

PRINCIPE DE SPÉCIALITÉ ET EXERCICE DE LA MISSION DE RECHERCHE PAR LES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS DE SANTÉ

SPECIALITY PRINCIPLE AND EXERCISE OF SEARCH MISSION BY PUBLIC HEALTH INSTITUTIONS

Par **Rodolphe BOURRET***, **François VIALLA****, **Laurent BOURGUE*****,
Eric MARTINEZ**** & **Maître Delphine JAAFAR*******

RÉSUMÉ

Les établissements publics de santé sont soumis au principe de spécialité, selon lequel ils doivent respecter le cadre de la mission que leur assignent les textes. Ce principe emporte une limitation des véhicules juridiques auxquels ces établissements peuvent recourir dans le but de développer des coopérations ou de valoriser leurs activités de recherche. Ils ne sauraient par conséquent intégrer une société par action simplifiée ou apporter leur concours à une telle structure par l'intermédiaire d'une fondation ou d'une association dès lors susceptible d'être qualifiée de transparente.

* Directeur général adjoint, Directeur de la Recherche et de l'Innovation - CHRU de Montpellier, Structure Fédérative de Recherche ASMES, Docteur des universités, HDR Droit Montpellier.

** Professeur de Droit, Directeur du Centre Européen d'Etudes et de Recherche Droit & Santé, UMR 5815, Université de Montpellier.

*** Juriste, Direction des Affaires Juridiques, CHRU de Montpellier.

**** Directeur des Affaires Juridiques, Directeur adjoint de la Recherche et de l'Innovation - CHRU de Montpellier, Structure Fédérative de Recherche ASMES, Docteur en Droit, HDR Pau Droit public.

***** Avocat Associé Bismuth Avocats, Ancien Secrétaire de la Conférence du Barreau de Paris.

Contact : Chloé Giquel, Assistante de recherche juridique et éthique, Structure Fédérative de Recherche, Direction de la Recherche et de l'Innovation, CHRU de Montpellier - c.giquel@chu-montpellier.fr

MOTS-CLÉS

Principe de spécialité, Etablissement public de santé, Société par action simplifiée, Fondation, Association, Fonds de dotation.

SUMMARY

Public health institutions are subject to the speciality principle, that they must respect the framework of the mission assigned to them by legislation.

This principle involves a limitation of the legal means that these establishments may use to develop cooperation and enhance their research activities.

Therefore, they cannot incorporate a simplified joint stock company or support it to such a structure through a foundation or association. Then, it would be susceptible to be described as transparent.

KEYWORDS

Speciality principle, Public health institutions, Simplified joint stock company, Foundation, Association, Endowment fund.

Le principe de spécialité « *gouverne l'activité de toute personne morale, publique ou privée, à l'exception nécessaire de l'Etat* » (1), rappelle le professeur R. Chapus dans son célèbre « Manuel de droit administratif » (2). C'est en effet à l'égard des « institutions spécialisées » que ce principe déploie toute sa dimension. Par conséquent, les établissements publics y sont soumis en raison de la nature même de leur mission, qui consiste à assurer la gestion de services déterminés. La rigueur du principe est particulièrement sensible à l'égard des établissements chargés d'exercer une activité administrative par comparaison avec les entreprises publiques.

Même si la spécialité d'un établissement public peut être largement définie, à l'exemple des chambres de commerce sur la base de la loi du 9 avril 1898 (3), l'établissement doit respecter le cadre de la mission qui lui est assignée par les textes et s'y tenir (4). Le Conseil d'Etat le pose dès 1906 (5) par un arrêt selon lequel les caisses des écoles publiques ne peuvent avoir pour objet de faciliter la fréquentation des écoles privées (6).

Le principe de spécialité emporte une conséquence non négligeable dans le domaine des libéralités assorties de charges. En effet, la jurisprudence du Conseil d'Etat interdit à un établissement public d'accepter un don sous condition, d'assumer une charge contraire au respect de sa mission et de sa spécialité, comme un legs fait à un bureau de bienfaisance sous condition d'utilisation à des fins d'enseignement (7).

Se pose néanmoins, davantage encore pour les entreprises publiques que pour les établissements publics, la question de la souplesse d'interprétation du principe de spécialité dans des domaines considérés comme des « *activités connexes (en rapport étroit) à l'activité principale* » (8). Ainsi, une entreprise publique a-t-elle la possibilité d'étendre et de diversifier une activité commerciale principale, voire même d'exercer d'autres activités, à condition que ces activités soient susceptibles de se rattacher « *directement ou indirectement* » à l'activité commerciale (9). La loi du 3 janvier 1994 (10) a même autorisé les établissements

publics industriels et commerciaux de l'Etat à s'associer à une société par actions simplifiée.

Or, selon le Conseil d'Etat (11), « *Le principe de spécialité qui s'applique à un établissement public tel qu'EDF et GDF signifie que la personne morale, dont la création a été justifiée par la mission qui lui a été confiée, n'a pas de compétence générale au-delà de cette mission. Il n'appartient pas à l'établissement d'entreprendre des activités extérieures à cette mission ou de s'immiscer dans de telles activités.*

Si ce principe de spécialité invite, pour déterminer la nature des activités confiées à l'établissement, à se reporter à ses règles constitutives, telles qu'elles ont été définies en l'espèce par la loi, il ne s'oppose pas par lui-même à ce qu'un établissement public, surtout s'il a un caractère industriel et commercial, se livre à d'autres activités économiques à la double condition :

- *d'une part que ces activités annexes soient techniquement et commercialement le complément normal de sa mission statutaire principale, en l'occurrence de la production, du transport, de la distribution et de l'importation et exportation d'électricité et de gaz ou au moins connexe à ces activités,*
- *d'autre part que ces activités soient à la fois d'intérêt général et directement utiles à l'établissement public notamment par son adaptation à l'évolution technique, aux impératifs d'une bonne gestion des intérêts confiés à l'établissement, le savoir-faire de ses personnels, la*

(6) Voir thèse de doctorat en droit public soutenue le 27 janvier 2011 par J.-A. Amedro, « Le juge administratif et la séparation des églises et de l'Etat sous la III^e République » : « (...) la distinction faite par l'article 7 de la loi de 1905 entre les biens affectés au culte et ceux qui sont affectés à un but étranger au culte s'explique par la volonté du législateur de faire respecter le principe de spécialité des établissements publics. Longtemps inappliqué dans la pratique administrative, particulièrement en matière de cultes, le principe est réaffirmé par le Conseil d'Etat en 1881 par trois avis des 13 avril, 13 juillet et 4 mai*. (...) La Séparation est l'occasion de mettre de l'ordre dans [les] pratiques du XIX^e siècle**. Outre le respect de l'orthodoxie du droit administratif, l'article 7 de la loi de 1905 est aussi justifié par les considérations plus théoriques, développées notamment par Paul Grunebaum-Ballin. Selon lui, il y a une spécificité des personnes morales dont les biens sont affectés à la satisfaction d'un besoin ou d'un intérêt collectif, général ou moral. L'Etat étant par nature le gardien des intérêts collectifs et généraux, il dispose à ce titre du pouvoir de contrôler le respect de l'affectation, mais aussi de la faire cesser si l'intérêt général le commande, même si les biens proviennent d'une donation avec charge d'une personne privée***.

* Voir Paul Grunebaum-Ballin, *La séparation des Eglises et de l'Etat, étude juridique*, 2^e éd, Paris, 1905, p. 116.

** Paul Grunebaum-Ballin, *La séparation des Eglises et de l'Etat, étude juridique*, 2^e éd, Paris, 1905, p. 116.

*** Paul Grunebaum-Ballin, *La séparation des Eglises et de l'Etat, étude juridique*, 2^e éd, Paris, 1905, p. 112. »

(7) C.E., 10 août 1917, Commune de Vivonne, p. 634, R. Chapus, *op. cit.*, p. 378.

(8) Ph. Foillard, « Droit administratif », manuel, C.P.U., année universitaire 2001-2002.

(9) Ph. Foillard, *op. cit.*

(10) Loi 94-1 du 3 janvier 1994 instituant la société par actions simplifiée, JO n° 2 du 4 janvier 1994 page 129.

(11) Conseil d'Etat, Section des travaux publics, 7 juillet 1994, n° 356089.

(1) C.E., 29 avril 1970, n° 77935, Soc. Unipain : « considérant que le principe de spécialité, qui concerne les personnes morales de droit public ayant une compétence limitée ou précisée par les textes les instituant, ne peut être utilement invoqué à l'encontre des services non spécialisés de l'Etat »...
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000007642519&fastReqId=1514172304&fastPos=1>

(2) R. Chapus, « Droit administratif général », tome 1, Montchrétien, 15^e édition, p. 377.

(3) <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGI-TEXT000006071119&dateTexte=20000920>

(4) R. Chapus, *op. cit.*

(5) C.E., 22 mai 1906, Caisse des écoles du 6^{ème} arrondissement de Paris, S. 1905.3.33, 1^{er} esp., note M. Hauriou.

vigueur de sa recherche et la valorisation de ses compétences, tous moyens mis au service de son objet principal.

Ces critères valent, pour la spécialité, quelle que soit la méthode de diversification retenue : par l'établissement lui-même, par une filiale à contrôle majoritaire de l'établissement ou par une participation minoritaire. »

Le principe de spécialité s'entend également largement pour les établissements publics territoriaux, regroupements de collectivités territoriales, dont la diversité des missions exercées les apparente à « une catégorie hybride entre l'établissement public et la collectivité territoriale » (12).

Le présent article envisage les modalités d'application du principe de spécialité à l'égard des établissements publics de santé dans le cadre de l'exercice de leur mission de recherche, conformément à l'article L. 6112-1-4° du code de la santé publique. Le développement des coopérations entre les différents acteurs (publics et privés) de la recherche et la poursuite d'une valorisation des travaux et politiques de recherches peuvent conduire un Centre Hospitalier Universitaire à prendre part à des structures dont la nature et l'objet constituent un risque juridique important au regard du principe de spécialité. Si les sociétés par actions simplifiées ne constituent pas, selon nous, un véhicule juridique que les établissements publics de santé sont susceptibles d'emprunter (I), d'autres voies ne peuvent être utilisées qu'avec prudence (II).

I. DE LA PARTICIPATION D'UN ÉTABLISSEMENT PUBLIC DE SANTÉ (EPS) À UNE SOCIÉTÉ PAR ACTION SIMPLIFIÉE (SAS)

En instituant la société par actions simplifiée par la loi 94-1 du 3 janvier 1994 (13), le législateur a voulu créer un instrument souple, une société de sociétés, que la loi 99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche (14) devait modifier en l'ouvrant à toute personne physique ou morale et en autorisant la création de sociétés par actions simplifiées unipersonnelles. La loi 2008-776 du 4 août 2008 sur la modernisation de l'économie (15) a par la suite supprimé l'exigence d'un capital social minimum et autorisé les apports en industrie, la rapprochant de ce fait du modèle de la SARL (16).

(12) Ph. Foillard, *op. cit.*, p. 119, et loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, JO n° 33 du 8 février 1992 page 2064 selon laquelle les attributions et les règles de fonctionnement des communautés urbaines sont « identiques à celles des collectivités territoriales ».

(13) JO du 4 janvier 1994, page 129.

(14) JO du 13 juillet 1999 page 10396.

(15) JO du 5 août 2008 page 12471.

La loi du 3 janvier 1994 précitée a prévu, au premier alinéa de l'article 1^{er}, que « Les établissements publics de l'Etat qui ont une activité industrielle ou commerciale et ne sont pas soumis aux règles de la comptabilité publique peuvent être associés d'une société par actions simplifiée. »

Or, les établissements publics de santé sont eux définis à l'article L. 6141-1 du Code de la santé publique (17) comme des personnes morales de droit public dotées de l'autonomie administrative et financière dont l'objet principal n'est ni industriel, ni commercial.

Les missions des établissements publics de santé se rattachent principalement à des missions de diagnostic et de soin (art. L. 6111-1 (18), L. 6111-2 (19) et 6112-1 du Code de la santé publique). Les missions des établissements publics de santé sont ensuite celles qui sont attribuées au service public que ces établissements sont tenus d'assurer (L. 6112-1 du Code de la santé publique).

En application du principe de spécialité, un établissement public de santé ne peut exercer que les missions attribuées et définies par la loi. Ainsi, conformément à l'article L. 6145-7 du Code de la santé publique (dans

(16) J. Paillusseau, A. Theimer, A. Outin-Adam, S. Bienvenu, A.-M. Reita-Tran, « Société par action simplifiée et autres formes sociales – Tableaux comparatifs », JurisClasseur Sociétés Formulaire, Cote : 05,2010, 01 Juillet 2010.

(17) Article L. 6141-1 du code de la santé publique : « Les établissements publics de santé sont des personnes morales de droit public dotées de l'autonomie administrative et financière. Ils sont soumis au contrôle de l'Etat dans les conditions prévues par le présent titre. Leur objet principal n'est ni industriel ni commercial. »

Le ressort des centres hospitaliers peut être communal, intercommunal, départemental, régional, interrégional ou national. Ils sont créés par décret lorsque leur ressort est national, interrégional ou régional et par arrêté du directeur général de l'agence régionale de santé dans les autres cas. A Saint-Barthélemy et à Saint-Martin, il est territorial.

Les établissements publics de santé sont dotés d'un conseil de surveillance et dirigés par un directeur assisté d'un directoire. »

(18) Article L. 6111-1 du code de la santé publique : « Les établissements de santé publics, privés et privés d'intérêt collectif assurent, dans les conditions prévues par le présent code, le diagnostic, la surveillance et le traitement des malades, des blessés et des femmes enceintes. »

Ils délivrent les soins avec hébergement, sous forme ambulatoire ou à domicile, le domicile pouvant s'entendre du lieu de résidence ou d'un établissement avec hébergement relevant du code de l'action sociale et des familles.

Ils participent à la coordination des soins en relation avec les membres des professions de santé exerçant en pratique de ville et les établissements et services médico-sociaux, dans le cadre défini par l'agence régionale de santé en concertation avec les conseils généraux pour les compétences qui les concernent.

Ils participent à la mise en œuvre de la politique de santé publique et des dispositifs de vigilance destinés à garantir la sécurité sanitaire.

Ils mènent, en leur sein, une réflexion sur l'éthique liée à l'accueil et la prise en charge médicale. »

(19) Article L. 6111-2 du code de la santé publique : « Les établissements de santé élaborent et mettent en œuvre une politique d'amélioration continue de la qualité et de la sécurité des soins et une gestion des risques visant à prévenir et traiter les événements indésirables liés à leurs activités. »

Dans ce cadre, ils organisent la lutte contre les événements indésirables, les infections associées aux soins et l'iatrogénie, définissent une politique du médicament et des dispositifs médicaux stériles et mettent en place un système permettant d'assurer la qualité de la stérilisation des dispositifs médicaux. »

sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2010-177 du 23 février 2010 de coordination avec la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires) « *sans porter préjudice à l'exercice de leurs missions, les établissements publics de santé peuvent, à titre subsidiaire, assurer des prestations de service, valoriser les activités de recherche et leurs résultats et exploiter des brevets et licences dans le cadre de services industriels et commerciaux* ».

Sur le fondement de ces dispositions, la Cour administrative d'appel de Nantes, par un arrêt du 29 mars 2000 (Centre Hospitalier de Morlaix, n° 97NT00451), a annulé une convention de coopération en considérant qu'une activité de blanchisserie « *ne pouvait être regardée comme relevant des prestations de service qui peuvent être assurées, à titre subsidiaire, dans le respect de leurs missions, par les établissements publics de santé* ».

Il s'agit là d'une application extrêmement rigoureuse du principe de spécialité réalisée par la Cour administrative d'appel de Nantes (20) pouvant être considérée comme niant la nature des activités subsidiaires qu'un Centre hospitalier peut assurer.

A noter qu'il semble envisageable qu'un Centre hospitalier crée, dans l'intérêt de ses usagers, un salon de soins esthétiques et de coiffure (Rép. min. n° 13296 : JO Sénat Q 11 mars 1999, p. 804).

Une analyse plus large de la jurisprudence (au-delà des seuls établissements publics de santé) permet de déterminer ce qui peut être envisageable.

Très classiquement, une activité économique annexe peut constituer le complément normal d'un service public si elle permet, par sa prise en charge, d'assurer le « *bon fonctionnement* » dudit service, de le faire fonctionner dans des « *conditions normales* ».

C'est ainsi que :

- la cité universitaire constitue un complément du service public de l'enseignement au double titre qu'elle « *a pour objet d'assurer aux étudiants les meilleures conditions d'existence matérielle, intellectuelles et morales, et de favoriser le rapprochement des élites de tous les pays* » (CE, ass., 27 févr. 1942, Mollet, Rec. p. 64) ;
- la création d'une entreprise de fabrication et de vente de glace en vue de permettre au service de l'abattoir public de fonctionner conformément aux prescriptions réglementaires constitue « *le complément du service de l'abattoir public* » (CE, sect., 12 avr. 1935, SA glaciers toulousaines et Bazacle, Rec. p. 511).

A contrario :

- un OPAC ne peut décider la création d'une société d'économie mixte locale acceptant d'y prendre une participation majoritaire et autorisant l'engagement

de sa procédure institutive (CAA Marseille, 12 février 2007, Préfet du Var c/ OPAC du Var Habitat, n° 06MA02263).

Il sera enfin précisé que lors de l'examen de la loi Fourcade (ayant conduit à l'adoption de la 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), un projet d'amendement avait été déposé avec pour objet de réécrire l'article L.6145-7 du Code de la santé publique afin d'autoriser les établissements publics de santé à « *prendre des participations et à créer des filiales* ».

L'Assemblée nationale a rejeté un tel amendement en indiquant que « *les établissements publics de santé n'étaient pas des établissements industriels et commerciaux* » et que « *l'entreprise et l'hôpital avaient deux objectifs distincts, pour ne pas dire contradictoires : la recherche du profit pour l'une et la recherche du bien commun pour l'autre* ».

L'article 42 du projet de loi pour la croissance et l'activité, ou « loi Macron » autorise certains hôpitaux à créer des filiales pour mieux valoriser leur expertise à l'international et dans le champ de l'innovation. L'exposé de motifs indique que « la modernisation de la gestion hospitalière souhaitée par les pouvoirs publics semble à l'expérience requérir des dispositifs plus appropriés que les seuls instruments actuellement prévus le code de la santé publique. » Les domaines sont expressément visés sont « l'offre d'expertise médicale à l'international et la mise en œuvre, des actions de recherche médicale et plus généralement, de la valorisation industrielle et commerciale des résultats de la recherche ». Comme l'indique l'exposé des motifs, « l'objectif de l'article est d'introduire dans la loi la faculté pour les établissements publics de santé, dans le respect du principe de spécialité, d'exercer des activités subsidiaires à leurs activités principales, de manière lisible, souple, professionnalisée et plus réactive, dans les domaines de l'expertise internationale et la valorisation des brevets. Il n'est d'ailleurs pas contestable que cette possibilité leur permettrait de faciliter leurs relations avec les partenaires industriels extérieurs. Cette faculté s'exercerait à la suite d'une délibération en ce sens du Conseil de surveillance de l'établissement, soumise au contrôle de légalité du directeur général de l'agence régionale de santé dans les conditions de l'article L. 6143-4 du code de la santé publique. »

Le législateur n'a pas expressément autorisé les établissements publics de santé, au demeurant soumis au principe de spécialité en vertu duquel ils ne peuvent légalement agir que dans le cadre des compétences qui leur sont expressément reconnues par l'acte qui les a institués, à participer au capital de société commerciale.

Par conséquent, un EPS n'a pas la possibilité de participer à une SAS.

(20) L'arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes n'a pas fait l'objet d'un pourvoi en cassation.

(21) JO n° 0185 du 11 août 2011 p. 13754.

Toutefois, soucieux de développer des partenariats publics et privés dans le but renforcer la dynamique de la recherche et de développer ses capacités de valorisation dans ce domaine, un tel établissement pourrait-il envisager d'autres modalités de rapprochement en lien avec une SAS ?

II. DES VOIES DE COOPÉRATION CONDITIONNELLES

D'autres voies sont susceptibles d'être empruntées, à condition qu'elles n'aient pas pour but de contourner le principe de spécialité.

II.1. Sur l'apport par un CHRU d'une somme à une fondation dans le but que cette fondation reverse cette somme à une SAS

L'article L. 6141-7-3 du Code de la santé publique, tel qu'issu de l'article 8 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, modifié par l'article 20 de la loi n° 2011-940 du 10 août 2011 (21), définit la fondation hospitalière :

« Les établissements publics de santé peuvent créer une ou plusieurs fondations hospitalières, dotées de la personnalité morale, résultant de l'affectation irrévocable à l'établissement intéressé de biens, droits ou ressources apportés par un ou plusieurs fondateurs pour la réalisation d'une ou plusieurs œuvres ou activités d'intérêt général et à but non lucratif, afin de concourir aux missions de recherche mentionnées à l'article L. 6112-1.

Les statuts des fondations hospitalières sont approuvés par décret. Ils définissent les conditions dans lesquelles une partie de la dotation peut être affectée à l'activité de la fondation.

Ces fondations disposent de l'autonomie financière.

Les règles applicables aux fondations d'utilité publique, prévues notamment par la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat, s'appliquent aux fondations hospitalières sous réserve des dispositions du présent article.

La fondation hospitalière est administrée par un conseil d'administration composé de représentants des établissements publics fondateurs. Les statuts peuvent en outre prévoir la présence de personnalités qualifiées. La fondation est soumise au contrôle du directeur général de l'agence régionale de santé ».

Les statuts de ces fondations sont approuvés par le conseil de surveillance de l'établissement public de santé. Le décret n° 2014-956 du 21 août 2014 relatif aux fondations hospitalières (22) détermine « les règles de création et de fonctionnement des fondations hospitalières, c'est-à-dire

de fondations créées par un ou des établissements publics de santé et, le cas échéant, associant des acteurs publics ou privés de la recherche clinique. Il précise à ce titre les règles générales de ces nouvelles fondations, les modalités du contrôle de l'Etat, ainsi que les règles applicables en matière financière, de ressources humaines et de comptabilité ».

Le nouvel article R. 6141-61 du code de la santé publique dispose que : « *La dotation de la fondation est constituée par des apports des membres fondateurs en biens matériels et immatériels, en droits ou en ressources définies par les statuts.*

La dotation est consomptible pour partie selon des modalités précisées à l'article R. 6141-62.

Elle peut être accrue des dons et des legs et d'une fraction de l'excédent des ressources annuelles.

Toute augmentation de la dotation est approuvée par le conseil d'administration.»

L'article R. 6141-62 prévoit que : « *Les ressources annuelles de la fondation sont composées :*

1° Du revenu de la dotation ;

2° De la fraction consomptible de la dotation fixée par les statuts dans la limite annuelle de 20 % de la dotation. La part non consommée de la dotation ne peut être inférieure à 10 % de la dotation initiale ou, pour les fondations dont la dotation est supérieure à 10 millions d'euros, à un million d'euros ;

3° De produits financiers ;

4° Du produit des dons et legs ;

5° De subventions d'organisations internationales, de l'Etat et des collectivités publiques ;

6° Du produit de ventes et rémunérations pour services rendus ;

7° Des revenus tirés de la propriété intellectuelle ;

8° Des crédits de fonctionnement que lui affectent les membres fondateurs. »

S'agissant des règles applicables aux fondations d'utilité publique, on peut relever que la fin désintéressée que doit avoir une fondation n'interdit pas qu'elle réalise des opérations commerciales ou industrielles, si le bénéfice qu'elle en retire lui permet de mieux atteindre son objet (Cons. préf. Lille, 16 janv. 1952 : Gaz. Pal. 1952, 1, p. 226). La question s'est posée de savoir si, dans cette hypothèse, il ne convenait pas d'imposer aux fondations de s'inscrire au registre du commerce. La section de l'intérieur du Conseil d'État a estimé qu'il y « *aurait contradiction à imposer une telle obligation à des établissements qui sont par définition et par vocation absolument désintéressés* ». Si la fondation réalise des bénéfices, le Conseil d'État souhaite que le dixième au moins de l'excédent des recettes soit affecté à la dotation. Pour des raisons fiscales, la fondation peut même créer une société commerciale chargée de gérer certains de ses services, à la condition que l'objet de la société soit compatible avec celui de la fondation. Une telle société ne saurait être une société en nom collectif, car cela donnerait la qualité de commerçant à la fondation, qualité qui serait inacceptable pour une œuvre à but désintéressé. Et encore,

(22) JO n° 0194 du 23 août 2014.

la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 a introduit dans la loi de 1987 un article 18-3 aux termes duquel, dans le cadre d'une opération de cession ou de transmission d'entreprise, une fondation reconnue d'utilité publique peut recevoir des parts sociales ou des actions d'une société ayant une activité industrielle ou commerciale, sans limitation de seuil ou de droits de vote, à la condition que soit respecté le principe de spécialité de la fondation.

Il semble donc qu'une fondation d'utilité publique, et dès lors une fondation hospitalière, peut participer à une société commerciale sous réserve que soit respecté le principe de spécialité de la fondation.

Une telle participation s'inscrit parfaitement dans le cadre des modifications apportées par la loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 à la loi du 3 janvier 1994 sur les Sociétés par actions simplifiées (SAS) permettant à toute personne physique ou morale d'être associée d'une SAS.

Une fondation hospitalière peut donc participer à une SAS.

Cependant il convient d'être clair sur le montage envisagé. En effet, la question en l'espèce n'est pas celle de la possibilité juridique de la participation d'une fondation hospitalière à une SAS, mais celle du vecteur qu'elle peut constituer entre l'établissement public de santé, son fondateur, et la SAS au sein de laquelle ce dernier ne peut pas participer.

L'apport par un EPS d'une somme à une fondation aux seules fins que cette fondation reverse cette somme à une SAS rend transparente la fondation hospitalière qui n'est alors qu'un outil, aux mains de l'établissement public de santé, lui permettant de passer outre son interdiction juridique de participation au sein d'une SAS.

Il s'agit bien en l'espèce de prendre en considération le risque de l'application de *la théorie des associations transparentes*.

La fondation ne constitue plus une affectation irrévocable de biens, droits ou ressources pour la réalisation d'une ou plusieurs œuvres ou activités d'intérêt général et à but non lucratif, afin de concourir aux missions de recherche de l'établissement, mais une simple courroie de transmission, sous l'habillage – très pratique, dès lors, d'une personnalité morale de droit privé –, des fonds de l'EPS.

La fondation est un simple exécutant, une simple « *fondation-relai* », qui n'a d'autre rôle à jouer que de servir de support.

Une fondation hospitalière peut participer à une SAS dès lors que le principe de spécialité de la fondation est respecté.

Un EPS qui apporte une somme à une fondation hospitalière aux seules fins que cette fondation reverse cette somme à une SAS prend le risque d'une requali-

fication de la fondation en fondation transparente : la fondation ne serait alors qu'un masque de droit privé le dissimulant.

II.2. Sur la possibilité pour un EPS d'adhérer à une association ou de la subventionner

Dans un avis du 1^{er} août 1995 (23), le Conseil d'Etat estime qu' : « *un établissement public de santé, personne morale de droit public dotée de l'autonomie administrative et financière, dispose de la liberté de choisir les actions de coopération qu'il entend mener avec d'autres personnes morales, dans le cadre des missions qui lui sont imparties. Les conventions conclues à cet effet peuvent comporter la création de nouvelles personnes morales auxquelles les parties à ces conventions confient, sous leur contrôle, le soin de mener ces actions de coopération.*

Toutefois, l'article L. 713-12 (devenu 6134-1) du code de la santé publique doit être interprété comme faisant en principe obstacle à la création de personnes morales relevant d'une catégorie non prévue par ledit article, telles que les sociétés d'économie mixte. (...) »

II.2.1. Adhérer à une association

L'article L. 6134-1 du Code de la santé publique fixe la liste des structures auxquelles peuvent adhérer les hôpitaux publics.

Ainsi, « *dans le cadre des missions qui leur sont imparties et dans les conditions définies par voie réglementaire, les établissements publics de santé peuvent participer à des actions de coopération, y compris internationales, avec des personnes de droit public et privé. Pour la poursuite de ces actions, ils peuvent signer des conventions, participer à des groupements d'intérêt public, des groupements d'intérêt économique ou des groupements de coopération sanitaire ou constituer entre eux des fédérations médicales interhospitalières (...)* ».

Les associations ne sont pas visées par cet article. Cependant, le Conseil d'Etat dans son avis du 1^{er} août 1995, section sociale, n° 358 047, considère que l'article L. 6134-1 du Code de la santé publique « *doit être interprété comme faisant en principe obstacle à la création de personnes morales relevant d'une catégorie non prévue par ledit article (...). Néanmoins, une exception à cette règle peut être admise pour la création d'une association de la loi 1901, à condition que l'établissement public ne lui délègue aucune de ses missions essentielles de service public ni aucune des responsabilités qui en résultent, et que ne soient pas ainsi détournées les dispositions de la loi relatives au cadre institutionnel et budgétaire de l'établissement public ainsi qu'un contrôle de l'Etat* ».

L'objet de l'association doit avoir un rapport avec les activités hospitalières, dans la mesure où l'hôpital public a une compétence limitée précisée par le Code de la santé publique. Le juge sanctionne l'exercice par un établissement public de missions non expressément attribuées.

(23) Avis « Diversification des activités d'EDF/GDF » et Section sociale n° 358 047 du 1^{er} août 1995.

Les établissements publics de santé sont libres d'associer, dès lors que l'association ne se voit confier aucune des missions essentielles de son service public dont ils ont la charge et que son objet a un rapport avec les activités hospitalières en vertu du principe de spécialité applicable aux hôpitaux publics.

S'agissant de l'objet d'une association visant la participation à la gouvernance d'une SAS, il conviendrait d'être vigilant sur les possibles évolutions de la composition de l'association aux fins qu'elle ne puisse jamais être considérée comme un simple habillage juridique de l'établissement dès lors que ce dernier se retrouverait majoritaire au sein de ladite association.

II.2.1. Subventionner une association

L'obligation introduite par la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration (DCRA) de contractualiser les subventions dépassant un certain seuil fait peser sur les acteurs publics un risque élevé de requalification de leurs contrats passés avec les associations. La loi du 12 avril 2000, complétée par un décret d'application n° 2001-495 du 6 juin 2001, impose en effet aux structures publiques de conclure avec tout organisme bénéficiant d'une subvention supérieure à 23 000 euros par an une convention « *définissant l'objet, le montant et les conditions d'utilisation de la subvention attribuée* ».

La conclusion d'une telle convention, appelée « *convention d'objectifs* » n'est pas soumise à des règles de publicité ou de mises en concurrence : le droit de subvention reste soumis au principe de la liberté contractuelle.

Mais, il n'en est plus ainsi si ces conventions présentent toutes les caractéristiques de marchés de prestations de services ou de contrats de délégation de service public qui pourraient être requalifiés comme tels par le juge.

Le risque de requalification des contrats avec les associations s'est accru, ni la nature du cocontractant, ni celle de l'activité ne pouvant les placer aujourd'hui hors champ de la concurrence.

Face à ce risque de requalification il est déterminant pour les établissements publics de savoir ce qui distingue aujourd'hui la simple convention d'objectifs pouvant être conclue *intuitu personae* avec une association subventionnée, des contrats qui doivent être soumis à des règles de passation et d'exécution particulières.

L'alternative à ce risque de requalification pourrait résider dans le recours à un nouveau critère de qualification des relations financières entre les structures publiques et les associations : celui de l'initiative du projet subventionné.

« (...) Le procédé de la subvention est utilisé lorsqu'une collectivité apporte un concours financier à un projet dont l'initiative et la mise en œuvre appartiennent à un organisme tiers qui sollicite ce concours. Lorsqu'en revanche la collectivité publique définit une action (...) et fait appel pour la réaliser à un organisme rémunéré à cette fin par elle, le contrat qui régit l'intervention de cet organisme doit être passé conformément aux dispositions du Code des marchés publics (...) » (24).

En principe la loi ne fait pas du contrôle des associations subventionnées par les structures publiques une obligation : toute association ayant reçu une subvention *peut* être soumise au contrôle.

Le Conseil d'Etat a pourtant affirmé que le défaut de contrôle de la personne publique peut être constitutif d'une faute (CE, 6 juillet 1973, Ministre des Finances et Ministre des affaires étrangères c/ Sieur Gonel et autres (25)).

Cependant, il convient de préciser qu'une association n'a aucun droit acquis au maintien de subventions qu'elle reçoit et qui peuvent être réduites conventionnellement, sans que la personne publique contributrice engage sa responsabilité (CAA Bordeaux, 18 février 2003, Association départementale d'éducation et de prévention spécialisée (26)).

Un EPS peut subventionner une association sous réserve que la convention d'objectifs ne présente pas toutes les caractéristiques d'un marché de prestations de services ou d'un contrat de délégation de service public.

Il ne saurait par ailleurs la subventionner dans le seul but d'abonder le capital de la SAS, la théorie des associations transparentes trouverait là encore à s'appliquer (voir *supra*).

CONCLUSION

La seule dérogation au principe de spécialité à laquelle peuvent se référer les établissements publics de santé figure au sein du code de la santé publique, à l'article L. 6145-7. Ce texte dispose que « *sans porter préjudice à l'exercice de leurs missions, les établissements publics de santé peuvent, à titre subsidiaire, assurer des prestations de service, valoriser les activités de recherche et leurs résultats et exploiter des brevets et des licences dans le cadre de services industriels et commerciaux.*

Le déficit éventuel de ces activités n'est pas opposable aux collectivités publiques et organismes qui assurent le financement de l'établissement. »

Il conviendra de suivre avec attention les incidences de la future « loi Macron », sans doute à la lumière

(24) Réponse à J.-L. Masson, question écrite n° 1043, JO Sénat, 5 décembre 2002, p. 2968.

(25) Lebon p. 475.

(26) n° 99BX02059.

des entreprises ouvertes par d'autres personnes publiques. En effet, l'exposé des motifs du projet de loi précisait que si les dispositions juridiques en vigueur, et en particulier l'article L. 6141-1 du code de la santé publique « sont (...) insuffisantes et non explicites pour autoriser les établissements publics de santé à prendre des (...) participation[s] dans des sociétés civiles ou commerciales ou par la création de filiales.

On notera que cette possibilité a d'ores et déjà été explicitement ouverte aux partenaires naturels des établissements publics de santé que sont les universités

(27) *préc.*

(28) J.-M. De Forges, « Le principe de spécialité des établissements publics de santé s'oppose à ce qu'un tel établissement assure des activités de blanchisserie pour un autre établissement de santé », R.D.S.S. 2001, p. 306.

(article L. 711-1 du code de l'éducation) et les établissements publics à caractère scientifique et technologique (article L. 321-4, code de la recherche). C'est également le cas pour de nombreux acteurs publics : l'Établissement français du sang, les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, l'Établissement public du musée du Louvre, la Bibliothèque nationale de France. »

Pour autant, comme le rappelle implicitement l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes du 29 mars 2000 (27), l'élargissement des missions de ces établissements et des actions de coopérations auxquelles ils peuvent participer, nécessitent un texte, selon nous de nature législative. Comme l'a justement observé J.-M. De Forges, « *depuis cette jurisprudence, l'imprécision des textes ne peut plus raisonnablement être interprétée comme laissant auxdits établissements un pouvoir discrétionnaire sur les actions et les missions qu'ils peuvent assurer* » (28). ■