soins de ville. Cela explique que l'organisation des services de soins de ville s'est déployée en dehors du cadre de l'Etat et du champ de la notion de service public. En effet, les offreurs de soins de ville, qui ont en principe un statut et un exercice libéraux, ont bénéficié d'un système de régulation alternatif à la notion de service public, ce qui s'explique en grande partie par le phénomène de structuration de l'identité collective des offreurs de soins de ville sur un certain nombre de principes d'essence libérale, qui apparaissent comme strictement incompatibles avec toute démarche de service public à l'égard des services de santé de ville. Pour cette raison, les tentatives récentes d'intégration des services de santé de ville au sein du système de santé par le biais de la notion de service public ont également échoué. En effet, le constat est que le recours à la notion de service public à l'égard des offreurs de soins de ville a toujours été assorti du principe de volontariat laissé à ces derniers quant à l'intégration au service public, ainsi que de la mise en œuvre d'un certain nombre de mécanismes censés inciter les offreurs

de soins de ville de participer à l'exécution du service public. Ces deux démarches ont conduit à dénaturer la notion de service public à la fois de son sens, et de sa finalité.

Le constat de l'échec de la notion de service public hospitalier comme fondement du système de santé s'explique également par le champ matériel extensif de cette notion, qui est censée englober un bloc de missions et d'obligations de service public dans le champ de la santé. Cela a conduit à concevoir la notion de service public hospitalier comme une notion, qui s'applique à l'ensemble de l'activité des établissements de santé assurant son exécution. Or, cet élément caractéristique de la notion de service public hospitalier est explicatif du faible taux d'intégration des établissements de santé privés dans le champ du service public hospitalier. En effet, ces établissements, ayant un statut commercial, restent marqués par la recherche d'un but lucratif dans l'exercice de l'activité de soins, ce qui empêche naturellement la démarche d'intégration complète de leur activité dans le champ de la notion de service public.

Pour autant, dans le domaine strictement hospitalier, l'avènement du système hospitalier traduit le développement d'un processus de rapprochement juridique des établissements de santé en dehors du cadre de la notion de service public hospitalier. En ce sens, non seulement la notion de service public hospitalier n'a pas constitué le fondement du système de santé dans son ensemble, mais elle n'a pu non plus assumer sa fonction dans le cadre de la loi Boulin de 1970, en tant que fondement du système hospitalier. En revanche, le dispositif de la planification sanitaire s'est substitué à la notion de service public hospitalier et s'est imposé comme le fondement alternatif du système hospitalier, notamment en raison de son caractère opposable à tous les établissements de santé. La planification sanitaire a ainsi déclenché une démarche de coordination par l'Etat de l'ensemble des établissements de santé sur la base d'instruments juridiques, tels que les autorisations sanitaires, les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens, les coopérations publics-privés.

Face au constat de l'échec de la notion de service public hospitalier comme fondement du système de santé, le retour de cette notion dans la législation sanitaire est difficilement explicable. Il s'agit d'un retour essentiellement symbolique, mais qui n'ajoute rien par rapport à l'organisation du système de santé. Malgré l'apparence d'une nouvelle vision de service public hospitalier par référence à un ensemble d'obligations de service public, il s'agit, avant tout, de renouer avec l'aspect organique et l'aspect matériellement extensif de la notion de service public en matière de santé. En ce sens, la finalité, mais aussi la conséquence principale, qui résulte de la réintroduction de la notion de service public hospitalier en droit

français, consiste dans le renforcement de la place des seuls établissements publics de santé au sein du système de santé.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, la notion de service public hospitalier peut être considérée davantage comme un facteur de cloisonnement du système de santé, que comme un instrument de construction de ce système.

En ce sens, la perspective qui se dessine en matière de santé est celle de la substitution de la notion de missions de service au public à la notion de service public hospitalier. La notion de missions de services au public pourrait ainsi être conçue comme un instrument d'organisation du système de santé.

Cette logique s'impose, tout d'abord, au regard du droit de l'Union Européenne, qui avait promu une approche exclusivement fonctionnaliste en matière de services d'intérêt général. Dans le domaine des services d'intérêt économique général, et surtout des services économiques en réseaux, cette approche a conduit d'envisager la notion de service public par référence aux missions d'intérêt général, assorties d'obligations spécifiques de service public, qui sont définies par les autorités publiques au sein des secteurs marchands ouverts à la concurrence entre plusieurs prestataires. En ce sens, à la différence de la tradition française en matière de service public, le droit de l'Union Européenne véhicule une conception de services d'intérêt général, qui est dépourvue d'aspect organique, ce qui implique que les missions d'intérêt général puissent être prises en charge par tout prestataire au sein d'un secteur donné, y compris par une multitude de prestataires, ayant des statuts publics et privés. La conception du droit de l'Union Européen se caractérise également par le champ matériel étroit des missions de service public au sein des secteurs marchands, dans la mesure où une grande partie des missions d'intérêt général sont censées relever du régime de marché pour leur exécution.

La réception, dans le domaine de la santé, de l'approche fonctionnaliste, inspirée par la notion européenne de service d'intérêt général, a été réalisée par l'introduction passagère de la notion de missions de service public de santé au sein de la législation sanitaire. Cette notion était censée regrouper toutes les missions « d'intérêt général caractérisé » dans le domaine de la santé, qui devaient être soumises à des obligations spécifiques de service public dans leur exécution et qui pouvaient bénéficier de subventions publiques en contrepartie de leurs sujétions de service public. Par ailleurs, le principe de la participation de tous les offreurs de soins à l'exécution de ces missions était consacré, mais également le principe de la distinction

des missions de service public par rapport aux missions générales de santé, relevant du régime juridique de système de santé.

Or, il convient de souligner, que dans le domaine de la santé, le recours à l'approche fonctionnaliste de service public ne s'impose pas tant en raison de l'inclusion des services sanitaires dans le champ du marché intérieur et du droit européen de la concurrence, mais surtout en raison du caractère adapté de cette approche au concept émergeant en droit français de système de santé.

Le système de santé s'identifie désormais comme un concept juridique, qui implique l'application d'un régime juridique commun aux usagers du système de santé, ainsi qu'aux offreurs de soins. Ce régime juridique est fortement inspiré par les valeurs et les principes attachés à la notion de service public, ce qui permet d'inscrire l'ensemble des services de santé dans le cadre d'une logique de service public. Cependant, le système de santé laisse une part importante à la liberté et à l'autonomie des usagers et des offreurs de soins. Par conséquent, il n'est pas en mesure de garantir un égal accès financier et territorial à toutes les missions relevant du champ de santé. Cela permet de saisir l'intérêt du recours à la notion de missions de service au public au sein du système de santé, qui sera conçue comme un instrument dédié à assurer l'égal accès au profit de tous à certaines activités sanitaires essentielles. La notion de missions de service au public permet d'introduire une démarche de prise en charge mutualisée de ces missions par tous les offreurs de soins au sein des territoires et conduit à la détermination claire et précise des activités de santé, qui doivent relever du régime juridique attaché à la notion de service public.

En ce sens, il convient de souligner que le concept de missions de service au public est en train de se déployer dans le domaine de la santé, malgré le maintien de la notion de service public hospitalier dans la loi. Ce concept regroupe les missions de soins de premier recours dont l'exécution est progressivement garantie dans le respect des exigences de proximité et d'accessibilité financière essentiellement par des structures d'exercice groupé et collectif des soins de ville ainsi que par des hôpitaux de proximité.

La crise sanitaire liée à la pandémie de COVID 19, qui a éclaté au niveau mondial en 2020, pourrait contribuer à l'accélération de l'évolution des rapports juridiques entre le service public et le système de santé en droit français. A l'échelon national, la lutte contre la pandémie de COVID 19 est passée par l'instauration d'un nouveau régime d'exception qui est

l'Etat d'urgence sanitaire<sup>1851</sup> et qui, dans le champ sanitaire, a eu pour conséquence d'entraîner l'application, pour une période provisoire, des règles dérogatoires aux règles du droit commun de la santé.

En milieu hospitalier, l'application de l'Etat d'urgence sanitaire a permis de confirmer la fragilité de la notion de service public hospitalier aménagée par le législateur français en 2016<sup>1852</sup>. La lutte contre les conséquences de la crise sanitaire liée au COVID 19 a ainsi impliqué l'activation généralisée du dispositif plan blanc<sup>1853</sup> au sein des établissements de santé publics et privés qui ont été amenés d'augmenter leurs capacités, notamment en soins de réanimation. Cette situation a également justifié le recours, par les agences régionales de santé, à l'article L. 6122-9-1 du Code de la santé publique pour accorder des autorisations dérogatoires à certains établissements de santé en les autorisant d'exercer des activités de soins autres que celles dont ils ont été autorisés à exercer au titre de la procédure d'autorisations de droit hospitalier commun prévue à l'article L. 6122-2 du Code de la santé publique. Souvent les agences régionales de santé ont estimé que les établissements de santé privés autorisés au titre de cette procédure dérogatoire devaient être considérés comme associés au service public hospitalier ce qui n'est pas conforme ni à lettre, ni à l'esprit la loi Touraine qui n'avait prévu l'association des établissements de santé privés à statut commercial au service public hospitalier qu'à titre exceptionnel, uniquement pour les activités de soins d'urgence, en privilégiant ainsi la formule de l'exécution du service public hospitalier par bloc de missions et d'obligations. Toutefois, la prise en charge de la crise sanitaire liée au COVID 19 par le système hospitalier français a permis de mettre en perspective la nécessité d'intégrer de manière plus réaliste les cliniques privées dans la prise en charge des missions relevant du champ et du régime du service public hospitalier.

Au niveau du système de santé, l'Etat d'urgence sanitaire a permis, voire obligé, d'accélérer « le recours aux outils de coordination et aux modes de coopération des acteurs de santé<sup>1854</sup>. » En ce sens, la nécessité de stabiliser et de généraliser la formule de la communauté professionnelle territoriale de santé afin d'améliorer l'accès aux soins de santé de ville a été mise en évidence. De la même manière, l'ouverture des groupements

---

<sup>1851</sup> V. Art. 4 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, JO 24 mars 2020, texte n° 2 ; Loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire, JO 15 nov. 2020, texte n° 1 ; art. L.3131-12 à L. 3131-20 du CSP.

<sup>1852</sup> V. LAMI, Arnaud, VIOUJAS, Vincent, « Les établissements de santé face au Covid-19 : le droit hospitalier d'exception », *RDSS* 2020, p. 963.

<sup>1853</sup> Art. L. 3131-7 du CSP.

<sup>1854</sup> SAISON, Johanne, « Le système de santé à l'épreuve de l'urgence sanitaire », *AJDA* 2020, p. 1698.

hospitaliers de territoire aux établissements de santé privés apparaît désormais comme une démarche indispensable afin de décloisonner le fonctionnement des établissements de santé publics et privés sur chaque territoire.

Ainsi, à la lumière de leçons tirées de l'Etat d'urgence sanitaire, le service public est susceptible d'être envisagé comme instrument matériel de coordination du système de santé. En ce sens, la notion de service au public pourrait être utilisée comme outil de coordination territoriale de l'offre de soins sur la base d'un pilotage partagé entre les agences régionales de santé et les collectivités locales et de manière adaptée aux besoins spécifiques des territoires. L'hypothèse du recours à la notion de missions de service au public dans le domaine de la santé se trouve ainsi consolidée en droit français dans le but de garantir l'unité du système de santé dans la prise en charge des missions de santé d'intérêt général caractérisé pour les usagers ainsi que pour les territoires.



# BIBLIOGRAPHIE

## I. MANUELS, OUVRAGES, DICTIONNAIRES

### ° MANUELS :

**APOLLIS, Benoît, TRUCHET, Didier**, *Droit de la santé publique*, Paris, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2020.

**AUBY, Jean-Marie**, *Le droit de la santé*, Paris, PUF, 1981.

**AUZERO, Gilles, BAUGARD, Dirk, DOCKES, Emmanuel**, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 33<sup>e</sup> éd., 2020.

**BADEL, Maryse**, *Droit de la sécurité sociale*, Paris, Ellipses, 2007.

**BELANGER, Michel**, *Droit européen général de la santé*, Bordeaux, LEH, 2013.

**BERGOIGNAN ESPER, Claudine, DUPONT, Marc**, *Droit hospitalier*, Paris, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2017.

**BRACONNIER, Stéphane**, *Droit des services publics*, Paris, PUF, 2<sup>e</sup> éd., 2007.  
*Droit public de l'économie*, Paris, PUF., 2015.

**CHAPUS, René**, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, t.1, 15<sup>e</sup> éd, 2001.

**CHEVALLIER, Jacques**, *Science administrative*, Paris, PUF, 6<sup>e</sup> éd., 2019.

**CLEMENT, Jean-Marie**, *Précis de droit hospitalier*, Bordeaux, LEH, 2<sup>ème</sup> éd, 2011.

**COZIAN, Maurice, VIANDIER, Alain, DEBOISSY, Florence**, *Droit des sociétés*, Paris, LexisNexis, 32<sup>e</sup> éd., 2019.

**DE GROVE-VALDEYRON, Nathalie**, *Droit européen de la santé*, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd, 2018.

**DUBOUIS, Louis, BLUMANN, Claude**, *Droit matériel de l'Union Européenne*, Paris, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., 2019.

**DUGUIT, Léon**, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing et C<sup>ie</sup>, t. II, 3<sup>e</sup> éd., 1928.

**FAVOREAU, Louis et al.**, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd, 2015.

**GUGLIELMI, Gilles**, *Introduction au droit des services publics*, Paris, LGDJ, 1994.

**GUGLIELMI, Gilles J., KOUBI, Geneviève, LONG, Martine**, *Droit du service public*, Paris, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2016.

**JEZE, Gaston**, *Les principes généraux du droit administratif*, t.II, Paris, Dalloz, 2004. .

**KARPENSCHIF, Michaël**, *Manuel de droit européen des aides d'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 3<sup>e</sup> éd., 2019.

**LABORDE, Jean-Pierre**, *Droit de la sécurité sociale*, Paris, PUF., 2005.

**LACHAUME, Jean-François** et al., *Droit des services publics*, Paris, LexisNexis, 3<sup>e</sup> éd., 2018.

**LAMI, Arnaud, VIOUJAS, Vincent**, *Droit hospitalier*, Bruylant, Bruxelles, 2018.

**LAUDE, Anne, MATHIEU, Bertrand, TABUTEAU, Didier**, *Droit de la santé*, Paris, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012.

**LE CANNU, Paul, DONDERO, Bruno**, *Droit des sociétés*, Paris, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., 2019.

**LINOTTE, Didier, ROMI, Raphael, CADEAU, Emmanuel**, *Droit du service public*, Paris, Lexis Nexis, 2<sup>e</sup> éd., 2014.

**MELIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand**, *Libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2016, 3<sup>e</sup> éd., 2018.

**MEMETEAU, Gérard, GIRER, Marion**, *Cours de droit médical*, Bordeaux, LEH, 5<sup>e</sup> éd., 2016.

**MESCHERIAKOFF, Alain-Serge**, *Droit des services publics*, Paris, PUF, 2<sup>e</sup> éd., 1997.

**MOQUET-ANGER, Marie-Laure**, *Droit hospitalier*, Paris, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd., 2018.

**PLESSIX, Benoît**, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 3<sup>e</sup> éd., 2020.

**RIVERO, Jean**, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011.

**ROLLAND, Louis**, *Précis de droit administratif*, Paris, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 1957.

**ROUVILLOIS, Frédéric**, *Droit constitutionnel. Fondements et pratiques*, Paris, Flammarion, 6<sup>e</sup> éd., 2017.

**SAVIER, René et al.**, *Traité de droit médical*, Paris, Librairie de la Cour de cassation, 1956.

**TRUCHET, Didier**, *Droit administratif*, Paris, PUF, 8<sup>e</sup> éd., 2019.

**VALETTE, Jean-Paul**, *Droit des services publics*, Paris, PUF., 2<sup>e</sup> éd., 2013.

**VEDEL, Georges, DEVOLVE, Pierre**, *Droit administratif*, Paris, PUF., 9<sup>e</sup> éd., 1984.

**WALINE, Jean**, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 27<sup>e</sup> éd., 2018

#### ° OUVRAGES :

**ANGELLOZ-NICOUD, Michel**, *La réforme du mode de financement des établissements de santé. La tarification à l'activité : T2A. Les enjeux budgétaires et financiers*, Bordeaux, LEH, 2005.

**BAUBY, Pierre**, *L'eupéanisation des services publics*, coll. Bibliothèque de citoyen, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 2011.

**BAUBY, Pierre**, *Service public, services publics*, Paris, La Documentation française, 2011.

- BEGUIN, Jean-Claude, CHARLOT, Patrick, LAIDIE, Yan** (dir.), *La solidarité en droit public*, Paris, L'Harmattan, 2005.
- BERGERON, Henri, CASTEL, Patrick**, *Sociologie politique de la santé*, Paris, PUF, 2014.
- BERGOIGNAN-ESPER, Claudine** et al., *Les groupements hospitaliers de territoire. Un moyen d'organisation de l'offre de santé*, Paris, Berger-Levrault, 2019.
- BIOSSE DUPLAN, Alexandre**, *Démocratie sanitaire. Les usagers dans le système de santé*, Paris, Dunod, 2017.
- BLANCO, Florent**, *La planification française dans le domaine hospitalier*, Aix-en-Provence, PUAM, 2000.
- BLEMONT, Patrice, FAVIER, Christian**, *Permanence des soins et système des urgences en France*, Paris, Berger-Levrault, 2012.
- BONNICI, Bernard**, « La politique de santé en France », coll. *Que sais-je*, Paris, PUF, 2016.
- BORGETTO, Michel, CHAUVIERE Michel** (dir.), *Qui gouverne le social ?*, Paris, Dalloz, 2008.
- BOURGEOIS, Léon**, *Solidarité*, Presses universitaires de Septentrion, 1998.
- BRISSY, Stéphane, LAUDE, Anne, TABUTEAU, Didier** (dir.), *Refus de soins et actualités sur les droits des malades*, Rennes, Presses de l'EHESP, 2012.
- CHEVALLIER, Jacques**, « Le service public », coll. *Que sais-je ?*, Paris, P.U.F., 11<sup>ème</sup> éd, 2018.
- CLEMENT, Cyril**, *Le contrat d'activité libérale des praticiens hospitaliers*, Bordeaux, LEH, 2008.
- CLEMENT, Jean-Marie**, *Les réformes hospitalières 1981-1984*, Paris, Berger-Levrault, 1985.
- Réflexions pour l'hôpital. Proximité, coopération, pouvoirs.*, Bordeaux, LEH, 1998.
- 1900-2000 : La mutation de l'hôpital*, Bordeaux, LEH, 2001.
- La crise de confiance hospitalière. Constat, causes, réformes, op.cit.*, Bordeaux, LEH, 2003, p. 93.
- Panorama critique des réformes hospitalières de 1789 à nos jours*, Bordeaux, LEH, 2007.
- La nouvelle loi Hôpital, patients, santé et territoire. Analyse critique et perspectives*. Bordeaux, LEH, 2009.
- Histoire des réformes hospitalières sous la V<sup>e</sup> République*, Bordeaux, LEH, 2010.
- La santé étatisée : triomphe ou échec ?*, Bordeaux, LEH, 2012.
- Questions de politiques hospitalières*, Bordeaux, LEH, 2015.
- La loi santé 2016, analyse, commentaires, critiques*, Bordeaux, LEH, 2016.
- COUTY, Edouard, TABUTEAU, Didier**, *Hôpitaux et cliniques, les réformes hospitalières*, Paris, Berger-Levrault, 1993.
- COUTY, Edouard et al.** (dir.), *La loi HPST, regards sur la réforme du système de santé*, Rennes, Presses de l'EHESP, 2009.

**DE KERVASDOUE, Jean** (dir.), *Le revenu des professions de santé, carnet de santé de la France*, Paris, Economica, 2014.

**DEMICHEL, André**, *Le droit de la santé*, Bordeaux, LEH, 1998.

**DOMIN, Jean-Paul**, *Une histoire économique de l'hôpital (XIXe – XXe siècles), une analyse rétrospective du développement hospitalier*, t. II, Paris, Comité d'histoire de la Sécurité sociale, 2013.

**DUGUIT, Léon**, *Les transformations du droit public*, Paris, Librairie Armand Colin, 1913.

**DUPUY, Olivier**, *La réforme de l'hôpital (loi du 21 juillet 2009) en 120 questions réponses*, Paris, HDF, 2009.

**DURAND, Paul**, *La politique contemporaine de Sécurité sociale*, Paris, Dalloz, 2005.

**Ecole nationale d'administration**, *Le système de santé en France*, Paris, Berger-Levrault, 1988, p. 336.

**EVIN, Claude**, *Les droits des usagers du système de santé*, Paris, Berger Levrault, 2002.

**FERMON, Béatrice, GRANDJEAN, Philippe** (dir.), *Performance et innovation dans les établissements de santé*, Paris, Dunod, 2015.

**GRIMALDI, André et al.**, *Manifeste pour une santé égalitaire et solidaire*, Paris, Odile Jacob, 2011.

**GUILLAUME, Pierre**, *Le rôle social du médecin depuis deux siècles (1800-1945)*, Paris, Association pour l'étude de l'histoire de la sécurité sociale, 1996.

**HARICHAUX, Michèle**, *La rémunération du médecin*, Paris, Economica, 1979.

**HASSENTEUFEL, Patrick**, *Les médecins face à l'Etat. Une comparaison européenne*, Paris, Presses de Science Po, 1997.

**HAURIOU, Maurice**, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Dalloz, 12<sup>e</sup> éd., 2002.

**HERNARD, Jean-Claude, ANKRI, Joël**, *Systèmes et politiques de santé*, Rennes, Editions Ecole nationale de la santé publique, 1996.

**IMBERT, Jean** (dir.), *Histoire des hôpitaux en France*, Toulouse, Editions Privat, 1982.

**JEAN, Philippe**, *La charte du patient hospitalisé*, Paris, Berger-Levrault, 1996.

**LAMBERT, Denis-Clair**, *Les systèmes de santé, analyse et évaluation comparée dans les grands pays industriels*, Editions du Seuil, 2000.

**LANTERO, Caroline**, *Les droits des patients*, Paris, LGDJ, 2018.

**LAUDE, Anne, TABUTEAU, Didier**, *La loi santé, regards sur la modernisation de notre système de santé*, Rennes, Presses de l'EHESP, 2016.

**LAUDE, Anne, TABUTEAU, Didier**, « Les droits des malades », coll. *Que-sais-je*, PUF, Paris, 2016.

**LE MOIGNE, Jean-Louis**, *La théorie du système général, théorie de la modélisation*, Paris, PUF, 4<sup>e</sup> éd., 1994.

**LOPEZ, Alain**, *Réguler la santé*, Rennes, Presses de l'EHESP, 2013.

**MAILLARD, Christian**, *Histoire de l'hôpital de 1940 à nos jours. Comment la santé est devenue une affaire de l'Etat*, Paris, Bordas, 1986.

**MERRIEN, François-Xavier**, « L'Etat-providence », coll. *Que sais-je*, Paris, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2007.

**MINVIELLE, Géo**, *Ordres et syndicats professionnels*, Paris, Dalloz, 1954.

**MORDELET, Patrick**, *Gouvernance de l'hôpital et crise des systèmes de santé*, Rennes, ENSP, 2006.

**MOUGEOT, Michel**, *Systèmes de santé et concurrence*, Paris, Economica, 1994.

**PALIER, Bruno**, « La réforme des systèmes de santé », coll. *Que sais-je*, PUF, 8<sup>e</sup> éd, 2017.

**PELJAK, Dominique**, *La gestion de pôle à l'hôpital*, Bordeaux, LEH, 2<sup>e</sup> éd., 2010.

**PELLET, Rémi** (dir.), *Finances publiques et santé*, Paris, Dalloz, 2011.

**PETITJEAN, Elodie, PETITJEAN, Olivier** (dir.), *Histoire de la relation médecin-malade*, Paris, L'Harmattan, 2018.

**POLTON, Dominique**, *La santé pour tous ?*, Paris, La Documentation française, 2014.

**POUILLARD, Jean**, *L'ordre des médecins. Sa genèse, ses dispositions déontologiques*, Paris, Glyphe, 2011.

**RAINAUD, Jean-Marie**, « La crise du service public français » coll. *Que sais-je ?*, Paris, PUF., 1999

**VIALLA, François** (dir.), *Les grandes décisions de droit médical*, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2014.

**VILLEY, François**, *La réforme hospitalière. Loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970*, Paris, La documentation française, 1977.

#### ° DICTIONNAIRES :

**BEITONE, Alain, CAZORLA, Antoine, HEMDANE, Estelle**, *Dictionnaire des sciences économiques*, Paris, Armand Colin, 2016.

**BRUNO, Alain, ELLEBOODE, Christian** (dir.), *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, Paris, Ellipses, 3<sup>e</sup> éd, 2014,.

**CALLU, Marie-France, GIRER, Marion, ROUSSET, Guillaume**, *Dictionnaire de droit de la santé, secteurs sanitaire, médico-social et social*, Paris, LexisNexis, 2017.

**CORNU, Gérard**, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 12<sup>e</sup> éd, 2018.

**ECHAUDEMAISON, Claude-Danièle** (dir.), *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, Ed. Nathan, 2013.

**TUFFREAU, François** (dir.), *Dictionnaire de l'organisation sanitaire et médico-sociale*, Rennes, Presses de l'EHESP, 2013.

## **II. THESES**

**APOLLIS, Benoit**, *Autorisations sanitaires et hospitalisation privée*, Thèse, Bordeaux, LEH, 2008.

**BORGETTO, Michel**, *La notion de fraternité en droit public français*, Thèse, Paris, LGDJ, 1993.

**CALANDRI, Laurence**, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Thèse, Paris, LGDJ, 2008.

**CHENEVOY-GUERIAUD, Marie**, *Les conventions nationales médicales*, Thèse, Presses universitaires de Clermont-Ferrand, 2005.

**CLUZEL-METAYER, Lucie**, *Le service public et l'exigence de qualité*, Thèse, Paris, Dalloz, 2006.

**DE BELLESCIZE, Ramu**, *Les services publics constitutionnels*, Thèse, Paris, LGDJ, 2005.

**DI MALTA, Pierre**, *Essai sur la notion de pouvoir hiérarchique*, Thèse, Paris, LGDJ, 1961.

**DU BOIS DE GAUDISSION, Jean**, *L'usager du service public administratif*, Thèse, LGDJ, 1974.

**ESPLUGAS, Pierre**, *Conseil Constitutionnel et service public*, Thèse, Paris, LGDJ, 1994.

**GIANNESINI, Pascale**, *L'insertion d'une profession libérale dans une économie concertée : la convention médicale*, Thèse, Université de Bordeaux, 1972.

**HOURSON, Sébastien**, *Les conventions d'administration*, Thèse, Paris, LGDJ., 2014.

**LISE, Pierre**, *Théorie générale et pratique des autorisations administratives*, Thèse, Université de Bordeaux, soutenue le 2 févr. 1973.

**LIVET, Pierre**, *L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques*, Thèse, Paris, LGDJ., 1974.

**MELIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand**, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse, Paris, Economica, 1997.

**PISIER-KOUCHNER, Evelyne**, *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, Thèse, Paris, LGDJ, 1972.

**PITCHO, Benjamin**, *Le statut juridique du patient*, Thèse, Bordeaux, LEH, 2004.

**REGOURD, Serge**, *L'acte de tutelle en droit administratif français*, Thèse, Paris, L.G.D.J., 1982.

**ROCHAIX, Maurice**, *Essai sur l'évolution des questions hospitalières, dès la fin de l'Ancien régime à nos jours*, Thèse, Fédération hospitalière de France, 1959.

**ROSSINI, Eric**, *Les établissements de santé privés à but non lucratif*, Thèse, Paris, LGDJ, 1992.

**ROUSSET, Guillaume**, *L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé*, Thèse, Bordeaux, LEH, 2009.

**SAUVAT, Christophe**, *Réflexions sur le droit à la santé*, Thèse, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

**SEUROT, Laurent**, *L'autorisation administrative*, Thèse, Université de Lorraine, soutenue le 15 nov. 2003.

**TESTARD, Christophe**, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, Thèse, Paris, LGDJ, 2018.

**THAUVIN, Tiphaine**, *Les services sociaux dans le droit de l'Union européenne*, Thèse, Paris, L'Harmattan, 2016

**ZIANI, Salim**, *Du service public à l'obligation de service public*, Thèse, Paris, LGDJ, 2015.

### **III. RAPPORTS ET ETUDES**

**ABALLEA, Pierre et al.**, *Les dépassements d'honoraires médicaux*, Rapport, Paris, La documentation française, avril 2007.

**ACKER, Dominique**, *Rapport sur les centres de santé*, juin 2007.

**AUBERT, Jean-Marc**, *Stratégie de transformation du système de santé. Modes de financement et régulation*, Rapport, janv. 2019,

**Assemblée nationale**, *Rapport d'information n°2873 en conclusion de la mission sur l'organisation de la permanence des soins*, 3 juin 2015.

**BOENNEC, Philippe**, *Rapport n°1205 fait au nom de délégation à l'aménagement et au développement durable du territoire sur la permanence des soins*, oct.2008.

**CANNAC, Yves**, *La qualité des services publics*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, août 2004.

**CASTAIGNE, Sylvie, LASNIER, Yann**, *Les déserts médicaux*, avis présenté au nom de la commission temporaire du CESE, 14 déc. 2017.

**CCNE**, *Avis n° 101 Santé, éthique et argent : les enjeux éthique de la contrainte budgétaire sur les dépenses de santé en milieu hospitalier*, 2016.

**CHADELAT, Jean-François**, *Le refus de soins aux bénéficiaires de la CMU*, Rapport au Ministre de la santé et des solidarités, 2006.

**CHAREYRON, Sylvain, L'HORTY, Yannick, PETIT, Pascale**, *Les refus de soins discriminatoires : tests multicritères et représentatifs dans trois spécialités médicales*, Rapport, oct. 2019.

**CNG**, « Données sur les CESP conclus avec les étudiants et internes en médecine et odontologie, campagnes 2010/2011 à 2016/2017 », *Rapport d'activité du CNG*, t.II, 2017.

**CNG**, *Praticiens hospitaliers. Eléments statistiques sur les praticiens hospitaliers statutaires. Situation au 1<sup>er</sup> janvier 2018.*

**CNOM**, *Enquête sur l'état des lieux de la permanence des soins ambulatoires en médecine générale au 31 décembre 2017.*

**COMPAGNON, Claire**, *Pour l'an II de la démocratie sanitaire*, Rapport à la ministre des Affaires sociales et de la santé, févr. 2014.

**Conseil d'Etat**, « Sur le principe d'égalité », *Rapport public 1996*, Paris, La documentation française.

« Réflexions sur le droit de la santé », *Rapport public 1998*, Paris, La documentation française.

« Le contrat, mode d'action publique et de production de normes », *Rapport public 2008*, Paris, La Documentation française.

*Les établissements publics*, Etude adoptée par l'Assemblée plénière du Conseil d'Etat, 15 oct. 2009.

« Consulter autrement, participer effectivement », *Rapport public 2011*, Paris, La documentation française,

« Les agences : une nouvelle gestion publique ? », *Rapport public 2012*, Paris, La documentation française

« La citoyenneté. Etre (un) citoyen aujourd'hui », *Rapport public 2018*, Paris, La documentation française.

**Cour des comptes**, « Le médecin traitant et le parcours des soins coordonnés : une réforme inaboutie » *Rapport public annuel 2013*, févr. 2013, p. 188.

« Les coopérations hospitalières », *Rapport sur la Sécurité sociale 2011*, sept. 2011.

« Les restructurations hospitalières », *Rapport public annuel 2013*, févr. 2013,

« *L'avenir des hôpitaux locaux* », *Rapport sur la Sécurité sociale 2013*, sépt. 2013, p. 305p. 153.

« *L'avenir de l'assurance maladie, assurer l'efficacité des dépenses, responsabiliser les acteurs* », Rapport 2017.

**COUTY, Edouard**, *Le pacte de confiance pour l'hôpital*, La documentation française, Rapport, mars 2013.

**DEBEAUPUIS, Jean, MARTY-CHASTAN, Clémence**, *Contribution au rapport au Parlement sur la mise en œuvre du tiers payant généralisable*, Rapport, mars 2018.

**Défenseur des droits**, *Les droits fondamentaux des étrangers en France*, Rapport, mai 2016.

**DESCOURS, Charles**, *Rapport du groupe de travail opérationnel sur la permanence des soins*, 22 janv. 2003.

**DEVICTOR, Bernadette**, *Le service public territorial de santé, le service public hospitalier. Développer l'approche territoriale et populationnelle de l'offre en santé*, Rapport, mars 2014.

**Direction générale de l'offre de soins**, *Les GHT par région.*



**DREES**, *L'état de santé de la population en France*, Rapport, 2017.

**DREES**, *Les établissements de santé*, éd. 2018.

**FAUCHIER-MAGNAN, Emilie** et al., *Evaluation de la généralisation du tiers-payant*, Rapport, oct.2017.

**FLAJOLET, André**, *Peut-on réduire les disparités de santé*, Rapport, avr. 2008, Paris, La Documentation française

**GEORGES, Philippe, WAQUET, Cécile**, *Les centres de santé : situation économique et place dans l'offre de soins de demain*, Rapport de l'IGAS, juill. 2013.

**Groupe de travail du comité interministériel des entreprises publiques**, *Rapport sur les entreprises publiques*, avr. 1967.

**HAS**, *Modalités de prise en charge d'un appel de demande de soins non programmés dans le cadre de la régulation médicale*, mars 2011.

**Haut Conseil de la santé publique**, *Santé en France, problèmes et politiques*, Paris, La Documentation française, mars 2015.

**Haut Conseil pour l'avenir de l'Assurance maladie**, *Contribution à la transformation du système de santé*, Rapport, 2018.

**HUBERT, Elisabeth**, *Mission de concertation sur la médecine de proximité*, Rapport, novembre 2010.

**HUBERT, Jacqueline, MARTINEAU, Frédéric**, *Missions groupements hospitaliers de territoires*, Rapport, mai 2015.

**IGAS**, *L'Hôpital*, Rapport remis au Président de la République, au Parlement et au Gouvernement, Paris, La documentation française, 2012.

**JAFFIOL, Claude, GODEAU, Pierre, GROSBOIS, Bernard**, *Prise en charge des maladies chroniques, redéfinir et valoriser le rôle du médecin généraliste*, Rapport de l'Académie nationale de la médecine.

**JUILHARD, Jean-Marc et al.**, *Le bilan des maisons et des pôles de santé et les propositions pour leur déploiement*, Rapport au Ministre de la santé et des sports, janv. 2010

**LARCHER, Gérard**, *Rapport de la commission de concertation sur les missions de l'hôpital*, avr. 2008.

**LAURENT, Dominique**, *L'activité libérale dans les établissements publics de santé*, Rapport adressé au ministre des affaires sociales et de la santé, 31 mars 2013.

**LE MENN, Jacky, MILON, Alain**, *Refonder la tarification hospitalière au service du patient*, Rapport d'information n° 703 fait au nom de la mission d'évaluation et de contrôle de la sécurité sociale et de la commission des affaires sociales, juill.2012.

**LEGMANN, Michel**, *Définition d'un nouveau modèle de la médecine libérale*, Rapport, avril. 2010

**MAGNAN-FAUCHIER, Emilie, WALLON, Véronique**, *Déploiement des communautés professionnelles territoriales de santé*, Rapport de l'IGAS n° 2018-041R, août 2018.

**MARIOTTI, Jean-Alain**, *Aménagement du territoire, services publics et services au public*, rapport Conseil économique et social, 2006.

**MERCAT, Xavier**, *Le tact et la mesure dans la fixation des honoraires*, Rapport du CNOM, mai 1998.

**MILON, Alain**, *Rapport n°380 fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi HPST*, mai 2009.

**MILON, Alain, DEROCHE, Catherine, DOINEAU, Elisabeth**, *Rapport n°563 sur le projet de loi de modernisation de notre système de santé fait au nom de la commission des affaires sociales*, 22 juillet 2015.

**Ministère des affaires sociales et de l'intégration**, « Dossier : Protection sociale et système de santé en Europe », in *Solidarité-santé, Etudes statistiques n° 2*, 1991.

**Ministère de la santé et des sports**, *Rapport 2010 au Parlement sur la tarification à l'activité*.

**Ministères des solidarités et de la santé**, *Etats généraux de l'organisation de la santé, synthèse des travaux du groupe permanent n°1*, Févr.2008.

**Ministère des solidarités et de la santé**, « *Ma santé 2022* », *les 10 mesures phares de la stratégie de transformation du système de santé*, 2018.

**Ministère des solidarités et de la santé**, *Réformes des modes de financement et de régulation. Vers un modèle de paiement combiné*, Rapport, janv.2019.

**Observatoire des pratiques tarifaires**, *Dépassements d'honoraires 2013*, 14 mars 2014.

**OMS**, *Rapport sur la santé dans le monde, 2000 – Pour un système de santé plus performant*.

**OMS**, *Les soins de santé primaires : maintenant plus que jamais, Rapport sur la santé dans le monde 2008*.

**OMS Europe**, *Building primary care in a changing Europe*, Rapport, 2015.

**OR, Zeynep, RENAUD, Thomas**, *Principes et enjeux de la tarification à l'activité à l'hôpital (T2A). Enseignements de la théorie économique et des expériences étrangères*, IRDEES, mars 2009.

**PASCAL, Frédéric**, *Quel cadre juridique européen pour les services sociaux d'intérêt général ?* Avis du Conseil économique et social, avr. 2008

**PICARD, Michel**, *Aménagement du territoire et établissements de santé*, Rapport du Conseil économique et social, 2004.

**REGNARD, Corinne**, *Le contrat d'engagement de service public : bilan d'une première année*, juill. 2011.

**ROLLAND, Jean-Marie**, *Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi HPST*, t. I, févr. 2009.

**Sénat**, *La démographie médicale, étude de législation comparée n°185*, Rapport, mai 2008.

**Sénat**, *Rapport d'information n° 685 fait au nom de la commission des affaires sociales sur les urgences hospitalières*, juill. 2017.

**STOFFAES, Christian** (dir.), *Services publics, questions d'avenir*, Rapport, Paris, La Documentation française, 1995.

**VANLERENBERGHE, Jean-Marie**, *Améliorer la pertinence des soins : un enjeu majeur pour notre système de santé*, Rapport d'information n° 668, Commission des affaires sociales, 20 juill. 2017.

**VERAN, Olivier**, *Mission sur l'évolution du mode de financement des établissements de santé, Une nouvelle échelle de valeur*, Rapport, La documentation française, 2016.

**VERAN, Olivier** et al., *Rapport n° 2673 sur le projet de loi relatif à la santé fait au nom de la commission des affaires sociales*, 20 mars 2015.

#### IV. ARTICLES DE REVUES ET CONTRIBUTIONS

##### ° ARTICLES DE REVUES

**ABECASSIS, Philippe, DOMIN, Jean-Paul**, « Le rôle des syndicats des médecins dans la production des idées en matière de conventionnement. Une étude lexicométrique. (1971-2008) », *Mots. Les langages du politique*, 2016/1, n°110, pp. 119-139.

**AIDAN, Géraldine**, « De la démocratie administrative à la démocratie sanitaire dans le secteur public de la santé », *RFAP*, 2011 n° 137-138, p. 139.

**APOLLIS, Benoît, TERRIER, Emmanuel**, « La réforme de la planification hospitalière », *AJDA* 2006, p. 422.

**APOLLIS, Benoît**, « L'accès aux soins et la loi du 26 janvier 2016 », *RDSS* 2016, p. 673.

« Le financement du service public hospitalier », *RDSS* 2017, p. 657.

« Vers une transformation financière du système de santé », *RDSS*, 2019, p. 35.

**ARIGNIER, Nelly, RAT, Anne-Christine**, « Quelles définitions pour la maladie chronique », in *Les maladies chroniques*, *ADSP* n° 72, p. 60.

**ATIAS, Christian**, « Les références médicales opposables : révolution ou continuité? », *Dr.soc.*1995 n°01, p. 21.

**AUBY, Jean-Marie**, « La légitimité de l'intervention publique dans le domaine de la santé », *AJDA* 1995, p. 588.

**AUBY, Jean-Bernard**, « Remarques préliminaires sur la démocratie sanitaire », *RFAP*, n° 137-138, 2011, p. 13.

« Territorialisation : le cas de la santé », *Dr.adm.*, janv. 2012, rep n°. 1.

**BADEL, Maryse**, « Liberté et système de santé », *RDSS* 2005, p. 951.

« La Sécurité sociale a 70 ans. Vive l'universalisation ! » *Dr.soc.* 2016, p.263.

**BADIN, Xavier**, « Les groupements de coopération sanitaire après la loi HPST », *RGDM* n° spéc. 2011.

**BEER-GABEL, Josette**, « L'exécution du service public hospitalier par les établissements privés », *AJDA* 1979, p. 14.

**BELLOUBET-FRIER, Nicole**, « Service public et droit communautaire », *AJDA*, 1994, p. 270.

**BERGOIGNAN-ESPER, Claudine**, « Les formes nouvelles de coopération des acteurs de santé : entre innovation et modernisation », *RDSS* 2009, p. 806.

« L'hôpital public au sein du plan 'Ma santé 2022' », *RDSS*, 2019, p. 15.

**BERMOND, Marc**, « Les syndicats des médecins contre l'organisation de la protection sociale, tout contre », *Pouvoirs*, n° 89, avr. 1999, p.119.

**BEROUJON, François**, « Le recul de l'établissement public comme procédé de gestion des services publics », *RFDA*, 2008, p. 26.

**BETTINGER, Christian**, « Concession et gestion des services hospitaliers au XXI<sup>e</sup> siècle », *RDSS* 2012, p. 902.

**BIDAUD-PETITBON, Emmanuelle**, « La démocratie sanitaire, un concept juridique ambigu ? », *RGDM* n° 32, 2009, p. 147.

**BIGOT, Grégoire**, « Les faillites conceptuelles de la notion de service public en droit administratif », *RFDA*, 2008, p.1.

**BLANC, Didier**, « La planification des services de santé et le droit de l'Union européenne », *RTD Eur.*, 2013, p. 217.

**BORGETTO, Michel**, « L'exercice de la médecine face aux mutations du modèle libéral », *RDSS*, 2013, p. 573.

« La santé dans l'histoire constitutionnelle française », *RDSS*, 2013, p.9.

**BORGUEIL, Yann**, « L'organisation des soins de premier recours en France, une réforme en quête de projet ? », *Santé, société et solidarité* n°2, 2008, p. 105.

**BOUSSARD, Sabine**, « Les vicissitudes du service public hospitalier », *RFDA*, 2016, p. 565.  
« La fabuleuse histoire du service public hospitalier », *RDSS* 2017, p. 607.

**BRACONNIER, Stéphane**, « La régulation des services publics », *RFDA*, 2001, p. 43.

**BRAILLON, Laurence, PEISER, Laurent**, « Les contrats d'objectifs et de moyens des établissements de santé privés : les avatars d'un outil juridique hybride », *Dr.soc.*, 2002, p. 641.

**BRAS, Pierre-Louis**, « Le médecin traitant : raisons et déraisons d'une politique publique », *Dr.soc.* 2006, p. 59.

« Peut-on reformer les soins de premier recours ? », *Les Tribunes de la santé* 2011/1 n° 30, p. 113.

« Hôpitaux : vers un même niveau d'exigence pour la performance qualité et pour la performance économique », *Les Tribunes de la santé*, 2102/2, n° 35, pp. 29-41.

« La liberté des tarifs médicaux : la victoire des médecins spécialistes », *Les tribunes de la santé*, 2015, n° 48, pp. 73-92.

« Paiement à l'acte/capitation : une réforme ébauchée mais avortée », *Les Tribunes de la santé*, n° 57, 2017, p. 71.

**BRISSY, Stéphane**, « Les évolutions dans l'exercice groupé des professions de santé », *RDSS*, 2013, p. 583.

« La régulation des professions de santé par les ordres professionnels en droit français et européen », *R.Dir.Sanit.*, Sao Paolo, vol. 17, n° 3, 2016-2017, pp. 77-106.

**BROSSET, Estelle**, « Les 'coordonnées' de l'influence du droit de l'Union européenne en matière de soins de santé », *RDSS*, 2013, p. 51.

**BUSSIERES, Jean-François, LE GAL, Cécile, LEGUELIENEL, Géraldine**, « Le financement à l'épisode de soins : un modèle efficient pour renforcer le lien ville-hôpital en France et au Québec ? », *RGDM*, n° 27, p. 218.

**BYK, Christian**, « La place du droit à la protection de la santé au regard du droit constitutionnel français », *Revue générale de droit*, vol. 31, n° 2, 2001, p. 327.

**CABANIS, Jean-Noël**, « Faut-il réinscrire dans la loi la notion de service public hospitalier », *RDSS*, 2013, p. 58.

**CARTELIER, Lysiane**, « Existe-il un fondement économique à la notion de service public », *Sociétés contemporaines*, 1998, vol. 32, n° 1, p. 25.

**CARTIER, Thomas** et al., « Constats sur l'organisation des soins primaires en France », in *RFMG*, vol. 23, n°101, 2012.

**CASTAING, Cécile**, « Les agences régionales de santé : outil de gestion renouvelée ou simple relais du pouvoir central ? », *AJDA*, 2009, p. 2212

**CHAMBAT, Pierre**, « Service public et néolibéralisme » in *Annales. Economies, Sociétés, Civilisations*, 45<sup>e</sup> année, n°3, 1990, p. 615.

**CHAMBAUD, Laurent**, « Le système de santé français à l'épreuve des transitions », *LNRSS* 2016, pp. 157-170.

**CHASSANG, Michel**, « Brèves réflexions sur l'avenir de la médecine libérale », *RDSS*, 2011, n° HS, p. 7.

**CHAUVET, Clément**, « La nature juridique de l'agence régionale de santé », *RDSS*, 2016, p. 405.

**CHAVRIER, Géraldine**, « Etablissement public de santé, logique économique et droit de la concurrence », *RDSS*, 2006, p. 274.

**CHENOT, Bernard**, « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat » *EDCE*, 1950, p. 81.

**GHERARDI, Eric**, « L'accréditation : instrument ou critère de concurrence » *RGDM*, n° HS, 2005.

**CHEVALLIER, Jacques**, « L'association au service public », in *JCP* 1974, vol. I, p. 2667.

« Figures de l'utilisateur », in *Psychologie et science administrative*, Paris, P.U.F., 1985.

« Le discours de la qualité administrative », *RFAP* n° 46, 1988, p. 121.

« Regards sur une évolution » in *Le service public : unité et diversité*, *AJDA*, 1997, n° spécial, p.13.

« La transformation de la relation administrative : mythe ou réalité », *D.*, 2000, p. 575.

« L'Etat régulateur », *RFAP* 2004.

« Les nouvelles frontières du service public », *Regards croisés sur l'économie*, 2007/2 (n° 2), p. 14.

« De l'administration démocratique à la démocratie administrative », *RFAP*, n° 137-138, 2011, p. 217.

« Démocratie sanitaire et citoyenneté administrative », *RDSS* 2016, p. 487.

« Contractualisation(s) et action publique », *RFDA* 2018, p. 209.

**CIBRIE, (P.)**, « La coexistence des ordres et des syndicats professionnels », *Dr.soc.*, 1954, p. 332.

**CLUZEL-METAYER, Lucie**, « Le droit au consentement dans les lois des 2 janvier et 4 mars 2002 », *RDSS*, 2012, p. 442.

« L'irruption de la qualité dans le domaine sanitaire », *RDSS*, 2014, p. 1002.

**CLUZEL-METAYER, Lucie, GRITTON, Anne-Claude**, « Prolégomènes à une réflexion sur le service public hospitalier », *RDSS*, p. 595.

**COMBEAU, Pascal**, « Les nouveaux visages territoriaux de la déconcentration », *RFDA*, 2009, p. 116.

**CONSTANTINESCO, Vlad**, « Les compétences et le principe de subsidiarité », *RTD Eur.*, 2005, p. 305.

**CORMIER, Maxence**, « La régulation de la concurrence par les agences régionales de l'hospitalisation », *RGDM* n° 7, 2005, pp. 21-40.

« Mutations et enjeux des coopérations hospitalières », *AJDA* 2006, p. 416.

« Le phénomène contractuel en droit de la santé », *RGDM* n° 10, 2007.

« Les groupements de coopération sanitaire : instruments de coopération à privilégier », *RGDM* n° 22, 2007.

**COUTY, Edouard**, « Financer l'hôpital, le professionnel ou le parcours », *Les tribunes de la santé*, 2013/3, n° 40, pp. 23-35.

**COUTY, Edouard, DUPONT, Marc**, « De la planification hospitalière à l'organisation des soins », *Gaz. Pal.*, 7 juin 2007, p. 10

**CRISTOL, Danièle**, « Activité libérale des praticiens hospitaliers statutaires et redevances », *RDSS*, 2007, p. 1050.

« Les habits neufs du service public hospitalier », *RDSS* 2016, p. 643.

« Le régime des autorisations sanitaires : simplification et modernisation sur ordonnance », *RDSS* 2018, p. 271.

**DANTONEL-COR, Nadine**, « Les maisons de santé pluridisciplinaires : une solution à la désertification médicale territoriale ? », *RDS*, n° 52, 2013, p. 152.

**DE CORAIL, Jean-Louis**, « L'approche fonctionnelle du service public : sa réalité et ses limites », *AJDA*, 1997 n° HS, p. 20.

**DE KERVASDOUE, Jean**, « Idéologie de réformes du système de santé depuis 1990 : un système stable », *Santé, société et solidarité*, 2008, vol. 7, n°2, p. 17.

**DE SAINT MARC, Renaud Denoix**, « La question de l'administration contractuelle », *AJDA* 2003, p. 970.

**DEBARRE, Jean-Michel**, « Sémantique des données acquises de la science comparées aux connaissances médicales avérées », *Méd. et droit* n° 112, 2012, pp. 22-28.

**DEBENE, Marc, RAYMUNDIE, Olivier**, « Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification ? », *AJDA*, 1996, p. 183.

**DEBRE, Robert**, « Santé publique et Sécurité sociale », in *Population*, 1947, vol.2, n°4, p. 641.

**DEGUERGUE, Maryse**, « Droits des malades et qualité du système de santé », *AJDA* 2002, p. 508.

« De quelques difficultés de la notion de service social », *AJDA*, 2008, p. 179.

**DEVOLVE, Pierre**, « Service public et libertés publiques », *RFDA*, 1985, p. 1.

« Le recours pour excès de pouvoir contre les dispositions réglementaires d'un contrat », *RFDA*, 1997, p. 89.

**DOMIN, Jean-Paul**, « Les assurances sociales et l'ouverture des hôpitaux à l'ensemble de la population : les prémices d'une politique globale de santé publique (1914-1941) », *Revue française des affaires sociales*, 2002/1, pp. 131-154.

**DONIER, Virginie**, « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *RFDA* 2006, p. 1219.

**DORMONT, Brigitte**, « Le paiement à la performance : contraire à l'éthique ou au service de la santé publique », *Les tribunes de la santé*, 2013/3 n°40, pp.53-61.

**DRIGUEZ, Laetitia, RODRIGUES, Stéphane**, « Services sociaux d'intérêt général et droit communautaire », *AJDA*, 2008, p. 191.

**DUBOIS, Louis**, « Le service public et la construction communautaire », *RFDA*, 1995, p. 291.

« La réforme de la médecine libérale : le statut des médecins », *RDSS* 1996, p. 743.

« Contenu du droit des patients », *RGDM* n° 3, 2004, p. 110.

**DUPONT, Marc**, « Sur la nouvelle procédure de certification établie par la HAS », *JDSAM* 2004 n°6, p. 41.

« La nouvelle gouvernance des établissements publics de santé : l'aboutissement d'une longue mutation », *RDSS* 2009, p. 791.

« Hôpital public et coopération sanitaire », *RDSS* 2015, p. 23.

« L'ambulatoire : éléments d'une définition », *RDSS*, 2016, n° HS, p. 7.

**EGEA, Pierre**, « Les formes constitutionnelles de la santé » *RDSS* 2013, p. 31.  
hass

**EVIN, Claude**, « Les nouveaux outils d'une politique territoriale de santé : une mille-feuille qui a besoin d'une mise en cohérence », *RDSS* 2017, p. 107.

**EVLETH, Donna**, « La bataille pour l'Ordre des médecins, 1944-1950 », *Mouvement social*, 2009, n°229, pp. 61-77.

**FATOME, Etienne**, «Etablissement public et service public», *AJDA*, 1997, p. 96.

**FAURE, Bertrand**, « Les deux conceptions de la démocratie administrative », *RFDA* 2013, p. 709.

« Le schéma en droit administratif » *RDP*, 2018, p.437.

**FAVOREU, Louis**, « Service public et Constitution » in *AJDA* 1997, p. 16.

**FEUILLET, Brigitte**, « L'accès aux soins, entre promesse et réalité », in *RDSS* 2008, p. 713.

**FRISON-ROCHE, Marie-Anne**, « Le droit de la régulation », *D.*, 2001, p. 610.

**GAUDEMET, Yves** « Le partenariat public privé en France dans la perspective de la métamorphose de l'intérêt général », *D.*, 2007, p. 3084.

**GINON, Anne-Sophie**, « Démographie médicale et techniques juridiques d'incitation », *Politiques et management public*

« Le jeu du conventionnement : effets paradoxaux et difficultés juridiques », in *Journal d'économie médicale*, vol.27, no. 4, 2009, pp. 211-221.

**GIRER, Marion, ROUSSET, Guillaume** (dir), « La lutte contre les inégalités territoriales de santé », in *RGDM* 2016, n°58, p. 21.

**GLORION Bernard**, « L'ordre des médecins : quels pouvoirs ? » *Pouvoirs*, n° 89, avril 1999, p. 119.

**GOGUELIN, Pierre L. G.**, « Le concept de négociation », *Négociations*, vol. N° 3, n° 1, 2005, pp. 149-170.

**GRUNDLER, Tatiana**, « Le juge et le droit à la protection de la santé », *RDSS* 2010, p. 835.  
« L'effectivité du droit à la protection de la santé », *RGDM* n°14, 2010, p. 83.



**GUBAIN, Alain, PELLET, Rémi, SHWETZER, Agnès**, « La lutte contre les déserts médicaux : le contrat de praticien territorial et le contrat d'engagement de service public », *JDSAM* n°3, 2013, p.108.

**GUGNER, Sébastien**, « L'influence de l'Union européenne sur les pratiques et politiques de santé publique : européanisation verticale et horizontale », *Sciences sociales et santé*, 2011/1, p. 81.

**GUICHARD FRIOT, Valérie, RABILLER Stéphanie**, « Hôpitaux de proximité, vecteurs de redynamisation de l'organisation de la santé ? », *RDS*, n° 92, 2019, p. 902.

**HARDY, Jacques**, « Le contrat dans la réforme hospitalière du 24 avril 1996 », *RDSS* 1997, p. 949.

« Les catégories juridiques à l'épreuve de la réforme administrative », *AJDA*, 2017, p. 919.

**HARTMANN, Laurence, ULMANN, Philippe, ROCHAIX, Lise**, « L'accès aux soins de premier recours en Europe », *RFAS*, 2006, 2/3, p. 121.

**HASSENTEUFEL, Patrick**, « Syndicalisme et médecine libérale : le poids de l'histoire », *Les Tribunes de la santé*, 2008/1, n°18, pp. 21-28.

« Quelle européanisation des systèmes de santé ? », *Informations sociales*, 2013/1, n° 175, p. 48.

**HEAS, Franck**, « Exercice de la médecine et salariat », *RDSS*, 2013, p. 575.

**HENNION-MOREAU, Sylvie**, « Services sociaux et concurrence », *RDSS*, 2006, p. 801.

**HENNION, Sylvie**, « Services d'intérêt général, santé, et droit de l'Union européenne », *RDSS*, 2010, p. 993.

**HERTZOG, Robert**, « Le prix du service public », *AJDA* 1997, p. 55.

**HUTEAU, Gilles**, « Déclin ou renouveau des professionnels de santé dans l'élaboration de la norme de la protection sociale », *Dr.soc.*, 2016, p. 121.

**ISSOR, Zineb**, « La performance de l'entreprise : un concept complexe aux multiples dimensions », *Projectique*, 2017/2 n°17, pp. 93-103

**JAMOULLE, Marc**, « Quaternary prevention, an answer of family doctors to over medicalization », *IJHPM*, 2015.

**JANICOT, Laetitia**, « L'identification du service public géré par une personne privée », *RFDA*, 2008, p. 67.

**JAUNAIT, Alexandre**, « Comment peut-on être paternaliste ? Confiance et consentement dans la relation médecin-patient », *Raisons politiques*, n°11, 2003, p. 59.

**KALOUDAS, Christos**, « La conception française du service public à l'épreuve du droit de l'Union Européenne », *Rév. UE*, 2013, p. 156.

**KARPENSCHIF, Michaël**, « Qu'est-ce qu'une compensation d'obligations de service public ? », *LPA*, 30 mars 2004, n° 64, p. 4.

« Vers une définition communautaire du service public ? », *RFDA*, 2008, p. 58.

**KELLER, Catherine, LOUAZEL, Michel, MOQUET-ANGER, Marie-Laure**, « Les outils juridiques de coopération issus de la loi HPST : des instruments au service de la restructuration de l'offre hospitalière ? », *RDSS* 2013, p. 687.

**KELLER, Catherine**, « De la communauté hospitalière de territoire au groupement hospitalier de territoire : continuité et rupture », *JCP A*, n° 28, 2015.  
« L'an II du groupement hospitalier de territoire : un processus intégratif confirmé, une légitimité faiblement renforcée », *RGDM* n° 72, 2019.

**KOBER-SMITH, Anémon**, « La place et le rôle de l'assurance privée dans le système de santé britannique », *RDSS* 2011, p. 257.

**KOVAR, Robert**, « Droit communautaire et service public », *RTD eur.*, 1996, p. 215.

**KRZISCH, Delphine**, « Force normative et efficacité des recommandations de bonne pratique en matière médicale », *RDSS* 2014, p. 1087.

**LACHAUME, Jean-François**, « La loi d'orientation pour le développement et l'aménagement du territoire du 4 février 1995 et le service public », *RFDA*, 1995, p. 893.

**LAMI, Arnaud, VIOUJAS, Vincent**, « Les établissements de santé face au Covid-19 : le droit hospitalier d'exception », *RDSS* 2020, p. 963.

**LASCOMBE, Michel**, « Les ordres professionnels », *AJDA* 1994, p. 855.

**LAUDE, Anne**, « Le patient, nouvel acteur de santé ? », *D.* 2007, p. 1151.

**LAUDIJOIS, Marie**, « Les services sociaux d'intérêt général et la construction de l'Europe sociale' », *RDSS*, 2007, p. 1005.

**LECA, Antoine**, « La médecine libérale : quelle réalité juridique ? », *RDSS* 2001, p. 91.

**LE CHANTELIER, Gilles**, « Les conventions de sécurité sociale comme actes réglementaires », *RFDA* 1995, p.645.

**LE CLAINCHE, Michel**, « L'administration consultative, élément constitutif ou substitut de la démocratie administrative ? », *RFAP* n° 137-138, 2011, p. 39.

**LECLERQ, Claude**, « La mission de service public », *D. chron.* III, 1966, p. 9

**LEICHER, Claude**, « Le médecin libéral en 2010 », *Les tribunes de la santé*, 2010, n° 28, p. 55.

« Evolutions et actualités du syndicalisme médical », *JDSAM*, 2014, vol.3, pp. 12-15.

**LEMOYNE DE FORGES, Jean-Michel**, « La réforme hospitalière de 1991 », *RDSS*, 1991, p. 527.

« L'apport de la loi HPST sur le fonctionnement et l'organisation des établissements publics de santé » *RGDM* n° 33, 2009, p. 51.

« Etablissement de santé et service public » *RGDM* n°15, 2011, p. 81.

« Où va la médecine libérale à l'hôpital public ? », *AJDA*, 2016, p. 281.

**LLIOPOULOU-PENOT, Anastasia**, « Service public hospitalier et droit de l'Union », *RDSS*, 2017, p. 626.

**LONG, Marceau**, « Service public, services publics : déclin ou renouveau ? », *RFDA*, 1995, p. 497.

« Service public et réalités économiques du XIXe siècle au droit communautaire », *RFDA*, 2001, p. 1161.

**MADIOT, Yves**, « Service public et aménagement du territoire », *AJDA*, 1997, p. 83.

**MANDIN, François**, « Politique d'accès aux soins et conditions d'exercice de la médecine libérale : le contrat d'engagement de service public », *RDSS*, 2013, p. 591.

**MARCHAND-TONEL, Xavier**, « La subsidiarité, un enjeu des débats sur l'Union Européenne », *Droit et société*, 2012/1, n° 80, p. 5

**MARIE, Romain**, « Les évolutions à l'œuvre en matière de rémunération des médecins libéraux », *Dr.soc.*, 2012.

« Rémunération sur objectifs de santé publique des médecins libéraux », *RDSS* 2013, p.615.

« La généralisation du tiers payant : entre amélioration de l'accès aux soins et défiance des médecins », in *Dr.soc.* 2014, p. 847.

« Le dédale du contentieux des dépassements tarifaires des médecins libéraux », *RDSS*, 2016, p. 107.

« Nouvelle convention médicale : quelques changements mais guère d'innovations ! », *Dr.soc.*, 2017, p.71.

**MARIN, Philippe**, « L'assurance privée et la santé en Espagne : pertinence d'une couverture 'en doublon' », *RDSS* 2011, p. 247.

**MARKUS, Jean-Paul**, « Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics aux besoins des usagers », *RFDA* 2001, p. 589.

« La faute du médecin et les bonnes pratiques médicales » in *AJDA* 2005, p. 1008.

**MASCRET, Caroline**, « Les recommandations des autorités sanitaires : quelle valeur juridique? » *JDSAM* 2005 n°3, p.20.

**MAURY, Suzanne**, « Réhabiliter les soins de proximité ? », *RDSS*, 2012, p. 84.

**MAZERES, (J.)**, « La participation des établissements privés à but non lucratif au service public hospitalier », *RDSS* n° 57, janvier-mars 1979, p. 26.

**MELLERAY, Fabrice**, « Ecole de Bordeaux, école du service public et école duguiste, proposition de distinction », *RDP*, 2001, p. 1887.

**MEROLA, Massimo, MEDINA, Caroline**, « De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark : continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics », *CDE* 5-6, 2003, p. 339.

**MESCHERIAKOFF, Alain-Serge**, « La réforme hospitalière du 31 décembre 1970 », *Dr. soc.*, juin 1971, p. 380.

**MET-DOMESTICI, Alexandre**, « Aides d'Etat, service public et droit communautaire », *AJDA*, 2006, p. 1881.

**MICHEL, Valérie**, « La compétence de la Communauté en matière de santé publique », *Rev. Aff. Eur.*, 2003-2004/2, p. 175.

**MOINE, Gérard**, « Le service universel des télécommunications : contenu, financement, opérateurs », *AJDA*, 1997, p. 246.

**MOQUET-ANGER, Marie-Laure**, « La représentation des usagers dans les instances hospitalières ou de santé publique », *JCP A*, n° 15, avr. 2006, ét. 2094.

« Les aspects de la nouvelle organisation territoriale de la santé », *JCP A*, 2009, n° 39, p. 25.

« Santé et Constitution : l'exemple français », *RDSS* 2013, p. 127.

« Médecins et hôpital », *RDSS* 2015 n° HS, p. 119.

**MORANGE, Georges**, « Le déclin de la notion juridique de service public », *D. chron.* XII, 1947, p. 45

**MORDELET, Patrick**, « Les contrats d'objectifs et de moyens des établissements de santé », *RGDM* n° 10, 2007, pp. 151-160.

**MOREAU, Jacques**, « Le droit à la santé », *AJDA* 1998, p. 185.

« Esquisse d'une théorie juridique de la territorialisation », *RDSS*, 2009, p. 16.

**MORET-BAILLY, Joël**, « La loi HPST et l'accès aux soins » *RDSS* 2009, p. 820.

« Que signifie la déontologie aujourd'hui », *RDSS* 2018, p. 7.

**MORLET-HAIDARA, Lydia**, « L'impact de la loi santé sur les usagers du système de santé », *RDSS* 2016, p. 658.

**MORON-PUECH, Benjamin**, « L'utilisateur du service public administratif hospitalier : un contractant ! », *RDSS* 2017, p. 512.

**MOULAY-LEROUX, Sandra**, « L'Europe des SSIG et nos structures sociales et médico-sociales : menace ou opportunité ? », *RDSS*, 2010, p. 1032.

**PARIS, Valérie, DEVAUX, Marion**, « Les modes de rémunération des médecins des pays de l'OCDE », *Les tribunes de la santé*, 2013/3 n°40, pp.45-52.

**PELJAK, Dominique**, « Pourquoi faut-il requalifier les hôpitaux publics en EPIC ? », *AJDA* 2006, p. 1705.

**PELLET, Rémi**, « Etablissements de santé et restes à charge », *RDSS* 2017, n° HS, p. 45.

**PICARD, Etienne**, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, p. 8.

**PONTIER, Jean-Marie**, « Territorialisation et déterritorialisation de l'action publique », *AJDA*, 1997, p. 723.

« Les schémas dans l'ordonnancement juridique » *AJDA*, 2018, p. 957.

**PRETOT, Xavier**, « L'évolution du régime juridique des conventions médicales », *Dr.soc.*, 1997, p. 845.

**PRIEUR, Stéphane**, « Les droits des patients dans la loi du 4 mars 2002 », *RGDM* n° 8, 2002.

**RAVOUX, Vincent**, « La maîtrise médicalisée de l'évolution des dépenses de santé. Contribution à l'analyse d'un concept » *Dr.soc.* 1994, p. 587.

**REBECQ, Geneviève**, « Médecins libéraux : les rapports avec les caisses de sécurité sociale », *RDSS*, 2011, p. 45.

**REGIERA, Michel**, « La politique conventionnelle: ses ambitions et ses limites », in *RFAP*, 2005 n°113, pp. 75-82.

**REGOURD, Serge**, « Le service public et la doctrine : pour un plaidoyer dans le procès en cours », *RDP*, 1987, p. 14.

**RIOT, Cédric, SIAU, Bruno**, « La généralisation du tiers payant : une ambition discutée », *RDS* n° 2, 2016, pp. 47-51.

**RITLENG, Dominique**, « Financement du service public et aides d'Etat », *AJDA*, 2004, p. 1011.

**ROUSSET, Guillaume**, « L'obligation légale des médecins d'adhérer à l'Ordre n'est pas contraire à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *RDS*, n° 17, 2007, p. 401-402.

« La lutte contre les 'déserts médicaux' depuis la loi HPST : entre désillusions et espoirs nouveaux », *RDSS* 2012, p. 1061.

« Les maisons de santé, un mode d'exercice favorisant l'accès aux soins ? », *RDSS*, 2014, p. 450.

« Vers une régulation coercitive de l'installation des médecins ? - À propos de la proposition de loi n° 2597 visant à lutter contre les déserts médicaux », *JCP A* 2015, act., 311.

« Ambulatoire et soins de ville : comment favoriser la déambulation croisée du patient et du professionnel de santé libéral », *RDSS* n°HS 2016, p.111.

**SAISON-DEMARS, Johanne**, « Un patron de l'hôpital : mythe ou réalité », *AJDA* 2010, p. 888.

**SAISON-DEMARS, Johanne**, « Modernisation du système de santé, une gouvernance hospitalière à géométrie variable », *RDSS* 2016, p. 633.

**SAISON, Johanne**, « Service public hospitalier ou service public de santé ? A la recherche d'unité pour le système de santé... », *RDSS* 2017, p. 634. (art.).

**SAISON, Johanne**, « 'Ma santé 2022' : une nouvelle étape vers la consécration d'un service public de santé », *RDSS* 2019, p. 25.

**SAISON, Johanne**, « Le système de santé à l'épreuve de l'urgence sanitaire », *AJDA* 2020, p. 1698.

**SAVONITTO, Florian**, « Les recommandations de bonne pratique de la Haute autorité de santé », *RFDA* 2012, p. 471.

**SEGOVIA-KUENY, Sandrine**, « Soins de premier et de second recours » *RDSS* 2009, p.35.

**SEILLER, Bertrand**, « L'érosion de la distinction SPA-SPIC », *AJDA*, 2005, p. 417.

**TABUTEAU, Didier**, « Le tabou du tiers payant », *Dr.soc.* 1992, p. 125.

« La régionalisation du système de santé en question », *Dr.soc.*, 2002, p. 745.  
« La liberté tarifaire ? », *Dr.soc.*, 2003, p. 424.  
« La santé en quête de politique », *Les tribunes de la santé*, 2007 /1, n°14, p. 31.  
« Politiques de santé et territoire » *RDSS*, 2009, n° HS, p. 7.  
« Pouvoirs publics et professions de santé », *Les Tribunes de la santé*, 2010/1, n° 26, p. 103.  
« ‘Loi Hôpital, patients, santé et territoires’ (HPST) : des interrogations pour demain », *Santé publique*, 2010/ vol. 22, p. 78.

**TAPIE, Jean**, « Les recommandations de bonne pratique et les références, des outils à généraliser » in *Dr.soc.* 1997, p. 828.

**TRUCHET, Didier**, « Nouvelles récentes d’un illustre vieillard : label de service public et statut de service public », *AJDA*, 1982, p. 427.

« La réforme hospitalière », *AJDA*, 1992,, p. 130.  
« Unité et diversité des ‘grands principes’ du service public », *AJDA*, 1997, p. 38.  
« Quels espace de concurrence pour les services de santé » in *Service de santé et concurrence*, *RGDM*, n° HS, 2005, p. 9.  
« Etablissement public de santé et système de santé », *AJDA* 2006, p. 401.  
« Renoncer à l’expression ‘service public’ » », *AJDA*, 2008, p. 553.  
« Du service public hospitalier aux missions de service public en matière de santé », *RGDM* 2009, n° 33, p. 59.  
« Le contrat dans la loi HPST », *RGDM* n° 15, 2011, pp. 137-156.  
« Contractualisation et décentralisation fonctionnelle », *RFDA* 2018, p. 221.

**VARNIER, Frédéric, TREPRAU, Maurice**, « La coopération hospitalière au service de la modernisation de notre système de santé », *RDSS* 2016, p. 620.

**VERGA-GERARD, (A.)**, « Les soins primaires : une définition du champ pour développer le recherche », *RESP*, vol. 66, 2, 2018, pp. 157-162.

**VIALLA, François**, « Existe-il une discrimination dans l’accès aux soins ? Ou les avatars de l’article L. 1110-3 du Code de la santé publique », in *CDSA* n° 11, 2010, p. 59.

**VILLENEUVE, Pierre**, « Régionalisation ou territorialisation de l’action sociale », *AJCT*, 2013, p. 324.

**VIUJAS, Vincent**, « La ‘nouvelle’ nouvelle gouvernance hospitalière après la loi HPST », *RGDM* n° 33, déc. 2009, p. 69.

« Le report de la convergence intersectorielle public/privé » *RDSS* 2009, p. 1075.  
« Missions de service public et établissements de santé » *JCP A* n°23, 11 juin 2012, p. 2188.  
« La réforme de la permanence des soins : un seul pilote pour davantage d’efficacité », *RDSS*, 2012, p. 692.  
« La résurrection du service public hospitalier » *AJDA* 2016, p. 1272.  
« Les nouvelles modalités d’exécution du service public hospitalier », *JCP A* n° 47, 28 Novembre 2016, act. 900.  
« Les obligations du service public hospitalier : quelles spécificités ? », *RDSS*, 2017, p. 644.  
« La tarification à l’activité des établissements de santé, une législature plus tard », *RDSS*, 2017, p. 498.

**VOISSET, Michèle**, « Le service public autrement », *RFDA*, 1995, p. 304  
« La reconnaissance en France d'un droit des citoyens à la qualité dans les services publics », *RFDA* 1999, p. 743.

#### °ARTICLES D'OUVRAGES COLLECTIFS

**BROSSET, Estelle**, « Les justifications aux entraves aux libertés pour des raisons de protection de la santé », in BROSSET, Estelle (dir.), *Droit européen et protection de la santé, bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 101.

**CAILLOSE, Jacques**, « Le service public est mort, vive le service public ! », in DECRETON, Séverine (dir.), *Service public et lien social*, Paris, L'Harmattan, 1999, p. 399.  
« Le service public à la française : déconstruction d'un mythe » in PARDINI, Jean-Jacques, DEVES, Claude (dir.), *La réforme de l'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 180.  
« Interrogations méthodologiques sur le 'tournant' contractuel de l'action publique. Les contrats publics entre droit public et sciences de l'administration » in *Contrats public. Mél. en l'honneur de Michel Guibal*, PFDDM, vol. II, 2006, p. 469.

**CASTAING, Cécile**, « La nécessité médicale devant le juge administratif » in *Mél en l'honneur de Jean-Marie Clément*, Bordeaux, LEH, 2016. p. 65.

**CATHERINE, Aurore**, « La codécision, entre mythe et réalité », in AFDA (dir.), *Consentement et santé*, Paris, Dalloz, 2014, p. 119.

**CHEVALLIER, Jacques**, CHEVALLIER, Jacques, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in *Variations autour de l'intérêt général*, Paris, PUF, 1978.  
« De quelques usages du concept de régulation » in MIAILLE, Michel (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 71.  
« Les agences : effet de mode ou révolution administrative ? », in *Etudes en l'honneur de Georges Dupuis*, Paris, LGDJ, 1997, p. 47.  
« La place du service public dans l'univers juridique contemporain », in ROUBAN, Luc (dir.), *Le service public en devenir*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 21.  
« La démocratie délibérative : mythe et réalité » in *Politique, communication et technologies. Mél en hommage à Lucien Sfez*, Paris, PUF, 2006, p.75.  
« L'Etat régulateur », in LOMBARD, Martine (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, 2006, p. 29.

**CLEMENT, Jean-Marie**, « Quelle égalité territoriale ? » in CASTAING, Cécile (dir.), *La territorialisation des politiques de santé*, Bordeaux, LEH, p. 119.

**COUTY, Edouard**, « Un service public rénové ouvert sur son territoire » in LAUDE, Anne, TABUTEAU, Didier (dir.), *La loi santé, regards sur la modernisation de notre système de santé*,

**EISENMANN, Charles**, « L'arrêt Monpeurt : légende et réalité », in *Mélanges A. Mestres*, Sirey, 1956, p. 122.

**ESPAGNO, Delphine**, « L'idéologie du service public », in **CHERRIER, Emmanuel, FRANCOIS, Stéphane** (dir.), *Le service public et les idéologies politiques*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires de Septentrion, 2016, p.15.

**ESPER, Claudine**, « La coopération entre acteurs de santé : le droit est-il à la hauteur de la pratique », in Conseil d'Etat, *Réflexions sur le droit de la santé*, EDCE 1998, p. 441.

**FRIER, Paul-Laurent**, « La régulation comme fonction : propos introductifs », in **MARCOU, Gérard, MODERNE, Frank**, *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, Paris, Harmattan, 2005, t. I, p. 68.

**FROMONT, Michel**, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne » in *Mél. Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 49

**GINON, Anne-Sophie**, « La réorganisation de l'offre de soins en niveaux de recours : dits et non-dits d'une réforme d'ampleur », in **COUTY, Edouard et al.** (dir.) *La loi HPST, regards sur la réforme du système de santé*.

**GUGLIELMI, Gilles J.**, « L'introuvable principe de gratuité du service public », in **KOUBI, Geneviève, GUGLIELMI, Gilles J.** (dir.), *La gratuité, une question de droit ?*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 39.

**JEAMMAUD, Antoine**, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique, des concepts en jeu » in **CLAM, Jean, MARTIN, Giles** (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p.53.

**KOUBI, Geneviève**, « L'idéologie du service public », in *Le Service public*, AFDA (dir.), Paris, Dalloz, 2014, p. 41.

**LEMOYNE DE FORGES, Jean-Michel**, « Remarques sur certains aspects des relations entre le secteur public et le secteur privé dans le domaine sanitaire et social », in *Service public et libertés. Mél. En l'honneur de Robert-Edouard Charlier*, Paris, Ed. de l'université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 427.

**LEMOYNE DE FORGES, Jean-Michel**, « Le système hospitalier français face au droit communautaire de la concurrence », in *Mél. En l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002.

**LEROY, Marc**, « L'enjeu de la polyvalence dans les services publics pour le lien social » in **DECKETON, Séverine** (dir.), *Service public et lien social*, Paris, L'Harmattan, 1999, p. 319.

**LOMBARD, Martine**, « Service public et service universel, ou la double inconsistance » in *Les mutations contemporaines du droit public, Mél. En l'honneur de Benoit Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 507.

**MARCOU, Gérard**, « Régulation et service public : Les enseignements du droit comparé » in **MARCOU, Gérard, MODERNE, Franck** (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, Paris, L'Harmattan, 2005, t. I, p. 30.

**MARIN, Philippe**, « La 'corporate governance' est-elle soluble dans le statut juridique d'établissement public de santé » in *Mélanges en l'honneur de Jean-Marie Clément*, Bordeaux, LEH, 2014.



**MELLERAY, Fabrice**, « Retour sur les lois de Rolland », in *Le droit administratif, permanences et convergences, Mél. En l'honneur de Jean-Francois Lachaume*, Paris, Dalloz, 2007, p. 709.

**MICHELET, Karine**, « La déclinaison régionale des politiques de santé publique : une démarche corrigée par la loi du 9 août 2004 » in Martin-Papineau, Nathalie (dir.), *La loi du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, enjeux, réalisations, perspectives*, Poitiers, LGDJ, p. 99.

**MOQUET-ANGER, Marie-Laure**, « La continuité et l'accès aux services de santé » in TABUTEAU, Didier (dir.), *Service public et santé*, Paris, Editions de santé Presses de Sciences Po, 2012.

« La réalité de la démocratie sanitaire » in CASTAING, Cécile (dir.), *La territorialisation des politiques de santé*, Bordeaux, LEH, 2012, p. 173.

« Les conditions de l'exercice d'une activité libérale des praticiens statutaires à temps plein dans les établissements publics de santé » in BAILLY-MORET, Joël, THOUVENIN, Dominique (dir.), *Les conflits d'intérêt à l'hôpital public : le débat*, Rennes, Presses de l'EHESP, 2015, p. 105.

**NIZARD, Lucien**, « A propos de la notion de service public : mythes étatiques et représentations sociales », in *Mél. Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p.91.

**POLTON, Dominique, LIGNOT-LELOUP, Mathilde**, « Régulation des dépenses de santé et maîtrise médicalisée » in BOURDILLON, François et al.(dir.), *Traité de santé publique*, Paris, Lavoster, 2016, 3e éd., p. 199.

**REYNAUD, Jean-Daniel**, « La négociation, l'accord, le dispositif », in *La théorie de la régulation sociale de Jean-Daniel Reynaud*, Paris, Editions La découverte, 2003.

**RIVERO, Jean**, « A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », in *Mél. Savatier*, 1964, p. 821.

ROBERT, Jacques, « Egalité et équité : le point de vue du Conseil Constitutionnel » in, LAMBERT, Thierry et al., *Egalité et équité, antagonisme ou complémentarité*, Paris, Economica, 1999, p. 25.

**ROUSSET, Guillaume**, « Entre incitation et coercition, vers la mise en place de nouveaux dispositifs de régulation de la démographie médicale » in COUTY, Edouard et al. (dir.), *La loi HPST, regards sur la réforme du système de santé*, p. 197.

**ROUVIER-MEXIS, Catherine**, « Service public ou service rendu au public » in KOVAR, Robert et SIMON, Denys, *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, Paris, La documentation française, 1998, t. 2, p. 121.

**SAUVE, Jean-Marc**, « La notion de service d'intérêt économique général, cadre européen et régimes nationaux », in *Les services d'intérêt économique général et le marché intérieur*, Actes du colloque du 14 oct. 2011, Paris, Société de législation comparée, 2012, p. 13.

**SENAT, Melody**, « Quelques remarques terminologiques sur la notion de continuité territoriale » in KOUBI, Geneviève, LE FLOCH, Guillaume, J. GUGLIELMI, Gilles (dir.), *La notion de continuité, des faits au droit*, Paris, L'Harmattan, 2011.

**TRUCHET, Didier**, « Le secteur privé », in AFDS (dir.), *L'hôpital public en réforme permanente*, Bordeaux, APDHES, 1988.

« La dualité égalité et équité dans le service public » in LAMBERT, Thierry (dir.), *Egalité et équité. Antagonisme ou complémentarité ?*, Paris, Economica, 1999, p. 83

« Le consentement en droit de la santé », in CAVERNI, Jean-Paul, GORI, Roland (dir.), *Le consentement. Droit nouveau du patient ou imposture*, Paris, In Press, 2005.

« Les instruments juridiques de la démocratie sanitaire », in CASTAING, Cécile (dir.), *La démocratie sanitaire : mythe ou réalité*, Bordeaux, LEH, 2014, p. 17.

**VIALLA, François**, « Prolégomènes sur les notions de permanence des soins, de continuité de soins et de continuité de service public », in *RGDM n° spécial La permanence des soins*, 2006.

# INDEX ALPHABETIQUE

---

## A

Accessibilité tarifaire · 442, 579-584  
Accessibilité territoriale · 584-593, 602  
Agences régionales de santé · 526-545  
Autorisation sanitaire · 273-282, 303, 401

---

## C

Centres de santé · 603-606  
Charte de la médecine libérale · 94-95, 104, 128  
Communautés professionnelles territoriales de santé · 213-215, 549, 551, 595  
Contrat d'engagement de service public · 156-167  
Contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens · 282-292  
Conventions nationales des professionnels de santé · 115-127  
Coopération hospitalière · 293-309

---

## D

Démocratie sanitaire · 483, 485-522  
Dépassements d'honoraires · 138-141, 357-369  
Droit à l'égal accès aux soins · 45, 83, 490-493  
Droit à la continuité des soins · 493-495  
Droit à la protection de la santé · 51 et s.

---

## E

Etablissement public · 67, 403-406, 468-476

---

## F

Financement du service public hospitalier · 232 et s., 402, 415, 430

---

---

## G

Gestion des établissements publics de santé · 256-270  
Gratuité du service public · 228-231, 579  
Groupements de coopération sanitaire · 307-309, 346  
Groupements hospitaliers de territoire · 345 et s., 593

---

## H

Hôpitaux de proximité · 610-622

---

## L

Liberté d'installation · 134-136, 146-151, 590

---

## M

Maisons de santé · 606-609  
Missions de service public de santé · 74 et s., 332 et s., 440 et s.

---

## O

Obligations de service public · 324, et s. 426, 451 et s.  
Ordres des professionnels de santé libéraux · 106-115

---

## P

Paiement à l'acte · 133-134, 144, 555  
Participation collective des usagers du système de santé · 507-522  
Permanence des soins ambulatoires · 168-185  
Planification sanitaire · 270 et s., 537 et s.

---

Politique de santé · 28 et s.  
Principe d'adaptation · 496-497  
Principe d'égalité · 39-40, 321-322, 325-326, 490  
Principe de continuité · 322-323, 326-327

---

## R

Régime juridique du système de santé · 479 et s.  
Régulation du système de santé · 526 et s.

---

## S

Secteur de l'activité libérale dans les établissements publics de santé · 357-369  
Service au public · 24, 467, 561 et s.  
Service d'intérêt économique général · 378, 386-389, 424 et s., 441 et s.  
Service d'intérêt général · 378, 438, 442-443,  
Service non économique d'intérêt général · 392-395  
Service public (notion) · 6 et s.  
Service public hospitalier · 70 et s., 311 et s.

Service public virtuel · 171, 278, 481  
Service territorial de santé au public · 206 et s.  
Service universel · 188-191, 244, 444-445, 453, 580  
Services sociaux d'intérêt général · 390-395, 416 et s.  
Soins de premier recours · 186-194, 197-200 211 et s., 589, 596  
Subventions publiques · 424 et s.  
Syndicalisme médical · 100-106  
Système de santé (notion) · 24 et s., 375, 479-484  
Système hospitalier · 72, 219 et s.

---

## T

Tarifification à l'activité · 227, 235, 415, 450, 555, 614  
Territorialisation du système de santé · 518-520, 550-553, 570-578  
Transparence · 280-281, 327-328

---

## U

Usager du système de santé · 485-523

# TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE .....	1
INTRODUCTION.....	5
SECTION 1. LE CADRE DE LA RECHERCHE : LA CONFRONTATION DES NOTIONS DE SERVICE PUBLIC ET DE SYSTEME DE SANTE .....	6
§ 1. LA NOTION DE SERVICE PUBLIC : UNE NOTION SPECIFIQUE DANS LE CADRE FRANÇAIS.....	6
A. La dimension idéologique de la notion de service public .....	7
1. La théorisation de la notion de service public : source de la dimension idéologique du service public dans le cadre français .....	8
a. La fonction politique de la notion de service public .....	12
b. La fonction sociale de la notion de service public .....	14
2. La « conception française du service public » : prolongation de la dimension idéologique du service public dans le cadre français.....	15
3. Les critiques doctrinales de la notion de service public : conséquence de la dimension idéologique du service public .....	18
B. La dimension pragmatique de la notion de service public .....	21
§ 2. LA NOTION DE SYSTEME DE SANTE .....	24
A. Le concept de système de santé .....	25
1. Les éléments constitutifs du système de santé .....	25
a. Le concept de système .....	25
b. La notion de santé.....	26
2. Le système de santé dans le cadre de la politique de santé.....	28
3. La délimitation de la notion de système de santé .....	32
B. Le processus de construction du système de santé.....	34
1. Les modèles européens des systèmes de santé.....	35
2. L'édifice du système de santé français .....	38
a. Les valeurs structurantes du système de santé français .....	38
b. Les grandes étapes dans la construction du système de santé français .....	43
SECTION 2 L'OBJET DE LA RECHERCHE : L'ARTICULATION ENTRE LES NOTIONS DE SERVICE PUBLIC ET DE SYSTEME DE SANTE.....	50
§ 1. LA LEGITIMITE DU RECOURS A LA NOTION DE SERVICE PUBLIC DANS L'ORGANISATION DU SYSTEME DE SANTE.....	50
A. Le service public comme instrument de mise en œuvre du droit à la protection de la santé.....	51
B. Le service public dans le domaine de la santé : une exigence constitutionnelle ?.....	57
§ 2. L'EVOLUTION DU RAPPORT JURIDIQUE ENTRE LE SERVICE PUBLIC ET LE SYSTEME DE SANTE	62
A. L'identification originaire du service public à l'hôpital public .....	63
B. Le développement d'une approche fonctionnelle de la notion de service public au sein du système de santé.....	70

1. La fondation de la notion de service public hospitalier comme fondement du système hospitalier.....	70
2. L'introduction de la notion de missions de service public de santé comme instrument dans l'organisation du système de santé.....	74
3. Le rétablissement de la notion de service public hospitalier comme instrument de confortation des établissements publics de santé .....	79
<b>SECTION 3. EXPOSE DE LA PROBLEMATIQUE DE LA RECHERCHE.....</b>	<b>82</b>
§ 1. LE SERVICE PUBLIC ET LE SYSTEME DE SANTE : MECANISMES D'INTERVENTION DE L'ÉTAT DANS LE DOMAINE DE LA SANTE .....	82
§ 2. UNE ETUDE DE LA FONCTION DE LA NOTION DE SERVICE PUBLIC PAR RAPPORT AU SYSTEME DE SANTE .....	85
<b>PARTIE 1 L'ECHEC DE LA NOTION DE SERVICE PUBLIC COMME FONDEMENT DU SYSTEME DE SANTE.....</b>	<b>89</b>
<b>TITRE 1 - LE SERVICE PUBLIC : FONDEMENT DEFAILLANT DU SYSTEME DE SANTE .....</b>	<b>93</b>
<b>Chapitre 1 - L'exclusion initiale des services de santé de ville du champ de la notion de service public .....</b>	<b>97</b>
<b>Section 1. L'existence d'un système de régulation de l'offre de soins de ville alternatif à la notion de service public .....</b>	<b>98</b>
<b>§ 1. La prévalence d'une logique corporatiste dans la régulation des professions de santé .....</b>	<b>99</b>
A. Les organisations syndicales des professionnels de santé libéraux, une forme de corporatisme en dehors de l'Etat.....	100
1. L'idéologie d'opposition à l'action de l'Etat au centre de la formation du syndicalisme médical .....	101
2. L'idéologie d'opposition à l'action de l'Etat, structurant l'évolution du syndicalisme médical .....	105
B. Les ordres des professionnels de santé libéraux, une forme de corporatisme au sein de l'Etat.....	106
1. La complémentarité des ordres professionnels aux organisations syndicales dans la mission de régulation des professions de santé.....	107
2. La détermination problématique du statut juridique des ordres professionnels .....	111
<b>§.2 La régulation conventionnelle de l'offre de soins de ville par les organismes de l'Assurance Maladie.....</b>	<b>115</b>
A. La nature juridique ambivalente des conventions nationales des offreurs de soins de ville.....	116
1. La préservation de l'autonomie des offreurs de soins par le recours à la formule contractuelle.....	117
2. L'emprise de l'Etat sur le dispositif conventionnel, source de portée réglementaire des conventions .....	122
B. L'élargissement du champ matériel des conventions nationales des offreurs de soins de.....	124
1. La convention, instrument de maîtrise des dépenses de santé de de ville .	124
2. La convention, instrument d'intégration de l'offre de soins de ville au sein du système de santé .....	126

<b>Section 2.</b> Le poids des principes fondamentaux d'exercice libéral des professions de santé de ville .....	127
<b>§1. La convergence initiale des principes d'exercice libéral des professions de santé</b> .....	129
A. Les principes relatifs à la rémunération des professionnels de santé libéraux, source potentielle d'inégalités financières dans l'accès aux soins .....	130
1. Le principe d'entente directe sur les honoraires .....	130
2. Le principe du paiement direct des honoraires par le patient .....	132
3. Le principe de paiement à l'acte .....	133
B. La liberté d'installation des professionnels de santé libéraux, source potentielle des inégalités territoriales dans l'accès aux soins.....	134
<b>§2. L'altération progressive des principes d'exercice libéral des professions de santé</b> .....	136
A. L'évidement partiel des principes relatifs à la rémunération des professionnels de santé libéraux .....	137
1. La remise en cause du principe d'entente directe sur les honoraires .....	137
2. Vers la fin du principe du paiement direct des honoraires ? .....	141
3. Le développement des modes de paiement alternatifs au paiement à l'acte	144
B.L'altération impossible du principe de la liberté d'installation des professionnels de santé libéraux.....	146
1. L'exclusivité des mécanismes incitatifs de régulation territoriale de l'offre de soins de ville.....	147
2. La perspective écartée de mise en place de mécanismes coercitifs de régulation territoriale de l'offre de soins de ville.....	149
<b>Chapitre 2 - L'échec des tentatives fondées sur la notion de service public d'intégration des services de santé de ville dans le système de santé</b> .....	153
<b>Section 1.</b> La technique de recours ponctuel à la notion de service public dans le domaine de l'offre de soins de ville.....	155
<b>§1. Le contrat d'engagement de service public, une forme d'association des offreurs de santé de ville au service public</b> .....	156
A. L'association au service public, outil souple d'intégration des personnes privées à la satisfaction des besoins d'intérêt public .....	157
1. L'apparition initiale de la notion d'association au service public au sein des textes législatifs.....	158
2. La conceptualisation de la notion d'association au service public par la doctrine juridique .....	159
B. Les illustrations de la technique d'association au service public au sein du régime juridique du contrat d'engagement de service public .....	160
1. Le maintien de l'autonomie des personnes privées dans le cadre du contrat d'engagement de service public .....	161
2. Les contraintes de service public imposées aux personnes privées engagées dans le cadre du contrat d'engagement de service public .....	165
<b>§2. La permanence des soins ambulatoires, une mission de service public conférée aux médecins de ville</b> .....	168
A. L'inscription de la permanence des soins ambulatoires au sein d'une logique de service public .....	169

1.	La qualification législative de la permanence des soins ambulatoires en mission de service public.....	170
2.	La mise en place d'une nouvelle organisation de la permanence des soins ambulatoires en tant que dispositif de service public en matière de santé .....	173
a.	Le pilotage de la permanence des soins ambulatoires assuré par les agences régionales de santé.....	174
b.	La précision des modalités de prise en charge de la permanence des soins ambulatoires par les médecins de ville .....	175
B.	Les ambiguïtés du régime juridique de la permanence des soins ambulatoires	178
1.	La consécration du principe du volontariat des médecins dans la prise en charge de la mission de permanence des soins ambulatoires .....	179
2.	La solution contestable d'application d'un régime de responsabilité civile de droit privé aux médecins effecteurs de la permanence des soins ambulatoire	181
<b>Section 2.</b>	Le recours à la notion de service public comme mode d'organisation de l'offre de soins de ville.....	185
<b>§.1</b>	<i>L'effort imparfait d'organisation de l'offre de soins de ville sous l'égide de la notion de service public au sein de la réforme Bachelot de 2009</i> .....	186
A.	Les prémices d'une définition des soins de premier recours en droit français	186
1.	La notion de soins primaires en droit international confrontée à la notion de service universel en droit de l'Union Européenne .....	187
2.	La notion de soins de premier recours, une déclinaison de la notion de service universel en droit français .....	190
B.	L'intégration insuffisante de l'offre de soins de ville dans le champ de la notion de mission de service public .....	194
1.	La circonscription de la notion de mission de service public dans le champ hospitalier .....	196
2.	La double qualification de certaines activités en missions de soins de premier recours et en missions de service public.....	197
<b>§.2</b>	<i>La tentative avortée de mise en place de service public territorial de l'offre de soins de ville par la réforme Touraine de 2016</i> .....	201
A.	L'effort de mise en place de service public territorial de l'offre de soins de ville par le projet de loi de modernisation de notre système de santé .....	201
1.	La conceptualisation de la notion de service public territorial de santé par le rapport Devictor .....	202
2.	L'apparition de la notion de service territorial de santé au public dans le cadre du projet de loi de modernisation de notre système de santé .....	206
B.	L'abandon de l'approche de service public pour l'organisation de l'offre de soins de ville par la loi de modernisation de notre système de santé .....	210
1.	Les équipes de soins primaires, nouvel outil d'organisation des soins de premier recours .....	211
2.	Les communautés professionnelles territoriales de santé, nouvel outil de coordination territoriale de l'offre de soins de ville .....	213
	<b>CONCLUSION TITRE 1</b> .....	217
	<b>TITRE 2- LE SERVICE PUBLIC : FONDEMENT DEPASSE DU SYSTEME HOSPITALIER</b> .....	219



<b>Chapitre 1 - Les raisons explicatives de l'abandon de la notion de service public hospitalier</b> .....	223
<b>Section 1. L'affaiblissement progressif du lien institutionnel entre l'hôpital public et le service public</b> .....	225
<b>§1. Les établissements publics de santé à l'épreuve du paradigme de la performance</b> .....	226
A. La logique de performance économique appliquée à l'hôpital : la tarification à l'activité.....	227
1. Le régime de financement comme critère traditionnel d'identification du service public hospitalier .....	228
a. L'absence de corrélation entre le service public et le mode de financement	228
b. La spécificité originaire du financement du service public hospitalier ..	232
2. La tarification à l'activité, facteur d'atténuation du lien entre le service public hospitalier et le régime de financement .....	235
a. La tarification à l'activité, vecteur de la performance économique des établissements du service public hospitalier .....	235
b. La tarification à l'activité, vecteur de dépérissement de la spécificité du régime de financement des établissements du service public hospitalier .....	237
B. La logique de performance-qualité appliquée à l'hôpital : la procédure de certification.....	242
1. La pénétration de la démarche qualité dans la gestion des services publics	243
a. Le statut incertain de la qualité au sein du régime juridique des services publics .....	243
b. Les dimensions multiples de la démarche-qualité dans les services publics	245
2. La place prépondérante de la démarche qualité dans la gestion du service public hospitalier .....	247
a. Le formalisme de la procédure de certification des établissements de santé	248
b. La portée juridique ambiguë de la décision de certification .....	251
<b>§2. Les établissements publics de santé à l'épreuve du paradigme de la gouvernance</b> .....	256
A. La mutation de l'organisation administrative des établissements publics de santé .....	257
1. La collégialité, modèle classique d'administration de l'hôpital public conforme à une logique de service public .....	258
2. Les pouvoirs du directeur, clef de voûte du nouveau modèle de gouvernance de l'hôpital public inspiré par la logique de l'entreprise privée ..	259
B. Le déploiement d'une nouvelle gouvernance médicale des établissements publics de santé.....	265
1. Une nouvelle gouvernance médico-administrative sur la base des pôles d'activités.....	265
2. Une démarche apparente de déconcentration du pouvoir décisionnel vers les chefs de pôle .....	267

<b>Section 2.</b> La planification sanitaire, fondement alternatif à la notion de service public dans la construction du système hospitalier .....	270
<b>§ 1.</b> <i>Les mécanismes de sanction de la planification, instruments d'une régulation unifiée du système hospitalier</i> .....	272
A. La régulation par l'autorisation préalable de l'accès au système hospitalier	273
1. Un régime d'autorisation spécialement contraignant pour les établissements privés .....	274
a. Un régime restrictif de la liberté d'entreprendre des établissements de santé privés .....	274
b. L'autorisation sanitaire, source de sujétions supplémentaires pour les établissements de santé privés .....	277
2. L'autorisation sanitaire, objet de concurrence entre les établissements de santé.....	280
B. La régulation du fonctionnement du système hospitalier par les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens.....	282
1. L'affirmation du contrat comme instrument privilégié d'action de l'Etat-régulateur .....	283
a. La vision classique de la tutelle administrative .....	283
b. La nouvelle logique de contractualisation des rapports de régulation....	284
2. La portée des contrats pluriannuels d'objectifs et moyens comme instrument de régulation du fonctionnement du système hospitalier .....	286
a. La maîtrise de la gestion interne des établissements de santé par les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens .....	287
b. L'incertitude sur la nature juridique des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens.....	289
<b>§. 2</b> <i>La planification sanitaire, vecteur d'une démarche de coopération hospitalière public-privé</i> .....	293
A. La coopération hospitalière, projet historiquement fondée sur le service public hospitalier .....	294
1. La coopération hospitalière pour l'exécution du service public hospitalier	294
a. Les formules d'intégration des établissements de santé privés au service public hospitalier .....	295
b. La formule d'association au fonctionnement du service public hospitalier	298
2. La coopération hospitalière dans l'exécution du service public hospitalier	299
a. La coopération fonctionnelle entre les établissements du service public hospitalier .....	299
b. La coopération organique entre les établissements assurant le service public hospitalier .....	300
B. La dynamique d'une coopération hospitalière public-privé fondée sur la planification sanitaire .....	301
1. Les nouveaux objectifs de la coopération hospitalière dans le cadre de la planification sanitaire .....	302
a. La coopération hospitalière, outil de la politique de restructuration hospitalière .....	302

b. La coopération hospitalière public-privé, outil du maintien d'une offre de soins de proximité.....	304
2. Le détachement de la coopération hospitalière du champ du service public hospitalier .....	305
a. La promotion de la coopération public-privé en dehors de l'activité de soins .....	306
b. La promotion de la coopération public-privé pour la prise en charge de l'activité des soins : les groupements de coopération sanitaire .....	307
<b>Chapitre 2 – L'ambiguïté du rétablissement de la notion de service public hospitalier dans la loi.....</b>	<b>311</b>
<b>Section 1.</b> Les contradictions juridiques affectant la promotion de la notion de service public hospitalier .....	<b>314</b>
<b>§1. L'originalité du service public hospitalier : l'adoption d'une définition principalement formelle de la notion de service public .....</b>	<b>315</b>
A. Le régime juridique exorbitant, aspect inhérent à la notion de service public en matière de santé.....	316
1. Le régime juridique exorbitant de droit commun : conséquence ou critère d'identification du service public en droit français ? .....	316
2. La formation d'un régime juridique propre à la notion de service public dans le domaine de la santé.....	320
B. La définition du service public hospitalier par référence aux obligations de service public.....	324
1. L'enrichissement du régime juridique de la notion de service public hospitalier .....	324
2. La transposition imparfaite de la notion européenne d'obligation de service public .....	328
<b>§2. Le retour de certains aspects classiques du service public hospitalier : une rupture symbolique avec la notion de missions de service public .....</b>	<b>331</b>
A. L'évidement de l'approche matérielle du service public hospitalier.....	332
1. L'épanouissement initial de l'approche matérielle de la notion de service public dans le domaine de la santé .....	332
2. L'affaiblissement de la spécificité matérielle de la notion du service public hospitalier dans le cadre de la loi Touraine .....	336
B. La renaissance de l'approche organique du service public hospitalier.....	338
1. Le maintien de l'ouverture organique du service public hospitalier : la simplification des procédures d'intégration des établissements de santé privés .....	339
2. L'exclusion dans les faits des établissements de santé privés commerciaux de l'exécution du service public hospitalier .....	342
<b>Section 2.</b> La nouvelle notion de service public hospitalier, levier du seul secteur hospitalier public .....	<b>344</b>
<b>§ 1. Le risque de cloisonnement du système de santé induit par la création des groupements hospitaliers de territoire .....</b>	<b>345</b>
A. La priorisation de la coopération public-public au sein du système de santé .....	347
1. Une coopération fondée sur le service public hospitalier .....	347
2. Une coopération imposée .....	350

B.	La priorisation de l'offre hospitalière publique au sein du secteur hospitalier	353
1.	La logique de mutualisation au sein du groupement hospitalier de territoire	354
2.	Le rôle essentiel dévolu à l'établissement support.....	355
§. 2	<b><i>La coexistence problématique du service public hospitalier et du secteur de l'activité libérale dans les établissements publics de santé.....</i></b>	<b>357</b>
A.	La consolidation du secteur de l'activité libérale dans les établissements publics de santé.....	359
1.	La constance des arguments justifiant l'existence du secteur de l'activité libérale .....	359
2.	L'encadrement juridique du secteur de l'activité libérale .....	361
B.	L'interrogation sur la compatibilité entre le service public hospitalier et le secteur de l'activité libérale dans les établissements publics de santé .....	365
1.	Le maintien de l'activité libérale des praticiens hospitaliers publics dans le contexte de la réforme Touraine .....	365
2.	Les lacunes du dispositif juridique relatif au secteur de l'activité libérale dans les établissements publics de santé .....	367
	<b>CONCLUSION TITRE 2.....</b>	<b>371</b>

**PARTIE 2 L'EXTENSION DU REGIME DE SERVICE PUBLIC COMME INSTRUMENT D'ORGANISATION DU SYSTEME DE SANTE .....373**

***TITRE 1- LA TRANSFORMATION DE LA NOTION DE SERVICE PUBLIC DANS LE DOMAINE DE LA SANTE SOUS L'INFLUENCE DU DROIT DE L'UNION EUROPEEN .....377***

***Chapitre 1 - L'inclusion du système de santé dans le champ du marché intérieur .....381***

**Section 1. Le développement d'une approche entrepreneuriale des services sanitaires .....384**

***§1. Une approche confortée à l'aune de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union Européenne en matière de services d'intérêt économique générale .....385***

A. L'approche extensive de la notion de service d'intérêt économique général.....386

B. L'appréhension des services sociaux et sanitaires dans le champ de la notion de service d'intérêt économique général.....390

1. Les services sociaux et sanitaires : des services d'intérêt économique général de principe .....

2. L'exclusion des services à objet exclusivement social de la catégorie de services d'intérêt économique général .....

***§2. Une approche confortée à l'aune du modèle français d'organisation du système de santé.....395***

A. Le statut ambivalent des systèmes de santé au sein du marché intérieur.....396

1. Le caractère non économique des services sanitaires au sein des systèmes de santé nationaux .....

2. Le caractère économique des services sanitaires au sein des systèmes de santé assurantiels .....

B. La dimension économique du système de santé français.....400

1. Le cadre concurrentiel d'exercice des services sanitaires .....

2. Le double visage du service public hospitalier .....

<b>Section 2.</b>	L'influence limitée du marché intérieur en matière de santé .....	406
<b>§1.</b>	<i>La primauté de la compétence étatique en matière d'organisation du système de santé</i> .....	407
A.	Le périmètre limité de la compétence de l'Union Européenne dans le domaine de la santé .....	408
B.	La protection de la santé publique, justification potentielle des entraves au marché intérieur .....	411
<b>§2.</b>	<i>La prise en compte de la spécificité des services sanitaires au sein du marché intérieur</i> .....	414
A.	La consécration de la catégorie de services sociaux d'intérêt général .....	416
1.	La spécificité matérielle et fonctionnelle des services sociaux d'intérêt général au sein du marché intérieur .....	417
2.	L'application nuancée du droit de la concurrence aux services sociaux d'intérêt général .....	420
B.	La consolidation des financements publics dans le domaine de la santé .....	424
1.	Le principe de non qualification d'aides d'Etat des subventions publiques apportées aux services d'intérêt économique général .....	425
a.	L'exclusion des subventions publiques des services d'intérêt économique général du champ de la catégorie d'aides d'Etat .....	425
b.	Les justifications de la non qualification d'aide d'Etat des subventions publiques des services d'intérêt économique général .....	428
2.	Le traitement dérogatoire des subventions publiques octroyées aux services sanitaires d'intérêt général .....	430
<b>Chapitre 2</b>	<i>La réception de l'approche européenne fonctionnaliste en droit interne de la santé</i> .....	437
<b>Section 1.</b>	L'intégration de l'approche européenne fonctionnaliste dans la législation sanitaire .....	439
<b>§1.</b>	<i>La notion de missions de service public introduite par la loi Bachelot de 2009</i> .....	440
A.	La transposition du concept de service d'intérêt économique général dans le domaine de la santé .....	441
1.	La nouvelle définition de la notion de service public en matière de santé .....	442
2.	La transposition de certains concepts attachés à la notion de service d'intérêt économique général .....	444
a.	La transposition du concept du service universel .....	444
b.	La transposition de l'exigence de mandatement public .....	445
B.	L'originalité d'une approche fragmentée de la notion de service public en matière sanitaire .....	448
<b>§2.</b>	<i>La nouvelle approche du service public hospitalier comme bloc d'obligations de service public introduite par la réforme Touraine de 2016</i> .....	451
A.	Une approche véhiculée par le droit de l'Union Européenne .....	452
B.	Une transposition de « façade » de l'approche européenne de service d'intérêt général .....	456
<b>Section 2.</b>	L'affermissement des éléments structurels du système de santé français par le droit de l'Union Européenne .....	460
<b>§1.</b>	<i>La consolidation de l'association de tous les offreurs de soins à l'exécution des missions de service public en matière sanitaire</i> .....	461

A. La prise en charge des missions de service public par des personnes privées, un principe ancré en droit français.....	462
B. Le droit de l'Union Européenne, vecteur du mode de prise en charge partagée des missions de service public de santé par tous les offreurs de soins .....	465
<b>§2. La non remise en cause de la formule de l'établissement public en matière de santé .....</b>	<b>468</b>
A. L'ambiguïté des liens entre la notion d'établissement public et la notion de service public en droit administratif général .....	469
B. Le statut d'établissement public, facteur de préservation de la place maîtresse des établissements publics de santé au sein du système de santé français.....	472
<b>CONCLUSION TITRE 1.....</b>	<b>477</b>
<b>TITRE 2 - LA DILUTION DE LA NOTION DE SERVICE PUBLIC PAR DIFFUSION D'ELEMENTS DE SON REGIME AU SEIN DU SYSTEME DE SANTE.....</b>	<b>479</b>
<b>Chapitre 1 - Le dépassement de la notion de service public par l'introduction de la notion de système de santé.....</b>	<b>483</b>
<b>Section 1. La force inspiratrice du service public dans la construction du statut de l'utilisateur du système de santé .....</b>	<b>485</b>
<b>§ 1. La consécration des droits individuels des usagers du système de santé .....</b>	<b>487</b>
A. L'absorption du régime juridique du service public dans les droits généraux des usagers du système de santé .....	489
1. Le droit à l'égal accès aux soins .....	490
a. L'interdiction des refus discriminatoires de soins comme instrument principal de la protection du droit à l'égal accès aux soins.....	490
b. Les lacunes persistantes du dispositif juridique dans la lutte contre les refus de soins fondés sur le mode de protection sociale des personnes.....	492
2. Le droit à la continuité des soins.....	493
3. Le droit à l'adaptabilité des soins .....	496
B. L'unification du régime juridique des droits des patients au sein de la relation du soin.....	498
1. Le déploiement d'un processus d'autonomisation juridique des patients au sein de la relation du soin .....	499
2. La prééminence quasi-absolue des patients au sein de la relation du soin	502
a. La logique de participation des patients dans l'adoption de la décision médicale via le mécanisme de la codécision .....	503
b. L'affirmation du droit au refus de soins .....	505
<b>§ 2. L'aménagement de la participation collective des usagers à l'organisation et au fonctionnement du système de santé.....</b>	<b>507</b>
A. La généralisation de la participation collective des usagers du système de santé .....	509
1. Les dimensions multiples de la participation collective des usagers du système de santé.....	509
2. Le mécanisme de la représentation comme mode d'expression de la participation collective des usagers du système de santé .....	511
B. La recherche de renforcement de l'efficacité de la participation collective des usagers du système de santé .....	515
1. L'existence de facteurs d'affaiblissement de la portée de la participation collective des usagers du système de santé.....	515

2. L'amélioration partielle de la participation collective des usagers du système de santé.....	518
a. Le niveau territorial comme pivot de la participation collective des usagers du système de santé.....	518
b. Le renforcement de la participation des usagers du système de santé dans la gestion des établissements de santé .....	521
<b>Section 2.</b> L'émergence d'un régime juridique d'essence de service public applicable à l'organisation de l'offre de soins .....	523
<b>§ 1. L'aménagement de la régulation de l'offre de soins par les agences régionales de santé</b> .....	526
A. L'affirmation des agences régionales de santé comme des instances de régulation de l'offre de soins .....	528
1. Le rôle de régulateurs des agences régionales de santé conforté par le recours à la formule institutionnelle de l'agence .....	528
2. Le défaut de statut indépendant des agences régionales de santé, expression de la spécificité de la régulation dans le champ sanitaire.....	531
B. L'affirmation de la planification sanitaire comme instrument matériel de régulation de l'ensemble de l'offre de soins .....	537
1. L'originalité de la planification de l'offre de soins hospitalière : un caractère impératif.....	538
2. L'inefficacité de planification de l'offre de soins de ville : un caractère incitatif.....	542
<b>§2. L'aménagement d'une coordination de l'offre de soins sur la base de la coopération entre les offreurs de soins</b> .....	545
A. La multiplication d'outils de coopération sanitaire .....	546
1. La fragilité initiale des formules de coopération sanitaire .....	547
a. Le bilan contrasté des réseaux de santé .....	547
b. Les limites des formules de coopération mises en place par la loi du 26 janvier 2016.....	549
2. L'effort d'approfondissement de la coopération sanitaire territoriale par la loi du 24 juillet 2019 .....	550
B. Vers l'introduction de nouvelles modalités de financement des offreurs de soins, adaptées à la démarche de coopération sanitaire .....	554
1. La démarche d'harmonisation des modes de financement des offreurs de soins.....	554
2. L'expérimentation des modes de financement commun aux offreurs de soins.....	557
<b>Chapitre 2 - La notion de service au public : vecteur des exigences de service public au sein du système de santé</b> .....	561
<b>Section 1.</b> La notion de service au public, notion alternative adaptée aux caractéristiques du système de santé.....	563
<b>§1. Une notion adaptée à la nature hybride du système de santé français</b> .....	565
A. La référence à un ensemble de services de base.....	565
B. L'indifférence du statut juridique des opérateurs et des activités .....	568
<b>§2. Une notion adaptée à la démarche de territorialisation du système de santé français</b> .....	570

A. La territorialisation administrative du système de santé : le principe d'un pilotage régional déconcentré.....	571
B. La territorialisation technique du système de santé : le recours aux territoires ad hoc pour l'organisation de l'offre de soins .....	575
<b>Section 2.</b> L'adaptation des éléments du régime juridique de la notion de service au public aux exigences du système de santé .....	578
<b>§1. L'intérêt de la notion de service au public pour l'amélioration de l'accessibilité tarifaire des services de santé</b> .....	579
A. Le principe d'accessibilité tarifaire, nouvelle alternative à la gratuité des services publics.....	579
B. L'accessibilité tarifaire, principe inhérent au service public en matière de santé .....	581
<b>§2. L'intérêt de la notion de service au public pour l'amélioration de l'accessibilité territoriale des services de santé</b> .....	584
A. La notion de service au public, instrument essentiel de la politique d'aménagement du territoire .....	585
B. Le rôle de la notion de service au public pour le maintien d'une offre de soins de proximité.....	588
<b>Section 3.</b> L'aménagement de structures dédiées à la prise en charge des services au public en matière de santé .....	594
<b>§1. La promotion de structures ambulatoires de prise en charge collective des soins de premier recours</b> .....	596
A. Les avantages du modèle de prise en charge collective des soins de premier recours.....	598
1. Un modèle adapté aux évolutions des modes d'exercice des professions de santé de premier recours .....	598
2. Un modèle bénéfique pour la prise en charge des usagers du système de santé.....	601
B. La mise en avant des formules de prise en charge collective des soins de premier recours par la législation sanitaire .....	603
1. Les centres de santé : structures de soins de ville à vocation de service public .....	603
2. Les maisons de santé : structures d'exercice collectif et libéral de l'offre de soins de premier recours .....	606
<b>§2. La réhabilitation des hôpitaux de proximité pour la prise en charge des soins hospitaliers de premier recours</b> .....	610
A. La mise en œuvre d'une approche de service au public au travers des hôpitaux de proximité.....	611
1. La définition exclusivement matérielle des hôpitaux de proximité .....	611
2. Le régime financier dérogatoire à la tarification à l'activité appliqué aux hôpitaux de proximité, signe de leur spécificité au sein du système hospitalier	614
B. Le renforcement progressif du rôle des hôpitaux de proximité au sein du système de santé .....	616
1. Le rôle initialement limité des hôpitaux de proximité .....	617
a. La définition restrictive des activités des hôpitaux de proximité .....	618
b. Les hôpitaux de proximité cantonnés à une logique assistantielle .....	619



2. La redynamisation des hôpitaux de proximité par la réforme du 24 juillet 2019 .....	620
<i>CONCLUSION TITRE 2</i> .....	623
<b>CONCLUSION GENERALE</b> .....	<b>625</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	<b>631</b>
<b>INDEX ALPHABETIQUE</b> .....	<b>657</b>