

THESE DE DOCTORAT DE

L'UNIVERSITE DE RENNES 1

ECOLE DOCTORALE N° 599

Droit et Science politique

Par

Christophe BARLET

Place et rôle de l'inspection-contrôle dans le champ des établissements et services sanitaires, sociaux et médico-sociaux

Thèse présentée et soutenue à Rennes le 16 décembre 2020

Unité de recherche : Institut du Droit Public et de la Science Politique EA IDPSP UR1 – RS 438

Thèse N° :

Rapporteurs avant soutenance :

Lucie CLUZEL-MÉTAYER Professeure des universités, Université Paris Nanterre
Jean-Paul MARKUS Professeur des universités, Université Paris Saclay

Composition du Jury :

Examineurs :

Lucie CLUZEL-MÉTAYER	Professeure des universités, Université Paris Nanterre
Cécile COURRÈGES	Inspectrice générale des affaires sociales, IGAS
Jean-Paul MARKUS	Professeur des universités, Université Paris Saclay
Jacques PETIT	Professeur des universités, Université Rennes 1

Dir. de thèse :

Marie-Laure MOQUET-ANGER Professeur des universités, Université de Rennes1

REMERCIEMENTS

J'adresse tout d'abord mes remerciements les plus sincères au Pr Marie-Laure MOQUET-ANGER qui m'a fait confiance en acceptant d'encadrer cette thèse de droit public alors que mes études initiales m'avaient amené sur les rives du droit privé. Ses questions toujours judicieuses, ses encouragements bienveillants et ses précieux conseils m'ont permis de revenir sur les principes du droit administratif pour guider ma réflexion sur un sujet que j'appréhendais du côté de la pratique.

J'adresse ensuite mes remerciements au Pr Lucie CLUZEL-MÉTAYER, à Mme Cécile COURRÈGES, Igas, au Pr Jean-Paul MARKUS et au Pr Jacques PETIT qui me font l'honneur de leur présence, en ayant accepté de siéger dans mon jury de soutenance.

Je tiens également à remercier mon institution, l'EHESP, qui m'a permis de mener mes travaux, en particulier Michel LEGROS, alors chef du département Politiss, qui m'a poussé à me lancer dans l'aventure, et à son successeur Jean-Marie ANDRÉ directeur du département SHS pour son soutien indéfectible. Je remercie également mes collègues inspecteurs en ARS et en service de cohésion sociale, mes élèves de formation initiale et stagiaires de formation continue, pour les échanges que nous avons régulièrement ensemble sur le positionnement de l'inspection-contrôle dans les services de l'État. J'espère que ce travail contribuera à une meilleure connaissance de leur activité et leur donnera envie de prolonger les recherches sur ce thème.

Mes derniers remerciements s'adressent enfin directement à mes fils ÉMILE et TIMOTHÉ, ainsi qu'à ma compagne STÉPHANIE et à ma mère. Ces remerciements ne sauront pas rattraper le temps que je ne leur ai pas consacré, car le temps de la recherche, de l'écriture, et celui du travail professionnel m'ont tenu loin d'eux ces dernières années. Je les remercie profondément pour leur patience et leur tolérance.

Je dédie ce travail à la mémoire de mon père.

SOMMAIRE

Partie I : L'inspection à l'épreuve des autres contrôles classiques dans le champ étudié.

Titre 1 - L'inspection, un contrôle parmi d'autres.

Chap. 1 La multiplicité des acteurs de l'inspection et du contrôle dans le champ étudié.

Chap. 2 - Essai de typologie des contrôles actuels dans le champ des établissements et services sanitaires, sociaux et médico-sociaux.

Titre 2 - L'inspection, un contrôle particulier lié à des pouvoirs et une finalité étendus.

Chap. 1 - L'inspection, un contrôle particulier au regard des larges pouvoirs mis en œuvre.

Chap. 2 - L'inspection : une finalité essentiellement liée à la police administrative dont les suites sont multiples et complexes à mettre en œuvre.

Partie II : L'inspection à l'épreuve des démarches qualité dans le champ étudié.

Titre 3 - La juridicité des démarches qualité et ses effets sur l'inspection.

Chap. 1 - La reconnaissance d'une juridicité des démarches qualité.

Chap. 2 - Les effets des démarches qualité sur l'inspection

Titre 4 - Les contrôles relatifs à la qualité et à la sécurité au prisme de la responsabilité indemnitaire de la puissance publique.

Chap. 1 - L'exigence d'une faute de l'autorité administrative dont le degré de gravité et la nature sont variables en fonction du type d'inspection contrôle, objet de l'étude.

Chap. 2 - La question de l'imputabilité de la faute en matière d'inspection-contrôle dans le champ étudié

SIGLES ET ABRÉVIATIONS

AAI :	Autorité administrative indépendante
ABM :	Agence de la biomédecine
AFDS :	Association française de droit de la santé
aff. :	affaire
AFNOR :	Association française de normalisation
AJDA :	Actualité juridique de droit administratif
al. :	Alinéa
AFSSA :	Agence française de sécurité sanitaire des aliments
AFSSAPS :	Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé
AJCT :	Actualité juridique-Collectivités territoriales
ANAES :	Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé
ANAP :	Agence nationale d'appui à la performance
ANDEM :	Agence nationale pour le développement de l'évaluation médicale
ANESM :	Agence nationale de l'évaluation de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux.
ANMV :	Agence nationale du médicament vétérinaire
ANSES :	Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail
ANSM :	Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé
API :	Autorité publique indépendante
AP-HP :	Assistance publique des hôpitaux de Paris
ARH :	Agence régionale de l'hospitalisation
ARS :	Agence régionale de santé
ASE :	Aide sociale à l'enfance
ASN :	Autorité de sûreté nucléaire
Art. :	article
Ass. :	Assemblée
c/ :	contre
cf :	confer
CA :	Cour d'appel
CAA :	Cour administrative d'appel
CAC :	Commissaire aux comptes
CASF :	Code de l'action sociale et des familles
Cass. Crim. :	Chambre criminelle de la Cour de Cassation
CAQUES :	Contrat d'amélioration de la qualité et de l'efficience des soins
C. Cass :	Cour de Cassation
C. Civ. :	Code civil
CD :	Conseil départemental
CDC :	Cour des comptes
CE :	Conseil d'Etat
CEDH :	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CGCT :	Code général des collectivités territoriales
CH :	Centre Hospitalier
Ch. :	Chambre
Chron. :	Chronique
CHSCT :	Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail
CHU :	Centre hospitalier universitaire
CJA :	Code de justice administrative
CJF :	Code des juridictions financières

CJUE :	Cour de Justice de l'Union Européenne
CNG :	Centre national de gestion
CNPIC :	Commission nationale de programmation des inspections contrôles
CNSA :	Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie
COFRAC :	Comité français d'accréditation
Com. :	Commentaire
Concl. :	Conclusions
Cons. Const. :	Conseil Constitutionnel
CPOM :	Contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens
CP :	Code pénal
CPP :	Code de procédure pénale
CRC :	Chambre régionale des comptes
CRPA :	Code des relations entre le public et l'administration
CSP :	Code de la santé publique
CSS :	Code de la sécurité sociale
CTMOF :	Conditions techniques minimales d'organisation et de fonctionnement
DAJ :	Direction des affaires juridiques
DDASS :	Direction départementale des affaires sanitaires et sociales
DDCS :	Direction départementale de la cohésion sociale
DG :	Directeur général
DGCS :	Direction générale de la cohésion sociale
DGOS :	Direction générale de l'offre de soins
DGS :	Direction générale de la santé
Dir.	Sous la direction de
Doc. fr.	Documentation française
DRASS :	Direction régionale des affaires sanitaires et sociales
DREES :	Direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques
DRJSCS :	Direction régionale de la jeunesse, des sports et de la cohésion sociale
éd. :	Edition
EDCE :	Etudes et documents du Conseil d'État
EHESP :	École des hautes études en santé publique
EHPAD :	Établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes
EIG :	Evènement indésirable grave
EPRD :	État prévisionnel des recettes et des dépenses
EPS :	Établissement public de santé
ERP :	Établissement recevant du public
ES :	Établissement de santé
ESSMS :	Établissement et service social et médico-social
ESP :	Établissement de santé privé
ESPIC :	Établissement de santé privé d'intérêt collectif
DDHC :	Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen
GIP :	Groupe d'Intérêt Public
HAS :	Haute autorité de santé
HPST :	Hôpital, Patient, Santé, Territoire
IASS :	Inspecteur de l'action sanitaire et sociale
ICARS :	Inspecteur et contrôleur en ARS
Ibid. :	Ibidem
IES :	Ingénieur d'étude sanitaire
IFAQ :	Incitation financière à l'amélioration de la qualité
IGS :	Ingénieur du génie sanitaire
IGAS :	Inspection générale des affaires sociales
IGF :	Inspection générale des finances
in :	Dans
Infra :	ci-dessous
ISO :	Organisation internationale de normalisation

IQSS :	Indicateur qualité sécurité des soins
JCP A :	Juris-classeur édition Administrations et collectivité territoriales
JCP E :	Juris-classeur périodique édition entreprise
JCP G :	Juris-classeur périodique édition générale
JORF :	Journal officiel de la République française
LBM :	Laboratoire de biologie médicale
LFSS :	Loi de financement de la sécurité sociale
LGDJ :	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LOLF :	Loi organique relative aux lois de finances
LMSS :	Loi de modernisation de notre système de santé
LOTSS :	Loi d'organisation et de transformation du système de santé
MAP :	Modernisation de l'action publique
MCO :	Médecine, Chirurgie, Obstétrique
MISP :	Médecin inspecteur de santé publique
n° :	numéro
NMP :	Nouveau management public
obs. :	observations
OCLAESP :	Office central de lutte contre les atteintes à l'environnement et à la santé publique
OMS :	Organisation mondiale de la santé
ONDAM :	Objectif national de dépenses d'assurance maladie
ONIC :	Orientations nationales inspection contrôle
Op. préc. :	ouvrage précité
Op. cit. :	opere citato
p. :	page
Pr. :	Professeur
PCD :	Président du Conseil départemental
PH :	Praticien hospitalier
PHISP :	Pharmacien inspecteur de santé publique
PJJ :	Protection judiciaire de la jeunesse
PMSI :	Programme de médicalisation des systèmes d'information
PRS :	Projet régional de santé
préc.:	précité
PUF :	Presses Universitaires de France
QPC :	Question prioritaire de constitutionnalité
RBP :	Recommandation de bonne pratique
RD Publ. :	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RDSS :	Revue de droit sanitaire et social
REATE :	Réforme de l'administration territoriale de l'État
Rec. :	Recueil Lebon
Rec. Tables :	Tables du Recueil Lebon
RDS :	Revue droit et santé
req. :	chambre des requêtes
RFAP :	Revue française de l'administration publique
RFAS :	Revue française des affaires sociales
RFDA :	Revue française de droit administratif
RFQH :	Revue fondamentale des questions hospitalières
RGDM :	Revue générale de droit médical
RGPP :	Révision générale des politiques publiques
s. :	suivant
Sect. :	Section du contentieux
SRA(QSS) :	Structures régionales d'appui à la qualité des soins et à la sécurité des patients
SROSM :	Schéma régional d'organisation médico-sociale
SROS :	Schéma régional d'organisations des soins
SSR :	Soins de suite et de réadaptation
Supra :	ci-dessus

TA :	Tribunal administratif
T2A :	Tarification à l'activité
T. corr. :	Tribunal correctionnel
TS :	Technicien sanitaire
T3S :	Technicien sanitaire et de sécurité sanitaire
Trib. Confl. :	Tribunal des conflits
URCAM :	Union nationale des caisses d'assurance maladie
V. :	Voir

INTRODUCTION

“ *La perfection des moyens et la confusion des buts semblent caractériser notre époque* ”

1. Cette phrase du physicien Albert EINSTEIN¹ pourrait s'appliquer à la profusion actuelle des moyens de contrôle et à la diversité des finalités qu'ils poursuivent dans le champ étudié. Parfois assimilés à des modes de régulation par l'intermédiaire du droit des autorisations de police administrative², les pouvoirs de contrôle attribués à l'administration semblent aujourd'hui confrontés aux contingences de l'efficacité et de l'efficience exigées des organisations. Au-delà de l'appauvrissement ou de l'enrichissement mutuel des contrôles apparaît le risque de confusion des procédures et des finalités poursuivies dans le champ des établissements et services sanitaires, sociaux et médico-sociaux.

L'objet de cette recherche est d'essayer de comprendre quelles forces sont en action en matière d'inspection-contrôle afin d'essayer modestement de redonner si possible du sens à cette activité, pour les contrôleurs qui l'exercent, pour les contrôlés qui en sont l'objet, et pour les administrés usagers qui en sont les contribuables bénéficiaires.

2. Les termes « inspection », « contrôle » ou encore « inspection-contrôle » sont aujourd'hui utilisés par les praticiens du contrôle pour désigner un outil, un moyen, un procédé, un instrument, autant de termes que l'on peut ranger sous le mot de « fonction »³. Comme pour toute fonction, on peut en réalité distinguer différents modes de contrôles, « chacun se définissant selon une combinaison de facteurs donnée » selon Laure CELERIER qui a étudié en sciences de gestion les variantes du contrôle et de l'audit. Selon elle, les différents facteurs du contrôle sont « *la source de l'influence, l'objet de l'influence, l'attitude du contrôlé, les moments d'exercice du contrôle, les processus par lesquels le contrôle s'exerce, le moyen par lequel le contrôle s'exerce. Ainsi, l'inspection, l'évaluation, le conseil et l'audit renvoient ils à*

¹ EINSTEIN A., physicien (1879-1955).

² TRUCHET D., *Droit administratif*, PUF, 8e éd., 2019, p. 413.

³ Au sens étymologique d'activité, rôle, destination de quelque chose selon le *dictionnaire Larousse* en ligne.

des combinaisons différentes de ces facteurs »⁴. Il serait aussi possible, dans le cas de l'administration, de distinguer les contrôles juridictionnels, politiques ou administratifs⁵.

3. Cette étude porte spécifiquement sur le contrôle administratif « non juridictionnel » auquel la fonction inspection-contrôle étudiée est rattachée. D'une manière simple, nous pouvons dire que la fonction inspection-contrôle permet à une personne physique ou morale qui s'en est vue confier la mise en œuvre, de mesurer un écart entre une situation donnée et un référentiel afin de corriger une situation, y compris par la voie de la sanction. Historiquement, l'inspection et le contrôle étaient des fonctions dites « régaliennes », car elles appartenaient au roi, avant de servir l'État républicain.

Le contrôle réalisé par l'administration sur les personnes physiques ou morales constitue un enjeu fondamental dans une démocratie, car il permet de faire respecter les règles de vie en société qui fondent la légitimité du contrat social⁶. Ce contrôle repose sur une inégalité de principe entre l'administration et l'administré qui donne à l'administration des pouvoirs parfois « exorbitants de droit commun » dont les administrés ne disposent pas⁷. En contrepartie, la DDHC du 26 août 1789 oblige l'administration à rendre des comptes aux citoyens sur la contribution publique à laquelle ils participent⁸ et sur l'activité menée dans le cadre de l'action publique⁹.

Cette introduction s'attachera à définir les termes « inspection » et « contrôle » (I), puis à délimiter le champ de cette étude (II), avant de poser la problématique qui guidera notre réflexion (III), et enfin en livrer la méthodologie et le plan (IV).

⁴ CELERIER L., « La mise en place d'une fonction d'audit interne dans l'administration centrale d'État et le possible renouvellement des corps et services d'inspection », *RFAP* 2015, n° 155 p. 660.

⁵ CELERIER L., *Ibid.* p. 660 ; V. CHIAPELLO E., *Typologie des modes de contrôle, Comptabilité, Contrôle, Audit*, Vol. 2 (2), 1996, pp. 51-74.

⁶ ROUSSEAU J.J., *Du contrat social ou Principes du droit politique*, 1762.

⁷ WEIL P., *Le droit administratif*, 5^e éd., Paris, PUF, 1973, p. 44.

⁸ Art. 14 DDHC : « Tous les Citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée ».

⁹ Art. 15 DDHC : « La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration ».

I – Les définitions : le polymorphisme des termes contrôle et inspection

Il n'existe pas de définition juridique du contrôle et de l'inspection. C'est pourquoi certains auteurs ont souligné l'ambiguïté qu'il y a à traiter du sujet du « contrôle »¹⁰, de par l'absence de définition ou de son imprécision¹¹, ou encore sa définition insatisfaisante¹².

1 L'étymologie des termes

Pour mieux saisir ce que recouvre l'inspection, le contrôle, et la contraction « inspection-contrôle » utilisée par l'IGAS et les autorités administratives de contrôle qui tendrait à une certaine indifférenciation de ces termes, nous envisagerons d'abord le sujet du point de vue de l'étymologie.

1-1 Le contrôle

4 Selon le dictionnaire actuel de l'Académie française, le mot « contrôle » est issu de *contrerole* (composé de *contre* et *rôle*), proprement « rôle opposé, registre que l'on tenait en double »¹³. Ce terme provient du latin médiéval *contrarotulum* (sens identique) formé de *contra* (« contre ») et *rotulus*, dérivé du latin classique *rotula* (« rouleau, petite roue »), diminutif de *rota* (« roue »). Le contrôle évoque un frein qui agit sur une roue tel un curseur afin de la ralentir et d'en maintenir la direction¹⁴.

Le vieux français du XIV^{ème} siècle a repris le terme « contre rôle » (composé de contre et de rôle), qui signifie registre tenu en double¹⁵, le deuxième rouleau de parchemin, « le contre rôle » servant de témoin au premier. « *A partir de 1654, nombres d'actes juridiques devaient être « contrôlés », c'est-à-dire résumés sur des registres spéciaux, moyennant le paiement d'une taxe. Ils acquéraient ainsi date certaine, avantage précieux de droit privé. C'est le système de contrôle, que nous appelons aujourd'hui enregistrement* »¹⁶. A titre d'exemple, dans la marine

¹⁰ SANTO V.-M., VERRIER P.-E., *Le management public*, Paris, PUF, 1997, p. 65.

¹¹ AUBY J.-M., RIVERO J., VEDEL G. et al., *Traité de science administrative*, Paris, Mouton and co., 1966, p. 693.

¹² BATSELE D., *Contrôle de l'administration*, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1996, p. 8.

¹³ Dictionnaire de l'académie française, 9^e éd. en ligne <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9C4056>.

¹⁴ Le même sens existe en anglais avec le verbe « to check » qui signifie « vérifier » cocher », contrôler » selon le webster : « Orig, to check by a duplicate register or account ».

¹⁵ Terme utilisé par les rois capétiens pour leur comptabilité.

¹⁶ OLIVIER-MARTIN F., *Précis d'histoire du droit français*, 1932, p. 326.

marchande, le rôle d'un équipage est la « liste de l'état civil de l'équipage » qui était vérifié avant que le navire prenne la mer.

Ainsi, le terme « contrôle » porte en lui un double sens. Le premier est de maintenir une direction par le maintien d'une pression sur quelque chose ou quelqu'un. Le second consiste à procéder à une vérification par rapport à un référentiel.

1-2 L'inspection

5 Le mot « inspection » est défini par le dictionnaire de l'Académie française comme « un examen attentif, une observation minutieuse ». Elle concerne une « action d'examiner ce qu'on a mission de contrôler, de surveiller, d'évaluer »¹⁷. Par métonymie, elle concerne aussi « la fonction d'inspecteur, l'endroit où sont les bureaux de celui qui remplit cette fonction, un corps de fonctionnaires. (Inspection sanitaire) »¹⁸. Son étymologie latine « *inspectio* », signifie « action de regarder dedans, observer avec attention »¹⁹.

L'inspection supposerait donc un mode opératoire particulier qui commande un déplacement sur site, alors que le contrôle peut se réaliser sur pièces. L'emploi du terme « surveillance » dans la définition académique de l'inspection permettrait, à ce stade de la réflexion, de caractériser l'inspection comme un mode de contrôle particulier qui viserait à une certaine continuité du regard porté. La surveillance supposerait aussi que la finalité de l'inspection soit orientée sur la veille, sur la sécurité, la protection, comme le laissait entendre une des premières définitions retenue par l'IGAS à destination des DRASS et des DDASS²⁰.

Ces définitions étymologiques ont été reprises par le Conseil d'État dans son rapport public de 1977 relatif à « la fonction de contrôle et la circulation de l'information »²¹. La haute assemblée considérait, sans expliciter les différentes finalités du contrôle, que « *Le contrôle devrait être entendu comme le mécanisme interne par lequel l'autorité supérieure vérifie que l'ordre qu'elle a donné s'exécute correctement et que les résultats correspondent aux objectifs. Il suit, de bas en haut, un chemin exactement inverse de celui du commandement et il est principalement alimenté par le retour d'information* ». Cette définition a fait dire au Pr Jean-Luc PISSALOUX

¹⁷ Dictionnaire de l'académie française, 9^e éd. en ligne <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9I1503>.

¹⁸ Dictionnaire de l'Académie française, 8^e édition 1932 – 1935.

¹⁹ Dictionnaire de l'académie française, 9^e éd. *op. cit.*

²⁰ Le premier guide de bonnes pratiques d'inspection contrôle de l'Igas en 2001 définissait l'inspection comme des « investigations approfondies » et visait fonction de surveillance des inspecteurs au travers de la notion du « devoir général de protection des personnes ».

²¹ Conseil d'État, *Rapport public, la fonction de contrôle et la circulation de l'information*, La documentation française, 1977.

que « *contrôler consiste à vérifier la conformité d'un document avec un autre, et par extension, à vérifier la conformité d'une action lato sensu (loi, règlement, politique publique), étant observé en outre que l'idée de contrôle renvoie à l'idée d'une surveillance permanente* »²².

Dans le même rapport, le Conseil d'État considère que « *l'inspection, qui s'exerce de l'extérieur, a notamment pour objet de vérifier que le contrôle interne a bien été organisé et que les données qui remontent par les mécanismes de contrôle sont véridiques* ». L'inspection serait donc bien un contrôle particulier provenant de l'extérieur. L'inspecteur ne saurait faire partie de la structure qu'il inspecte, gage d'indépendance. Cependant, ces définitions ne permettent pas de savoir quelles réalités recouvrent les différents types d'inspection et de contrôle, en termes de procédures et surtout de finalités.

La doctrine juridique et les sciences politiques se sont employées à éclairer ces notions.

2 Les interprétations juridiques de l'inspection et du contrôle éclairées par les sciences politiques.

Avant de nous pencher sur les différentes interprétations juridiques possibles des mots « contrôle » et « inspection » (2-2), nous devons faire deux constats préalables qui proviennent de notre recherche et confirment l'intérêt de celle-ci (2-1).

2-1 Les constats préalables relatifs aux interprétations juridiques

6 Le premier constat concerne l'intérêt peu marqué de la doctrine pour la notion de contrôle « non juridictionnel ». Le contrôle « *tient une place un peu à part dans l'ensemble des opérations administratives. Il n'est en effet pas destiné directement à fournir des prestations ou des services au sens large, aux administrés, ni à contribuer directement à l'organisation des structures administratives* »²³. Par ailleurs, le caractère polymorphe du contrôle est souvent décrié par les auteurs qui le perçoivent comme une source « d'inconsistance juridique »²⁴.

²² PISSALOUX J.-L., « Les inspections générales au sein de l'administration française : structures, fonctions et évolution », *RFAP*, 2015, n° 155 p. 601.

²³ LEVY D., *Aspect s généraux du contrôle*, in *Traité de science administrative*, Paris, Mouton & Co, 1966, p. 695.

²⁴ PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 628.

Considéré comme « touffu et mal borné »²⁵, le contrôle « *appartient à la fois au vocabulaire juridique et au langage courant : un effort liminaire de définition est d'autant plus indispensable qu'il est parfois difficile de le séparer de la tutelle, la surveillance ou la vérification du contrôle proprement dit* »²⁶.

Aussi, la doctrine préfère la plupart du temps aborder le sujet du contrôle sous l'angle juridictionnel²⁷ que non juridictionnel²⁸. Cette lacune constitue un danger potentiel au regard du nombre de contrôles réalisés quotidiennement par les administrations sur les opérateurs extérieurs publics ou privés. La littérature juridique est en effet peu féconde sur le sujet du contrôle non juridictionnel, en dehors du contrôle de tutelle exercé par l'État sur les collectivités territoriales et les établissements publics²⁹, et du contrôle hiérarchique interne à l'administration³⁰, même si, depuis l'instauration des ARS en 2009, des recherches ou des ouvrages ont été réalisés sur la notion de « contrôle » dans le champ sanitaire et social, en particulier sur le contrôle externe en matière d'offre de soins et médico-sociale³¹, et sur l'évolution du contrôle de l'État sur les établissements de santé³².

7 Le second constat tiré de la littérature juridique est celui de l'indifférence de la doctrine à l'égard de l'inspection. Les recherches juridiques citées précédemment sont la plupart du temps circonscrites au contrôle de tutelle, au contrôle financier et aux nouveaux « contrôles-régulation » que constituent la planification et la contractualisation. Elles excluent souvent implicitement, parfois explicitement, de leur champ de réflexion l'« inspection », rattachée peut-être trop hâtivement à la police administrative, et donc au « pouvoir régalien », sans interroger ce que ces termes recouvrent en droit et en fait. La question de l'inspection est ainsi appréhendée par la doctrine juridique de manière souvent superficielle en la rattachant à la notion de l'« opération matérielle ». L'inspection pourrait à ce titre s'intégrer dans une

²⁵ MESCHERIAKOFF A.-S., *Recherches sur le contrôle non juridictionnel de l'Administration française*, thèse dactyl., Strasbourg, 1973, p. 12.

²⁶ DUBOIS J.-P., *Le contrôle administratif sur les établissements publics*, LGDJ, Bibl. de droit public, tome 143, 1982, p. 31.

²⁷ CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, éd. CNRS, 1962 ; WEIL P., *Le droit administratif*, PUF, 2^e éd. 1966 ; DEBBASCH Ch., *Droit administratif*, Cujas, 2^e éd. 1971.

²⁸ LEVY D., *Aspects généraux du contrôle*, in *Traité de science administrative*, op. cit. p. 695.

²⁹ Notamment le contrôle de tutelle exercé par l'ARS sur certains actes des établissements publics de santé (art. R. 6145-29 et D. 6145-70 CSP).

³⁰ BELLOUBET-FRIER B., *Pouvoirs et relations hiérarchiques dans l'Administration française*, thèse Paris I, 1990 ; CHAUVET C., *Le pouvoir hiérarchique*, thèse Paris II, 2011, LGDJ, coll. « Bibl. dr. publ. », t. 276, 2013.

³¹ FIESCHI-BAZIN E., *Contrôle externe en matière d'offre de soins et médico-sociale : outils juridiques et stratégie de régulation*, LEH édition, 2016.

³² MOKRANI S., *L'évolution du contrôle de l'État sur les établissements de santé*, thèse soutenue à l'université d'Aix-Marseille en novembre 2017.

« procédure administrative complexe » qui n'a de valeur que par l'objectif qu'elle poursuit, comme si la noblesse de l'action administrative devait s'incarner toute entière dans la finalité de « l'acte administratif » et non dans l'opération qui en permet la réalisation.

Il faut ici souligner que dans les rares cas où la doctrine de droit public ou la science administrative s'intéressent à « l'inspection », c'est presque toujours en prenant pour sujet les « inspections générales », en particulier l'IGF, surtout sous l'angle d'un outil de contrôle interne de l'administration. Nous constatons que les auteurs font systématiquement référence à la spécificité du statut des inspections générales, bras armé de l'exécutif, conseiller du prince quand ce dernier les sollicite. Certains auteurs, comme Laure CELERIER, ont aussi étudié les transformations de ces corps de hauts fonctionnaires qui passent progressivement « du corps d'inspection au cabinet de conseil »³³, en constatant le glissement progressif de l'exercice d'un contrôle interne classique fondé sur la notation hiérarchique et de celui d'un contrôle externe sur les établissements publics via l'inspection, vers la recherche de la performance au sein des administrations, grâce notamment à l'audit interne et l'évaluation des politiques ou des dispositifs, en particulier depuis la mise en place de la loi en 2001³⁴. Ces réflexions doivent nous interroger sur l'existence d'un mouvement similaire dans les services dits déconcentrés ou décentralisés³⁵.

Nous voyons donc à travers les termes « contrôle » et « inspection » que les interactions ne sont pas aussi évidentes que la pratique veut le faire croire ou que la doctrine veut l'entendre. Peut-on réellement distinguer l'inspection des autres types de contrôles ? comment les différents contrôles cohabitent-ils entre eux dans le champ étudié, au regard de leurs finalités différentes ? Comment ces contrôles s'articulent avec les démarches qualité à l'œuvre dans le champ étudié ?

³³ CELERIER L., « Du corps d'inspection au cabinet de conseil », in *La règle et le rapporteur : une sociologie de l'inspection*, éd. Presses des mines, 2020, pp. 109-130.

³⁴ Loi organique n° 2001-692 du 1 août 2001 relative aux lois de finances.

³⁵ Pour une liste non exhaustive : MARCOU G., *Le contrôle de l'administration par elle-même*, Editions du CNRS, 1983, collection IFSA "Etudes" n°5 ; MILLOZ P., *Les inspections générales ministérielles dans l'administration française*, Paris Economica, 1983 ; JONCOUR Y., *L'évolution des modes d'intervention des inspections générales : une diversification pour la performance*, Politiques et Management Public, 1999, p. 219-239 ; RENAUDIN F., *Les inspections générales dans le système administratif français*, thèse de droit public soutenue à Paris 2 en 2003 ; CARRE DE MALBERG N., *Le grand état-major financiers : les inspecteurs des Finances, 1918-1946. Les hommes, le métier, les carrières*, Paris, Institut de la gestion publique et du développement économique, 2011 p. 702 ; Divers chroniques dans le numéro 155 de la *RFAP* consacré en 2015 au thème « Du contrôle à l'évaluation : l'évolution des fonctions d'inspection », notamment : BOISSIER P., « L'évolution des compétences et des métiers des corps d'inspection : l'exemple du corps de l'inspection générale des affaires sociales » ; PISSALOUX J.-L., « Les inspections générales au sein de l'administration française : structures, fonctions et évolutions », *RFAP* 2015/3 (n° 155), p. 601-622 ; LEMOYNE DE FORGES J.-M., *Le contrôle de l'administration par les inspections ministérielles et interministérielles*, Faculté de Splitu, god. 53, 1/2016, p. 33-41.

Les sciences politiques nous aident à appréhender la notion de contrôle avec la proposition de Gérard BERGERON.

8 La conception graduée du contrôle selon Gérard BERGERON. En comparant les applications françaises et anglo-saxonnes du mot « contrôle-control », le politologue québécois Gérard BERGERON a « désarticulé » le mot « contrôle » et élaboré une typologie des contrôles qui repose sur une conception graduée selon leur intensité³⁶. Il distingue six principales acceptions à l'usage du mot « contrôle – control ». Ces six sens sont 1° la « domination », 2° la « direction », 3° la « limitation », 4° la « surveillance », 5° la « vérification », 6° l'« enregistrement » qu'il nomme aussi « collation ».

Selon BERGERON, les trois premières acceptions correspondent plutôt au « control » anglo-saxon avec un degré d'intensité élevé où les notions de domination et de direction font de préférence appel à « l'aspect positif du contrôle ». Il en va inversement pour les trois derniers types de contrôles qui souligneraient « l'aspect négatif, restrictif ou inhibitif du contrôle ». Il montre ainsi que « contrôle » a un sens plus faible que « control ». Il va de soi que l'acception anglo-saxonne du contrôle a des conséquences fortes sur l'activité du contrôlé. Elle suppose que sa liberté et son autonomie peut être considérablement réduite, voire disparaître dans un contrôle qui relève davantage de l'idée de direction que de contrôle. Cette acception extensive du contrôle à l'anglo-saxonne peut aller jusqu'à autoriser le contrôleur à intervenir avant toute prise de décision du contrôlé pour dicter un comportement à suivre³⁷, comme si le contrôle de tutelle « à la française » devait se généraliser à l'ensemble des activités réalisées par les personnes morales et physiques soumises au contrôle.

En nous appuyant sur la théorie de sciences politiques de Gérard BERGERON, nous pouvons analyser comment la doctrine juridique conçoit les notions d'inspection et de contrôle.

2-2 Les différentes interprétations juridiques possibles des mots « contrôle » et « inspection ».

9 La conception graduée du contrôle selon Gérard BERGERON nous permet de comprendre sous un angle « politique » qu'il existe une variabilité de l'intensité des différents contrôles. La richesse sémantique du mot « contrôle » en fait une notion à « géométrie variable » qui rend

³⁶ BERGERON G., *Fonctionnement de l'État*, A. Colin, 1965, p. 49 et s.

³⁷ MOKRANI S., *L'évolution du contrôle de l'État sur les établissements de santé*, op. cit., p. 41.

difficile son appréhension en droit, comme l'a souligné Sabrina MOKRANI qui constate qu'en droit français, « *un même procédé de contrôle peut-être admis dans sa conception la plus restrictive comme la plus extensive, toutefois sans jamais atteindre la dimension anglo-saxonne* »³⁸. La variabilité du contrôle dépend essentiellement de l'intensité que le contrôleur veut placer dans le contrôle et du degré d'autonomie laissée au contrôlé.

Fondé sur l'étude de l'action publique, nous allons voir que le droit administratif français ancre ses racines latines dans la culture de l'écrit et considère avant tout que le contrôle administratif non juridictionnel est une vérification de conformité à un texte, qu'il soit législatif ou réglementaire. L'acte préparatoire, l'acte décisoire est par essence, à la fois le fondement et l'aboutissement du contrôle. Pour autant, cette conception « restrictive » du contrôle, comme l'a montré Gérard BERGERON, n'exclut pas une approche plus extensive du contrôle qui permet au contrôleur de diversifier ses modes d'interventions et corollairement au contrôlé de voir son autonomie diminuée.

Les deux approches, restrictive et extensive, coexistent en droit français et trouvent à se confronter au travers de plusieurs distinctions classiques en droit.

10 La distinction entre légalité et opportunité. Selon Didier TRUCHET, « *la légalité désigne la conformité de l'acte aux règles qui s'imposent à son auteur et l'opportunité son adaptation aux circonstances dans lesquelles il est pris* »³⁹. En droit positif, il existe deux conceptions du contrôle juridictionnel sur l'action administrative, et ces conceptions peuvent également s'appliquer au contrôle qu'exerce une administration sur les actes d'un administré. Une première conception, classique en droit français, se veut restrictive, car elle centre l'objet du contrôle sur le droit⁴⁰ et sur le principe de légalité. C'est la position de Charles EISENMANN qui considérait en 1948 qu'« *un contrôle, c'est essentiellement une vérification de conformité, de la conformité d'objets à un modèle, à un type, à une norme* »⁴¹. Selon EISENMANN, « *le contrôle exprime et sanctionne le principe de légalité de l'administration et rien d'autre* »⁴². Dans cette conception restrictive du contrôle fondé sur la légalité, il n'y a pas de place pour

³⁸ MOKRANI S., *L'évolution du contrôle de l'État sur les établissements de santé*, op. cit., p. 36.

³⁹ TRUCHET D., *Droit administratif*, 8^e éd. 2019, p. 240.

⁴⁰ CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1., éd. du CNRS, 1962, p. 488 et s.

⁴¹ EISENMANN Ch., *Centralisation et décentralisation, Esquisse d'une théorie générale*, LGDJ, 1948, p. 167.

⁴² EISENMANN Ch., *Ibid.*, p. 163.

un contrôle de l'opportunité, car cette dernière ne comporte pas « *le même degré de certitude que les appréciations de régularité juridique* »⁴³.

Cette position restrictive du contrôle fait de l'administration de contrôle un « premier juge » de la légalité des actes pris par les personnes publiques ou privées. Se faisant, elle cantonne le contrôleur dans un rôle de vérificateur qui ne permet pas à une autorité de peser réellement sur le sens de la décision.

C'est pourquoi une autre école juridique prône une vision plus extensive du contrôle en le fondant sur l'opportunité. L'idée d'opportunité, qu'EISENMANN définissait par défaut comme « *tout ce qui, dans les qualités d'une action, d'une décision, d'une norme n'est pas strictement sa régularité juridique* »⁴⁴, est classiquement attachée au pouvoir discrétionnaire de l'administration qui se voit confier le choix de décider ou non des suites à donner à un acte ou une action. L'objet du contrôle ne serait plus seulement la règle de droit, mais la pertinence de la décision, ce qui élargit considérablement le pouvoir d'appréciation de l'autorité de contrôle. Cette vision extensive du contrôle a été défendue par d'autres auteurs dans le cadre du positivisme juridique qui répond à la nécessité d'adapter le contrôle aux nécessités du service public, tels LÉON DUGUIT⁴⁵, JEAN RIVERO⁴⁶, MARCEL WALINE⁴⁷, ou encore ANDRÉ DE LAUBADERE⁴⁸.

Il semble que cette conception extensive du contrôle corresponde au développement actuel de la pratique de l'inspection contrôle dans le champ étudié. Le contrôle exercé par les autorités administratives sur les établissements et services n'est plus présenté par l'Igas comme un simple contrôle de régularité à la norme, mais il vise également à permettre au contrôle de mesurer l'efficacité, voire l'efficience des décisions prises et des prestations fournies. Cette distinction entre régularité et efficacité a été mise en exergue dès le premier Guide d'inspection contrôle de l'IGAS à destination des services DRASS et DDASS en 2001 qui énonçait que « *le contrôle de régularité s'assure que les personnes ou organismes respectent les règles (au sens large) qui leur sont applicables ; il se réfère à des normes et règles explicites. Le contrôle d'efficacité vérifie que les organismes sous tutelle de l'État ou bénéficiaires de fonds publics gèrent et*

⁴³ MESCHERIAKOFF A.-S., Recherches sur le contrôle non juridictionnel de l'administration française, thèse dactyl., Strasbourg, 1973, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁴ EISENMANN Ch., *op. cit.*, p. 177.

⁴⁵ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, A Fontemoing, tome 2, 1911.

⁴⁶ RIVERO J., *Droit administratif*, Dalloz, 2e éd. 1962, p. 277.

⁴⁷ WALINE M., *Droit administratif*, 9e éd. Sirey, 1963, p. 915; WALINE M., *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 1969, p. 516.

⁴⁸ DE LAUBADERE A., *Traité élémentaire de droit administratif*, LGDJ, tome 1, 4e éd., 1967, p. 220.

délivrent des prestations de manière efficace (au regard de leurs objectifs) ou efficiente (au regard des moyens)⁴⁹ ; il se fonde sur des références et bonnes pratiques, voire sur le bon sens »⁵⁰.

On entrevoit à travers cette définition issue de la pratique de terrain un net basculement d'un contrôle qui n'est plus seulement fondé sur le seul respect de la norme, mais qui vise également à mesurer le résultat d'une prestation. C'est ce basculement qui doit nous guider dans notre recherche et que Marcel WALINE avait théorisé en 1963 en considérant que la vérification d'une action passe autant par le respect de la « norme juridique » (ou « contrôle de régularité ») que par celui de « la norme de bonne exécution » (ou « contrôle d'efficacité »)⁵¹. Toutefois, la « norme de bonne exécution » peut sembler subjective, et rendre le contrôle aléatoire si l'action qu'il est censé mesurer n'est pas bien encadrée par d'autres normes que la norme juridique.

11 Une autre distinction faite par la doctrine juridique est celle des actes juridiques et des actes matériels. Cette distinction est souvent traitée en droit dans l'étude de l'acte administratif unilatéral où se distinguent les actes décisifs qui produisent des effets de droit, et les actes non décisifs⁵² dans lesquels sont rangés les « actes matériels » appelés aussi « opérations matérielles », « agissements » ou encore « mesures préparatoires »⁵³.

La distinction entre actes juridiques et actes matériels s'avère intéressante à deux titres du point de vue de la fonction inspection-contrôle.

D'abord, elle intéresse l'objet du contrôle pour déterminer, du point de vue du contrôlé, si les actes juridiques et les actes matériels réalisés par lui sont soumis à des conditions identiques de contrôle de la part de l'administration. Une partie de la doctrine repose sur une conception restrictive du contrôle réalisé par une administration de « tutelle » qui porte uniquement sur l'acte administratif édicté par un opérateur public et non sur les opérations matérielles qu'il est

⁴⁹ Ce qui renvoie à l'article 15 DDHC relatif à la reddition de compte que chaque citoyen peut exiger de l'administration française.

⁵⁰ IGAS, Guide des bonnes pratiques d'inspection contrôle, Inspection par les DRASS et les DDASS, 2001 (non publié).

⁵¹ WALINE M., *Droit administratif*, 9^e éd., Sirey, 1963, *op. cit.* p. 915.

⁵² L'article L. 200-1 du CRPA dispose que « Pour l'application du présent livre, on entend par actes les actes administratifs unilatéraux décisifs et non décisifs. Les actes administratifs unilatéraux décisifs comprennent les actes réglementaires, les actes individuels et les autres actes décisifs non réglementaires. Ils peuvent être également désignés sous le terme de décisions, ou selon le cas, sous les expressions de décisions réglementaires, de décisions individuelles et de décisions ni réglementaires ni individuelles ».

⁵³ FRIER P.-L., PETIT J., *Droit administratif*, 12^e éd. 2018-2019, LGDJ, p. 355 ; WALINE J., *Droit administratif*, 27^e éd., Dalloz 2018, p. 453 ; DEBBASCH Ch., COLIN Fr., *Droit administratif*, 12^e éd., Economica 2018, p. 374 ; PLESSIX B., *Droit administratif général*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 970 ; LOMBARD M., SIRINELLI J., *Droit administratif*, 12^e éd., Hypercours Dalloz, 2017, p. 243.

amené à faire, comme l'a bien montré Sabrina MOKRANI dans son étude sur le contrôle des établissements de santé⁵⁴. Une autre partie de la doctrine a une vision plus extensive du contrôle qui s'intéresse aussi à l'acte matériel réalisé par un opérateur contrôlé. Aujourd'hui, c'est la conception extensive du contrôle qui prévaut, car l'administration ne s'arrête pas à l'exercice d'un contrôle de légalité a priori ou a posteriori sur les actes juridiques de l'opérateur (notamment public) dans le cadre de la tutelle, mais élargit celui-ci au contrôle des actes matériels et des prestations fournies au titre du service public.

Ensuite, du point de vue du contrôleur, cette distinction intéresse, la nature juridique de l'opération de contrôle et celle de la décision administrative qui en est la conséquence. D'un point de vue contentieux, il est primordial de savoir quelle appréciation le juge administratif peut porter sur une opération matérielle de contrôle qui a abouti à une décision administrative contestée dans le cadre d'un recours en annulation exercé par le contrôlé. Si classiquement, le juge administratif est saisi à titre principal d'un recours en annulation à l'encontre d'une décision administrative prise à la suite d'un contrôle, nous verrons qu'il peut être saisi à titre accessoire pour se prononcer sur l'opération de contrôle qui a permis la prise de décision contestée, notamment sur les irrégularités formelles qui viennent vicier la décision finale (incompétence ou vice de forme).

12 La distinction entre le contrôle a priori et le contrôle a posteriori. Cette distinction a priori /a posteriori est issue de l'ancienne tutelle administrative de l'État sur les collectivités qui prônait le contrôle a priori des actes administratifs. Les lois de décentralisation de 1982 ont allégé ce contrôle en conservant un contrôle a priori d'opportunité sur les actes dits « stratégiques », ce qui a aussi été le cas avec la réforme hospitalière de 1991 pour les établissements publics de santé⁵⁵, et en posant le principe d'un contrôle a posteriori de légalité sur les actes dits « de gestion courante », notamment par la voie du déferé préfectoral⁵⁶. Plus largement la distinction recouvre aussi celle des contrôles « ex ante » et « ex post » issue du

⁵⁴ Sabrina MOKRANI, dans son étude relative à l'évolution du contrôle de l'État sur les établissements de santé en 2017, fait notamment référence à des auteurs comme P. DUEZ et G. DEBEYRE, *Traité de droit administratif*, Dalloz, 1955, p. 24 ; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, A. Fontemoing, tome 2, 1911 ; G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, Marcel GIARD, tome 3, 3^{ed.}, 1926 ; A. DE LAUBADERE, *Traité élémentaire de droit administratif*, op. cit., p. 220 et s.; G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, 1949, p. 284 ; J.- M. AUBY, « Le milieu juridique de l'Administration », in J.-M. AUBY, P. BANDET, L. BOULET, *Traité de science administrative*, Mouton & Co. and École Pratique des Hautes Études, 1966, p. 215.

⁵⁵ Loi n° 91-748 du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière (ancien art. L. 714-5-1 CSP).

⁵⁶ REGOURD S., *L'acte de tutelle en droit administratif français*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1982.

droit de la concurrence⁵⁷ et qui repose sur une temporalité liée à un acte ou une situation à venir dans le premier cas, ou à une situation survenue dans le second cas⁵⁸.

Dans cette optique, la distinction entre contrôle « a priori » et contrôle « a posteriori » semble avoir trouvé un autre terrain d'application dans notre champ d'étude. Il ne concerne pas les actes des opérateurs, mais leurs activités quand elles consistent à prendre en charge des usagers. Ainsi, les inspecteurs parlent d'un contrôle « a priori » quand il est réalisé avant la survenance d'un incident à titre préventif, et « a posteriori » quand il fait suite à la survenance d'un incident et vise à en rechercher la cause, et à sanctionner l'auteur s'il y a lieu. Ce nouvel axiome fixé par les praticiens du contrôle ne recouvre pas seulement l'idée de police administrative ou de sanction administrative. Il traduit la volonté émergente de contrôler en amont le risque potentiel (qu'il soit humain ou économique) pour éviter en aval le risque réalisé, ce qui doit nous interroger sur la portée des contrôles actuels.

13 La distinction entre le contrôle interne et le contrôle externe. D'un point de vue sémantique, le contrôle interne est réalisé en interne à une structure, alors que le contrôle externe est réalisé par un tiers soit à la demande de la structure, soit sur décision expresse du tiers. Néanmoins, nous voyons que cette distinction simple recouvre en réalité de nombreuses sous-rubriques de contrôles qui sont très poreuses entre elles, ce qui porte à confusions.

Ainsi, parler de « contrôle de gestion » dans un établissement de santé vise un contrôle interne particulier qui relève d'avantage du pilotage interne de l'ensemble des composantes d'un établissement (coûts, activités, résultats) que d'un contrôle comptable effectué par le comptable public d'un hôpital (contrôle externe), ou celui du commissaire aux comptes dans le secteur privé (contrôle externe). L'activité du contrôleur de gestion d'un hôpital ne s'arrête pas au suivi et à l'affectation des dépenses. Elle répond au « *besoin d'information d'aide à la décision et spécialement d'aide à l'anticipation* » du dirigeant qui sollicite en interne le « management control »⁵⁹. Remarquons paradoxalement que s'il n'y a pas de texte obligeant les établissements à se doter d'un contrôleur de gestion, la loi a fortement incité les opérateurs publics à se doter

⁵⁷ La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie donne compétence à l'autorité de la concurrence pour réaliser ces deux types de contrôles sur les entreprises.

⁵⁸ La discipline évaluative utilise distingue aussi des évaluations « ex ante », « ex itinere » et « ex post ».

⁵⁹ BOUQUIN H., *Les fondements du contrôle de gestion*, PUF, 2011, p. 2.

d'outils et d'indicateurs de suivi de la « performance » qui vont servir accessoirement le contrôle externe, notamment budgétaire, exercé par les ARS⁶⁰.

14 Par ailleurs, le contrôle de gestion ou le contrôle comptable ne doivent donc pas être confondus avec le contrôle budgétaire effectué par une ARS sur un établissement de santé ou médico-social, ou encore avec le contrôle exercé par la CRC. Or, bien souvent, les autorités administratives telles les ARS ou les Directions de cohésion sociale ont tendance à vouloir simplifier la présentation de leurs propres prérogatives de contrôle en distinguant d'un côté le « contrôle de gestion » qui correspond en réalité au contrôle de la tarification, et de l'autre côté, le « contrôle de protection » qui recouvre la sécurité des usagers et donc la police administrative.

Il faut aussi souligner par ailleurs que cette porosité entre contrôles internes et externes se constate au sein de l'action publique par l'existence d'autres démarches qui, sans être des « avatars » du contrôle, en reprennent les codes tout en les ajustant à des modalités et des finalités particulières. On pense en particulier à l'évaluation et à l'audit. Parmi les nombreuses définitions existantes de ces démarches, nous retiendrons les définitions réglementaires qui ont pu en être données.

15 L'évaluation d'une politique publique *« a pour objet de rechercher si les moyens juridiques, administratifs ou financiers mis en œuvre permettent de produire les effets attendus de cette politique et d'atteindre les objectifs qui lui sont assignés »*⁶¹. A travers cette définition, nous voyons que l'évaluation, d'une politique, d'une action, d'un dispositif, d'un établissement, consiste à mesurer l'écart entre les objectifs fixés initialement et les résultats atteints ou non à l'issue d'un certain délai. L'évaluation peut se centrer sur les résultats (efficacité), sur le rapport moyens/résultats (efficience) ou sur les conséquences d'une action dans l'avenir (impact). Elle peut être interne (autoévaluation) ou externe lorsqu'elle est réalisée par un tiers, et si ce dernier est financeur de la chose évaluée, son objectif n'est pas la conformité à la norme ou la police administrative, mais très souvent les conditions de la reconduction d'un contrat avec l'opérateur évalué, notamment le CPOM.

⁶⁰ V. notamment la Circulaire du 21 juin 2001 relative au développement du contrôle de gestion dans les administrations qui définit le contrôle de gestion comme étant « *un système de pilotage mis en œuvre par un responsable dans son champ d'attribution en vue d'améliorer le rapport entre les moyens engagés - y compris les ressources humaines - et soit l'activité développée, soit les résultats obtenus dans le cadre déterminé par une démarche stratégique préalable ayant fixé des orientations* ».

⁶¹ Décret n° 90-82 du 22 janvier 1990 relatif à l'évaluation des politiques publiques (art. 1^{er}).

16 L'audit est un contrôle particulier que l'on peut définir comme « *une activité de conseil menée en concertation avec les responsables d'une organisation qui permet d'améliorer le fonctionnement et l'efficacité de la structure, les procédures, en leur donnant une assurance sur leur degré de maîtrise des risques et sur la pertinence de leur organisation au regard des buts à atteindre. L'audit a pour objectif l'évaluation des systèmes et non des personnes* »⁶². Pour mieux saisir les similitudes qui peuvent exister entre l'audit et le contrôle, il nous paraît nécessaire de rappeler qu'il existe différents types d'audits que l'on peut regrouper en trois familles.

D'abord une typologie selon le « périmètre » avec l'audit financier⁶³, l'audit social⁶⁴ et l'audit « qualité »⁶⁵. Ensuite, une typologie selon la « nature » de l'audit avec, d'un côté, « l'audit de conformité » qui vise à s'assurer de la conformité d'un organisme à un « référentiel » donné qui peut être « externe »⁶⁶ ou « interne »⁶⁷, et, d'un autre côté, « l'audit de processus » qui vise à s'assurer de la mise en œuvre des processus tels que définis, ainsi que de leur pertinence et de leur performance (la certification par la HAS relève à la fois de l'audit de conformité, car la certification est imposée par la norme, et de l'audit de processus, car elle mesure l'adéquation des mesures prises par l'établissement de santé à ses besoins particuliers). Enfin, il existe une typologie selon le « réalisateur » de l'audit avec, d'une part, « l'audit externe », appelé aussi « tierce partie », qui a vocation à renseigner les tiers sur l'organisme audité en délivrant une « attestation de conformité » (les visites de certifications de la HAS sont des audits externes), d'autre part, « l'audit interne » appelé aussi « première partie », car il est réalisé par, ou pour le compte de l'organisme lui-même (« audit interne externalisé ») en fonction de ses besoins internes.

Il s'avère que l'audit interne s'est particulièrement développé dans les administrations de l'État avec le Décret du 28 juin 2011 relatif à l'audit interne dans l'administration qui a instauré le

⁶² Définition de l'Igas dans le guide des bonnes pratiques d'inspection contrôle, reprise de la définition de l'Institut français de l'audit et du contrôle Interne (IFACI).

⁶³ Il s'agit de l'examen des états financiers d'une entité disposant d'une comptabilité. Il vise à vérifier la sincérité des comptes, leur régularité, leur conformité et leur aptitude à refléter une image fidèle de l'état des finances et actions comptables de l'entité audité.

⁶⁴ Il est appliqué à l'organisme, en particulier à la gestion des ressources humaines, mais aussi sur la responsabilité sociale des organismes.

⁶⁵ Il s'agit d'un examen formel, systématique et indépendant visant à s'assurer qu'un produit, un processus ou un système respecte les dispositions établies. Il permet d'identifier les écarts par rapport à un référentiel donné.

⁶⁶ Norme Iso 9001, Iso 15189, Iso 22000, ou référentiels dits de « service » (NF X 50 058 : Etablissements personnes âgées dépendantes, NF X 50 056 : Services à domicile, SGS QUALICERT, etc.).

⁶⁷ Par exemple, le projet d'établissement d'un IME ou le projet de service, ou un encore un outil interne d'application des recommandations de bonnes pratiques peuvent faire l'objet d'un audit de conformité interne.

Comité d'harmonisation de l'audit interne au niveau interministériel⁶⁸ et dont l'IGAS est le représentant pour le ministère des solidarités et de la santé⁶⁹. A ce titre, l'IGAS réalise, à la demande des ministres, des audits internes au sein des ministères sociaux et des structures rattachées, afin d'évaluer l'efficacité des dispositifs de maîtrise des risques de ces organismes (Agences nationales, ARS, services déconcentrés) ou à la demande des collectivités territoriales comme les audits des services départementaux à la demande du PCD.

Dans sa thèse relative à l'introduction d'une fonction d'audit interne dans l'administration centrale d'État en France, Laure CELERIER a bien montré comment cette introduction a été rendue possible « *non seulement par un contexte international et national caractérisé par le succès de l'audit, mais aussi par un ensemble antérieur de réformes, ayant eu notamment pour effet d'affaiblir la légitimité des contrôleur-e-s de l'administration* », et elle déduit de sa recherche que « *l'introduction de l'audit interne non seulement déstabilise l'organisation antérieure du contrôle dans l'administration, mais en outre est symptomatique d'un renouvellement de l'exercice du pouvoir étatique* »⁷⁰.

Les services déconcentrés du champ étudié ne sont pas en reste, ils commencent à procéder eux-mêmes à des audits externes sur des établissements et, dans une moindre mesure, à des évaluations sur les opérateurs extérieurs⁷¹.

17 C'est à l'aune de ce constat que la vigilance sur les termes employés s'impose. L'articulation entre évaluation, audit et inspection-contrôle est loin d'être aussi claire qu'il n'y paraît dans l'usage que les acteurs en font. Du point de vue des acteurs d'abord, les inspecteurs sont les agents dotés dans leurs statuts non seulement du pouvoir de contrôle, mais également de celui de procéder à des évaluations et même des audits⁷². Ces diverses compétences posent la question de la posture idoine à adopter au nom de leur hiérarchie quand on sait que les mêmes inspecteurs participent également à la gestion des établissements et services au titre de l'allocation de ressource de la planification et de la contractualisation. Du point de vue des résultats des démarches d'évaluation et d'audit ensuite, les ambiguïtés sont apparues, car ces

⁶⁸ Décret n° 2011-775 du 28 juin 2011 relatif à l'audit interne dans l'administration.

⁶⁹ Mission permanente d'audit interne de l'IGAS (MAI).

⁷⁰ CELERIER L., *L'introduction d'une fonction d'audit interne dans l'administration centrale d'État en France*, Thèse de sciences de gestion soutenue à L'université Paris-Saclay en décembre 2016.

⁷¹ Il s'agit souvent d'évaluations des actions de santé publique financées par l'administration par subventions comme les actions de lutte contre les conduites addictives dans le champ de la santé – ARS, ou les financements de projets « politique de la ville » dans le champ social.

⁷² L'audit a été introduit par le ministère dans les référentiels métiers des Inspecteurs de l'action sanitaire et sociale (IASS) en 2015 et ceux des Médecins inspecteurs et Pharmaciens inspecteurs de santé publique (MISP et PHISP) en 2016.

démarches « douces » ont été largement externalisées à des organismes privés, alors que leurs résultats ont acquis une juridicité certaine en droit des autorisations comme nous le verrons.

II - La délimitation de l'étude

Le sujet de cette recherche de droit public et de science administrative sur la place et le rôle de l'inspection contrôle est le fruit d'une pratique de l'inspection, d'observations de terrain, d'échanges avec des inspecteurs et des inspectés, ainsi que de réflexions personnelles en particulier sur la posture de l'État qui se veut de plus en plus « stratège » et de moins en moins acteur direct de l'action publique.

Toutefois, le sujet du contrôle s'avère d'emblée très large et il nous a donc fallu procéder, pour mieux circonscrire la réflexion, à trois délimitations : temporelle (1), géographique (2), matérielle (3).

1 – La délimitation temporelle

18 Pour bien comprendre la place et le rôle qu'occupe la fonction inspection-contrôle dans le champ étudié et son avenir possible, nous rappellerons brièvement son histoire en concentrant notre étude sur la période allant des années 1990 jusqu'à nos jours. Ce choix permet d'étudier l'inspection contrôle à l'aune, d'une part, du principe de sécurité sanitaire et ses transcriptions dans le champ étudié, d'autre part, de l'instauration du nouveau management public au sein de l'administration et de ses opérateurs publics et privés et de ses conséquences sur l'inspection-contrôle.

2- La délimitation géographique

19 L'étude porte sur la France au niveau national (agences nationales, IGAS) et infranational, à savoir les services territoriaux de l'État avec les ARS et les directions régionales et départementales de cohésion sociale, ainsi que les collectivités territoriales, (principalement le CD). Des éléments de comparaison internationale auraient été intéressants pour appréhender les approches que les pays étrangers ont sur l'inspection-contrôle des établissements et services sanitaire et sociaux. Mais il existe peu de littérature française sur le sujet et les difficultés de traduction des langues étrangères rendent la recherche compliquée. A cela vient s'ajouter la

question du modèle juridique de l'État et de l'administration française souvent différents des autres pays.

3- La délimitation matérielle

20 Du côté des « contrôlés », nous avons décidé de circonscrire la recherche aux établissements et services sanitaires, sociaux et médico-sociaux. En effet, cette étude a connu une évolution de son périmètre. Elle était au départ consacrée aux seuls ESSMS régis par le CASF (en particulier les établissements et services sociaux sous compétence d'autorisation du préfet de département ou du PCD). Mais il nous est vite apparu intéressant, en termes comparatifs, d'élargir la recherche au domaine sanitaire qui a vite été saisi par les effets de l'agencification, de la normalisation et des démarches qualité.

Toutefois, la recherche que nous avons effectuée en 2017 par occurrences sur les termes « inspection » et « contrôle » dans le CSP⁷³ a montré que les champs de contrôle relevant de ce code sont si nombreux qu'il nous fallait restreindre notre étude du volet santé aux seuls établissements de santé relevant du Livre 1^{er} de la 6^{eme} partie du CSP.

Ont donc été exclus de notre étude :

- Les contrôles réalisés par les agents santé-environnement des ARS « hors établissements » au titre de « la sécurité sanitaire des eaux et des aliments » tels les eaux potables, les eaux minérales naturelles et les eaux non potables (Titre II du Livre III de la Partie 1 CSP) ou les contrôles relatifs à la salubrité des immeubles ou les piscines et baignades (Titre III du Livre III de la Partie 1 CSP).
- Les contrôles relatifs aux médicaments et produits de santé (5^{eme} partie CSP) qui donnent lieu à la législation la plus importante en termes d'occurrences « inspection et contrôle » dans le CSP et dont l'exécution revient principalement à l'ANSM et aux ARS par délégation pour certains contrôles.
- Les contrôles relatifs à la biologie médicale (Livre 2 de la Partie 6 du CSP), ceux relatifs aux transports sanitaires et enfin ceux relatifs aux « autres services de santé » (Livre 3 de la Partie 6 du CSP) dont la plupart relèvent du contrôle des ARS mais ne font pas encore l'objet de

⁷³ Sur Légifrance.

programmes de contrôle dédiés, mise à part sur signalement (réseaux de santé⁷⁴, chirurgie esthétique⁷⁵, Centres de santé⁷⁶, Maisons de santé⁷⁷).

21 Ces exclusions ne signifient pas que nous n'ayons pas eu recours à la comparaison. En effet, il s'est avéré que plus le contrôle est technique, relevant d'une expertise, plus il a tendance à être externalisé par l'autorité administrative notamment à des organismes privés. Ce postulat doit interroger l'avenir des inspections contrôles réalisés en établissements de santé au regard de ce qui se pratique déjà dans le secteur « hors établissement » de la santé environnementale, des officines de pharmacie ou des laboratoires de biologie médicale.

Ainsi, l'intitulé de notre recherche porte sur « *l'inspection et le contrôle dans le champ des établissements et services sanitaires, sociaux et médico-sociaux* ». Nous avons particulièrement centré cette recherche sur les établissements et services qui hébergent ou accueillent des usagers en leur sein, ce qui met de côté des services, comme par exemple les services de soins infirmiers à domicile (SSIAD), les services polyvalents d'aide et de soins à domicile (SPASAD) ou les services tutélaires à la protection des majeurs (MJPM).

Seront donc couverts par cette étude les établissements et service de santé (3-1) et les établissements et services sociaux et médico-sociaux (3-2) tels que décrits ci-après.

3-1 Les établissements et services de santé

22 Dans cette catégorie, notre étude est consacrée principalement aux établissements de santé et leurs services internes au sens du Livre 1^{er} de la sixième partie du CSP. Il s'agit en premier lieu des EPS en tant que « personnes morales de droit public dotées de l'autonomie administrative et financière » soumis au contrôle de l'État⁷⁸. En second lieu, il s'agit des ESP⁷⁹, qu'ils soient à but non lucratif, qualifiés ou non d'ESPIC en application de l'article L. 6161-5 CSP, et les établissements de santé privés à but lucratif (cliniques privées).

⁷⁴ Art. L. 6321-1 à L. 6321-2 CSP.

⁷⁵ Art. L. 6322-1 à L. 6322-3 CSP.

⁷⁶ Art. L. 6323-1 à L. 6323-1-15 CSP.

⁷⁷ Art. L. 6323-3 CSP.

⁷⁸ Art. L. 6141-1 CSP.

⁷⁹ Art. L. 6161-1 CSP.

Selon une étude de la DREES publiée en 2020⁸⁰, le nombre des établissements de santé s'élevait en 2018 à 3 042, répartis en 1 360 établissements du secteur public⁸¹, 682 établissements du secteur privé non lucratif⁸², et 1 000 établissements du secteur privé à but lucratif⁸³.

En matière de contrôle, c'est moins le statut juridique de l'établissement de santé qui compte que les missions qui lui sont dévolues en application de l'article L. 6111-1 CSP et les spécialités développées (MCO, psychiatrie, SSR...), même si le statut juridique de l'établissement peut avoir des conséquences sur les formes et les modalités du contrôle. Les établissements et services de santé sont soumis au régime de l'autorisation⁸⁴ par le DGARS en ce qui concerne les activités de soins et des équipements matériels lourds. Cette autorisation constitue la première cause de contrôle par l'ARS, mais nous verrons que d'autres contrôles s'appliquent à eux.

3-2 Les établissements et services sociaux et médico-sociaux

23 Les établissements et services sociaux et médico-sociaux sont très nombreux en France. Petits ou grands, majoritairement privés associatifs mais aussi privés à but lucratif ou publics, ils ont vocation à être des lieux de vie (avec hébergement) ou d'accueil (sans hébergement) des personnes vulnérables, et mettre en œuvre l'action sociale et médico-sociale au sens de l'article L. 311-1 CASF. Il en existe une grande variété correspondant aux différents types de populations prises en charge.

Selon le panorama publié par la DREES en 2019 sur le secteur jeunesse, sports et cohésion sociale⁸⁵, au 31 décembre 2018, il existait 17 845 établissements et services médico-sociaux en France métropolitaine et en outre-mer (hors services intervenant à domicile), dont 8 731 établissements et services pour personnes âgées, 6 752 pour adultes handicapés et 2 362 pour enfants et adolescents handicapés.

⁸⁰ DREES, Les établissements de santé, Panorama de la DREES Santé, édition 2020, sous la direction de Fabien TOUTLEMONDE, p. 21.

⁸¹ CHR/CHU ; CH, hors anciens hôpitaux locaux ; CH, anciens hôpitaux locaux ; CH spécialisés en psychiatrie ; Autres établissements publics.

⁸² Centres de lutte contre le cancer ; Établissements de soins de courte durée ou pluridisciplinaires ; Établissements de soins de SSR ; Autres établissements à but non lucratif.

⁸³ Établissements de soins de courte durée ou pluridisciplinaires ; Établissements de soins de SSR ; Établissements de lutte contre les maladies mentales ; Autres établissements à but lucratif.

⁸⁴ Art. L. 6122-2 CSP.

⁸⁵ DREES, Panorama statistique Jeunesse, Sports, Cohésion sociale, les régions françaises, 2019.

Dans le secteur de l'ASE relevant de la compétence du département, la DRESS, dans une étude publiée en 2020 sur l'année de base 2017⁸⁶, dénombrait 1 963 établissements pour enfants et adolescents, dont 1 233 maisons d'enfants à caractère social⁸⁷.

Enfin, dans le secteur de la Cohésion sociale relevant du préfet de département (DDCS), la DREES dans une étude de 2019 comptabilisait au 31 décembre 2016 le nombre de 2 994 établissements sociaux⁸⁸, dont 2 582 structures d'accueils et de réinsertion sociale pour personnes précaires⁸⁹ et 412 établissements et services d'accueils pour demandeurs d'asile⁹⁰.

Ces ESSMS sont encadrés par un régime de police administrative individuelle préventive complexe et différencié selon le type d'établissement et service. La majorité des établissements et services qui mettent en œuvre l'action sociale et médico-sociale relèvent désormais du régime de l'autorisation⁹¹ et sont recensés à l'article L. 312-1 CASF. Cette autorisation préalable délivrée pour une durée de quinze ans vaut, sauf mention contraire, « habilitation à recevoir des bénéficiaires de l'aide sociale et, lorsque l'autorisation est accordée par le représentant de l'État, ou le DGARS, seul ou conjointement avec le PCD, autorisation de dispenser des prestations prise en charge par l'État ou les organismes de sécurité sociale »⁹².

Le périmètre de cette étude concernera spécifiquement les ESSMS sous autorisation. Nous n'aborderons pas la question des ESSMS placés sous le régime de la déclaration qui était, jusqu'à 2002, le régime de droit commun mais qui a été considérablement réduit depuis cette date et concerne les accueils familiaux de mineurs⁹³ ou d'adultes⁹⁴. Nous n'aborderons pas non plus les accueils de personnes vulnérables qui bénéficient du régime de l'agrément⁹⁵.

⁸⁶ Dossiers de la DREES, 61 000 enfants, adolescents et jeunes majeurs hébergés fin 2017 dans les établissements de l'aide sociale à l'enfance, n° 55, mai 2020.

⁸⁷ Les autres établissements sont répartis en 243 Foyers de l'enfance, 33 Pouponnières, 28 Villages d'enfants et 426 Lieux de vie.

⁸⁸ Études et résultats, DREES, n° 1102, février 2019.

⁸⁹ Notamment 847 Centres d'hébergement et de réinsertion sociale (CHRS).

⁹⁰ Notamment 332 Centres d'accueil pour demandeurs d'asile (CADA).

⁹¹ Art. L. 313-1 CASF.

⁹² Art. L. 313-6 CASF.

⁹³ L. 321-1 à 4 et R. 321-1 à 9 CASF.

⁹⁴ L. 322-1 à 9 et R. 322-1 à 7 CASF.

⁹⁵ Les accueils sous agrément concernent les accueils familiaux à domicile de 3 personnes ou plus (personnes âgées ou handicapées accueillies chez des particuliers), tels que prévus à l'article L. 441-1 CASF et pour lesquels le président du Conseil départemental délivre l'agrément (L. 441-1 CASF) et en contrôle le respect (L. 441-2 CASF) ou le défaut (L. 443-8 CASF). Il existe également les accueils communautaires pour personnes en difficultés créés par la loi du 1er décembre 2008, comme la communauté d'Emmaüs (article L. 265-1 CASF) et dont la délivrance de l'agrément (R. 265-1 CASF) et le retrait (R. 265-10 CASF) sont du ressort du préfet de département.

III - La problématique de l'étude

L'inspection-contrôle a connu plusieurs évolutions qui interrogent sa place et son rôle en particulier dans le champ de notre étude. Celle-ci nous amènera à remonter rapidement dans le temps pour voir comment ont évolué l'inspection-contrôle et ses acteurs, au sortir de la seconde guerre mondiale avec la proclamation d'un droit à la protection de la santé par l'article 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946⁹⁶, jusqu'aux années 1980, avant de constater que les années 1990 ont constitué un tournant important autour du concept de sécurité sanitaire d'une part, et d'efficience des politiques de santé d'autre part, concepts qui n'ont fait que se renforcer dans les années 2000 avec le concept de « qualité » associé à celui de « droits des usagers ».

La problématique de cette étude se nourrit du constat que l'inspection contrôle est à la croisée des chemins (1), et qu'elle est soumise à des paradoxes (2), ce qui nous amène à poser une question de départ (3).

1- L'inspection-contrôle à la croisée des chemins

La fonction inspection-contrôle semble avoir atteint au moment de notre recherche un « plateau », comme si elle était à la fin d'un cycle et au début d'un autre. En effet, elle a connu des évolutions simultanées qu'il nous faut présenter pour bien comprendre les enjeux actuels.

24 La première évolution tient dans la multiplication des acteurs de l'inspection contrôle sur ce champ (que les services de l'État nomment « effecteurs »). Il peut s'agir d'acteurs publics au niveau national (agences nationales de sécurité sanitaire, IGAS) et au niveau territorial (ARS pour le champ sanitaire ; ARS et CD pour le champ médico-social ; CD et DDCS pour le champ social). Mais l'inspection contrôle s'est aussi ouverte à des acteurs privés avec des organismes tantôt « habilités », « agréés » ou « notifiés » par une autorité administrative pour exercer des contrôles en son nom, tantôt exerçant des contrôles directement pour le compte de l'établissement ou du service contrôlé (désigné sous le nom d'opérateur) sous forme d'audit, voire des contrôles réalisés pour le compte d'une association d'usagers consommateurs.

⁹⁶ Art. 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « Elle (la nation) garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et au vieux travailleur, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ».

25 **La seconde évolution concerne l'objectif de l'inspection contrôle, sa finalité.** A l'origine, le contrôle dans le champ étudié est un contrôle de surveillance des populations au sens de protection des personnes (police administrative), doublé d'un contrôle financier (notamment des hospices). Mais les finalités de l'inspection contrôle se sont largement diversifiées, dépassant le simple contrôle de régularité pour aller vers un contrôle de l'efficacité, de l'efficience, voire de la pertinence des prises en charges. Cette « hypertrophie du contrôle »⁹⁷ pose la question de la cohérence des contrôles entre eux et de leur légitimité vis-à-vis des administrés.

26 **La troisième évolution est liée intimement aux deux premières et concerne les modalités ou les formes du contrôle.** L'inspection contrôle est aujourd'hui perçue par ceux qui en ont la charge comme largement remise en question par les nouvelles fonctions d'accompagnement à « l'amélioration continue de la qualité » et aux « restructurations » des établissements et services dévolues aux services de l'État et aux collectivités territoriales, parfois avec l'aide d'organismes privés, et qui produisent des effets de droit.

Il s'agit de l'accréditation des professionnels de santé, de la certification des établissements de santé, et de l'évaluation interne et externe qui est leur corollaire pour les établissements et services sociaux et médicaux sociaux, adossés désormais à la contractualisation obligatoire et au développement des recommandations de bonnes pratiques. On peut y ajouter les audits internes ou externes réalisés par des organismes privés, ou par l'administration qui développe la fonction audit, tant en interne à ses services, qu'en externe sur les opérateurs de terrain (l'audit figure de plus en plus dans les organigrammes des autorités administratives aux côtés des termes inspection et contrôle).

Nous pouvons nous demander si ces fonctions d'accréditation, de certification, d'évaluation, et de contractualisation ne sont pas des techniques de « direction juridique souple ou non autoritaire des conduites » mises en exergue par les travaux de Paul AMSELEK⁹⁸. Le terme « direction » ne doit pas ici être assimilé à un « instrument de pression » mais à un « instrument d'évaluation », selon Paul AMSLEK, doté d'un rôle d' « exemplarité »⁹⁹. Dans sa thèse sur la

⁹⁷ BRUNETIERE J.-R., « Heurs et malheurs du contrôle de gestion en politique. Pour un nouveau management politique », *RFAP* 2015, n° 155 p. 745.

⁹⁸ AMESELEK P., « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP* 1982, p. 275 et s.

⁹⁹ AMESELEK P., *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, LGDJ, Philosophie du droit, 1964, p. 230 et s.

régulation en droit public, Laurence CALENDRI n'évoque pas les outils évaluatifs ou contractuels, mais elle aborde la place des recommandations en tant qu'« actes incitatifs ». Ces actes incitatifs peuvent sous certaines conditions devenir prescriptifs car, comme l'a souligné Denys DE BECHILLON, « une sorte de commandement sommeille dans la recommandation »¹⁰⁰. Laurence CALENDRI parle même de « norme modèle », qui est le fondement du rapprochement entre invitation et normativité, considérant que « la norme « dirige », non en exerçant une « pression », mais en indiquant un « modèle » ; elle est un moyen, pour le sujet, de juger sa création, elle permet une confrontation de l'être au « devoir être »¹⁰¹. Aussi peut-on se demander si, à travers les démarches évaluatives et contractuelles en cours dans le champ sanitaire et social, la « qualité » ne serait pas devenue un « modèle » d'exemplarité à part entière qui, non seulement, fait « pression », mais s'impose juridiquement aux contrôleurs comme aux contrôlés.

Ces fonctions interrogent l'organisation des structures et les pratiques professionnelles des personnels qui y exercent, mais également les pratiques des inspecteurs et contrôleurs, qui peuvent passer insensiblement du contrôle à la régulation et inversement¹⁰², notamment grâce aux effets que ces fonctions produisent en droit des autorisations, ou lorsque les contrôleurs intègrent les recommandations de bonnes pratiques dans l'exercice de leur activité d'inspection contrôle. A travers cette étude de la praxis du contrôle se pose la question de la nature juridique de ce que l'on appelle aujourd'hui « la norme », et qui révèle en réalité une grande variété de « normes » souvent éparses et de forces juridiques incertaines qui tendent à composer un « maleström normatif »¹⁰³.

27 Simultanément au développement de la « soft law », la recherche de performance de l'action publique s'est particulièrement accrue avec la mise en place des politiques successives de réforme de l'État (LOLF en 2001, RGPP en 2007, REATE en 2010, MAP en 2012, Action publique 2022 instaurée en 2017) qui visent à faire de l'État un « stratège » en charge du pilotage et de l'animation territoriale des politiques sur un territoire, plus qu'un État « gendarme » utilisant ses prérogatives de contrôle pour faire respecter de manière égalitaire la règle de droit¹⁰⁴.

¹⁰⁰ DE BECHILLON D., *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, éd. Odile Jacob, 1997 p. 191-192.

¹⁰¹ CALENDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ 2008, p. 268.

¹⁰² OBERDORFF H., KADA N., *Les institutions administratives*, éd Sirey, 2016, n° 8, p. 35.

¹⁰³ TABUTEAU D., éditorial « Les tribunes de la santé », 2020/2 n° 64 p. 3 et 4.

¹⁰⁴ « À un État interventionniste, s'est substitué un État stratège et pilote, soucieux de faire participer les citoyens à l'élaboration des décisions administratives, sans pour autant se déposséder de ses compétences ni de ses

Les baisses sensibles de moyens budgétaires et d'effectifs et les regroupements de services ont ainsi permis un recentrage de l'État sur une activité de pilotage des politiques au niveau local et d'accompagnement des structures. Cette nouvelle organisation doit favoriser la responsabilisation des opérateurs de terrain par l'amélioration continue de la qualité, avec l'autoévaluation des établissements, la contractualisation et la coopération qui sont autant d'objectifs fixés par le législateur et sur lesquels les autorités administratives régionales et départementales sont attendues et évaluées.

Dans mes activités passées d'inspecteur de l'action sanitaire et sociale, et dans mon poste actuel d'enseignant sur la méthodologie d'inspection et de contrôle dans le champ des établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux à l'EHESP, j'ai l'occasion d'échanger avec les acteurs de terrain (ARS, DRJSCS, DDCS, CD) dans le cadre des formations à la méthodologie d'inspection, de participer à des séminaires avec l'IGAS et les administrations centrales du ministère des affaires sociales et de la santé sur les orientations nationales de contrôles ou sur l'élaboration de guides nationaux de contrôle. Je remarque ainsi les paradoxes en cours à propos de l'inspection contrôle et les confusions qu'il y a lieu de pointer pour essayer de les dissiper.

2- L'inspection-contrôle soumise à des paradoxes

28. D'un point de vue « cognitif », l'inspection contrôle est entendue par les inspecteurs comme une fonction au service de la police administrative et de la police judiciaire. Ils voient en elle le « cœur de métier », alors que leurs autorités administratives semblent la considérer comme une « variable d'ajustement », un mal nécessaire qui peut venir perturber leur mission d'accompagnement. On peut même faire le constat d'une certaine ambivalence qui apparaît dans le fait d'élaborer des programmes annuels de contrôles des structures pour répondre à l'exigence publique de sécurité sanitaire et de protection des personnes, tout en affichant en externe auprès des organismes gestionnaires¹⁰⁵ ou des « opérateurs partenaires » que sont les établissements et services, une réorganisation de ces mêmes administrations autour de l'animation territoriale jugée plus valorisante.

prérogatives » in SAUVE J.-M., « Le droit de la régulation économique », Allocution d'ouverture du colloque organisé par l'Association des Conseils d'État et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne (ACA-Europe), 16 juin 2014.

¹⁰⁵ Terme utilisé à propos des associations gestionnaires d'établissements et services dans le champ social et médico-social.

Une certaine aversion au contrôle et à l'inspection s'est ainsi développée dans les états-majors des autorités administratives, tant nationales que territoriales, qui fait que la coercition ne doit pas venir gripper le mécanisme d'accompagnement des établissements et services mis en place par la contractualisation et renforcé par les normes douces et la culture de l'erreur positive qui encourage les établissements à déclarer les événements indésirables pour mieux les traiter et, in fine, les prévenir.

Le point de vue cognitif sur la fonction inspection-contrôle nous a amené à nous poser la question des paradoxes liés à l'inspection-contrôle du point de vue juridique.

29. D'un point de vue juridique, nous faisons trois constats que nous livrons dans cette introduction sans hiérarchie entre eux.

2-1 Un encadrement juridique défaillant du contrôle administratif « non juridictionnel »

30. Le premier constat est celui d'une connaissance très faible par les administrations sanitaires et sociales du cadre juridique et des enjeux juridiques de l'inspection contrôle, notamment de leurs suites administratives et pénales finalement peu utilisées, alors que la responsabilité encourue par l'administration en cas de défaut de contrôle est encore trop souvent absente des débats nationaux ou locaux. L'inspection contrôle ne serait perçue que comme un processus méthodologique de mesure des risques encourus ou avérés, ouvrant sur une variété de réponses possibles, sans toujours replacer ces réponses dans un contexte et un régime juridique particuliers.

Ce constat ne concerne pas que le secteur sanitaire et social, car de nombreuses administrations de l'État, telles que, par exemple, les administrations fiscales et douanières, l'inspection du travail, la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, les services chargés de la protection de l'environnement et également la plupart des autorités administratives indépendantes, disposent de « pouvoirs d'enquêtes » qui leur permettent l'exercice de leurs missions de contrôle et de régulation, notamment afin de rechercher et constater des manquements à la réglementation applicable, voire des infractions pénales¹⁰⁶. Or, il se trouve que ces pouvoirs d'enquêtes administratives ou pénales sont très

¹⁰⁶ Il en va de même pour de nombreux établissements publics et certains organismes de droit privé chargés d'une mission de service public.

variés et régis par des dispositions qui sont disséminées dans différents textes et codes, ce qui n'en facilite pas la lecture et l'exécution.

C'est pour cette raison qu'Édouard PHILIPPE, alors premier ministre, a saisi le Conseil d'État le 24 février 2020 d'une demande d'étude à remettre d'ici le 15 octobre 2020 « *permettant d'éclairer le gouvernement sur les pouvoirs d'enquêtes des administrations et des autorités administratives indépendantes et leur régime juridique* »¹⁰⁷. Cette demande doit conduire en premier lieu à procéder à « *un recensement des administrations et autorités administratives indépendantes dotés de pouvoirs d'enquête, ainsi qu'à un état des lieux de ces pouvoirs, des conditions dans lesquelles ils s'exercent, des garanties dont ils sont assortis, des recours dont leur exercice peut faire l'objet* », afin que cette étude « *examine si l'attribution de ces pouvoirs d'enquête est cohérente et adaptée à l'exercice des missions confiées à ces administrations et autorités administratives indépendantes* ».

En second lieu, le Conseil d'État doit formuler des « *propositions pour harmoniser, en tant que de besoin, les pouvoirs d'enquête et leurs garanties et sécuriser leur régime juridique au regard notamment du droit de l'Union européenne et des exigences qui découlent de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen* ». Il devra en particulier « *déterminer, dans le respect des spécificités qui s'attachent à certaines missions, si et dans quelle mesure un cadre de référence peut être fixé, qui pourrait être commun à plusieurs administrations ou autorités indépendantes, le cas échéant avec une gradation des pouvoirs d'enquête en fonction de la nature des finalités poursuivies* ».

La demande du premier ministre est précise et croise les préoccupations de notre recherche en divers points. Nous essaierons de démontrer en quoi les faiblesses juridiques de l'inspection-contrôle dans le champ étudié contribuent à une rétractation de cette activité « en temps réel » et participe à la confusion qui peut s'instaurer, notamment avec les démarches qualifiées.

31. Selon nous, une des explications relative au manque de sécurisation juridique de l'inspection-contrôle dans le champ étudié tient dans la faiblesse des ressources juridiques au sein du ministère des solidarités et de la santé, que ce soit au niveau central¹⁰⁸ et au niveau des

¹⁰⁷ Demande d'étude du Premier Ministre au Vice-Président du Conseil d'État relative aux pouvoirs d'enquête des administrations et des autorités administratives indépendantes, 24 février 2020.

¹⁰⁸ Les administrations centrales comme la DGCS ou la DGS possèdent une direction juridique transversale à leurs directions métiers alors que la DGOS ne fait pas figurer de direction juridique dans son organigramme. À côté, de ces directions juridiques thématiques existe la Direction des affaires juridiques des ministères sociaux (DAJ) dont l'organisation relève de l'article 7 du décret n° 2013-727 du 12 août 2013 portant création, organisation et

services territoriaux¹⁰⁹. Les ressources humaines en droit sont principalement occupées par des questions qui ne concernent pas la sécurisation juridique des missions d'inspection contrôle, ni même le contentieux qui pourrait découler de ces missions (suspensions, administrations provisoires ou cessations d'activités par exemple). Ces cellules juridiques sont principalement en appui des directions métiers des autorités administratives pour la relecture des projets de textes au niveau national, la sécurisation des contrats de personnels, la commande publique, voire la résolution de contentieux tarifaires ou de droits des personnes¹¹⁰. Ainsi, aucun thésaurus juridique relatif à l'inspection n'est disponible au niveau national, de même qu'aucune donnée de contentieux suite à inspection n'est recensée.

Ajoutons à cela que l'IGAS ne possède pas de son côté de cellule juridique, ni même de juriste, en dehors d'un magistrat généralement judiciaire détaché qui répond ponctuellement aux demandes internes sans vraiment participer à la consolidation juridique de l'inspection-contrôle. Ces éléments font que les praticiens de l'inspection contrôle se retrouvent très souvent livrés à eux même face à des questions juridiques posées par les missions d'inspection auxquelles ils participent, cherchant souvent des réponses auprès des quelques inspecteurs ayant une appétence pour l'approche juridique dans leurs réseaux.

32. Ce constat nous amène à émettre une hypothèse souvent avancée par les inspecteurs. Le désintérêt marqué pour la chose juridique relative à l'inspection-contrôle s'expliquerait tout simplement par la faiblesse des inspections réalisées et surtout par le faible nombre de suites données. Cette hypothèse est souvent suivie d'une proposition : l'intérêt pour l'inspection devrait se mesurer au contentieux qu'elle génère devant le juge administratif et aux réponses que ce dernier peut y apporter. La sécurisation juridique devrait ainsi passer de manière pédagogique par la réponse juridictionnelle. Aussi, relève-t-on le paradoxe suivant : Faire plus d'inspections permettrait de générer plus de contentieux dans un premier temps, mais qui permettrait dans un second temps d'intégrer ces erreurs pour ne pas les reproduire. Or, faire plus d'inspection, c'est également remettre en question la mission de gestion et d'accompagnement que les autorités administratives déploient au quotidien dans le champ concerné, ce que confirme les deux constats suivants.

attributions d'un secrétariat général des ministères chargés des affaires sociales et dont le fonctionnement est précisé par l'arrêté du 29 novembre 2019, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2019.

¹⁰⁹ Les ARS comme les DRJSCS, les préfectures ou les Conseils départementaux possèdent des cellules juridiques.

¹¹⁰ Droit au logement opposable, droit des demandeurs d'asile, etc.

2-2 Le mélange des genres entre le contrôle et le conseil

33. Le deuxième constat concerne spécifiquement les agents des services territoriaux de l'État (ARS, DRJSCS, DDCS), et dans une moindre mesure, ceux des CD. Ces agents représentent la majorité des publics reçus en formation initiale et continue sur l'inspection-contrôle à l'EHESP par rapport à ceux des agences nationales de contrôle comme l'ANSM, ABM ou ASN. Ces agents territoriaux assurent, d'une part, la fonction de « gestion » des établissements et services par leur rôle de tarification, planification et contractualisation, et, d'autre part, la fonction d'« inspection contrôle » à l'égard des mêmes établissements et services.

Cette confusion des postures est accrue par un autre point. En effet, nous verrons que l'inspection a vu sa définition pratique évoluer depuis la fin des années 1990 pour lui permettre d'intégrer des recommandations issues notamment des bonnes pratiques professionnelles de la HAS ou de l'ANESM, se rapprochant ainsi de la finalité de l'audit.

2-3 Vers une fusion des finalités de contrôles ?

34. Le troisième constat juridique est celui qui ressort de cette étude, à savoir la fusion des finalités des différents types de contrôles existants autour des notions de sécurité, de qualité, et d'efficience, ainsi que le rapport parfois ambigu que ces contrôles entretiennent avec l'accompagnement des structures. Il nous semble ainsi que l'inspection contrôle, au sens régalien du terme, se trouve actuellement en pleine confusion. En perte d'identité et de repères, elle s'interroge sur son avenir.

3 - La question de départ

35. Au regard de ces constats, la question de départ de notre recherche est de savoir en quoi la notion d'inspection-contrôle dans le champ des établissements et services sanitaires, sociaux et médico-sociaux a évolué.

Est-on passé d'une culture de la règle à une culture du résultat et quelles en sont les conséquences sur l'activité d'inspection-contrôle des services de l'État et des CD ?

Cette problématique nous amènera à rechercher si une bonne activité de l'État, consiste seulement en de la règle ou aussi de la régulation. Est-ce le contrôle qui a changé de nature ? s'est-il diversifié ? ou bien a-t-il régressé au bénéfice d'autres activités plus souples sous l'influence du droit de la concurrence, du droit communautaire et de la situation budgétaire de l'État ?

Cette question de départ nous amène à émettre des hypothèses.

Les hypothèses

Selon le dictionnaire le petit Robert, l'hypothèse est une « *proposition relative à l'explication d'un phénomène, qui est admise avant d'être soumise au contrôle de l'expérience* ». Nous émettrons dans le cadre de notre thèse trois hypothèses qui devront être confirmées, infirmées, précisées, ou nuancées pour apporter une réponse justifiée et expliquée de notre recherche.

36. La première hypothèse consiste à avancer qu'il n'y a pas un seul type de contrôle, mais plusieurs types de contrôles, dont certains se fondent sur une norme édictée, et d'autres sur un impératif général de protection des personnes ou sur le bon usage des deniers publics. Leurs régimes juridiques sont différents et mal connus des agents chargés de leur application dans le champ étudié, ce qui contribue à l'insécurité juridique du processus d'inspection contrôle.

37. La deuxième hypothèse se fonde sur l'idée que la notion de « norme » évolue avec la création et la diffusion de normes techniques nécessaires à l'évolution constante des modes de prises en charge dans le champ sanitaire et social. Le processus de normalisation des bonnes pratiques professionnelles (quasi-normes) et la reconnaissance d'une opposabilité juridique par le juge administratif aurait des conséquences sur les pouvoirs de contrôle.

38. La troisième hypothèse avance que les démarches évaluatives et contractuelles sont fondées sur l'idée d'accompagnement à l'amélioration continue de la qualité et tendent à la fois à se distinguer du contrôle classique par les moyens utilisés, mais à s'en rapprocher dans leurs objectifs autour de la finalité de « qualité et sécurité » des prises en charge et que, si c'est le cas, il y a lieu de rechercher si une complémentarité est possible entre ces différentes démarches pour éviter leur confusion.

IV – La méthodologie et le plan de l'étude

1- La méthodologie de l'étude

39- Cette thèse se propose d'étudier, du point de vue du droit public et de la science administrative, la place et le rôle de l'inspection contrôle dans le champ des établissements et services sanitaires, sociaux et médico-sociaux.

Nous partons du postulat à démontrer selon lequel l'inspection est un mode opératoire de contrôle qui se rattache essentiellement à la sécurité et à la police administrative, mais que cette finalité n'est pas exclusive d'autres finalités plus larges qui rendent son exercice complexe, voire confus, alors que l'inspection-contrôle croise désormais ce que nous pourrions appeler des « nouveaux moyens de contrôle » fondés sur le concept de qualité avec lesquels les autorités administratives doivent aujourd'hui composer.

L'objectif de cette thèse est de proposer une meilleure articulation entre les différentes formes de contrôles en envisageant, soit un recentrage de la fonction inspection sur son étymologie première qui semblerait être la police administrative et le contrôle budgétaire (mais est-ce que les effectifs actuels le permettent ? est-ce que la volonté politique est présente ?), soit d'imaginer que la coexistence de ces différents contrôles peut déboucher sur une complémentarité assumée entre eux.

Pour cela, il nous faut questionner les notions d'« inspection », de « contrôle », de « régulation » et de « qualité » au travers de leur juridicité et de leur justiciabilité, et les confronter à la « norme » et au mouvement de « normalisation » en cours dans ce champ.

Cette réflexion s'inscrit aussi dans une période charnière où plus de 30 000 établissements et services sociaux et médico-sociaux ont fait l'objet d'une évaluation interne et d'une évaluation externe en vue de leur renouvellement d'autorisation par les autorités administratives en 2017, alors que l'on voit se dessiner un rapprochement de la certification et de l'évaluation autour de la HAS.

Afin de confirmer ou infirmer les hypothèses émises, nous utiliserons plusieurs méthodes combinées entre elles.

Aborder la place et le rôle actuels de « l'inspection contrôle » suppose de procéder préalablement à une taxinomie des acteurs du contrôle, (autorités de contrôle et agents de contrôle), et des catégories de contrôles dans le champ étudié, principalement recensés dans le CSP, le CASF et le CSS. Cette approche de la typologie actuelle des contrôleurs et des contrôles suppose un regard rétrospectif historique de la fonction « inspection contrôle » afin de mieux comprendre son évolution et ce qui se joue aujourd'hui entre les acteurs et les différents contrôles.

A travers cette typologie, nous utiliserons la méthode téléologique pour rechercher la finalité de chaque contrôle, leurs interactions et les enjeux qui en découlent.

40- Dans un premier temps, nous étudierons les « contrôles classiques » (contrôle de police administrative, contrôle de légalité, contrôle budgétaire, etc). Dans ce cadre, nous nous pencherons spécifiquement sur la fonction « inspection » pour travailler sur le postulat de départ souvent avancé par les praticiens et la doctrine selon lequel l'inspection serait un contrôle particulier au regard des pouvoirs mis en œuvre et au regard d'une finalité particulière qui serait la police administrative et la sanction administrative. Cet intérêt spécifique pour l'inspection guide notre recherche. Il est motivé par la volonté de lever les doutes ou les croyances à son propos, non pas pour remettre l'inspection à sa place (en a-t-elle une attribuée spécifiquement aujourd'hui ?), mais pour mettre en exergue des confusions qui la concernent, la complexité qui la caractérise, tant du point de vue de la pratique que du point de vue du droit, et notamment de la doctrine et de la jurisprudence.

L'approche taxinomique permet d'identifier la nature juridique des décisions prises dans le cadre de chaque type de contrôle. L'approche téléologique permet de connaître le régime juridique applicable à ces décisions et à leurs actes préparatoires.

41- Dans un second temps, nous aborderons la question de l'articulation entre ces contrôles « classiques » et ce que l'on peut appeler les « nouveaux contrôles » que sont les démarches évaluatives et les démarches contractuelles fondées sur la qualité et les normes douces. Les points de convergences et de divergences entre ces contrôles seront soulignés. Leur complémentarité ou leur concurrence étudiées. Pour ce faire notre étude procédera à la fois par la méthode déductive en partant des hypothèses émises ci-dessus pour les confronter à la réalité de terrain, et par la méthode inductive en partant de la réalité de terrain par les observations des pratiques des autorités administratives et de leurs agents inspecteurs et contrôleurs, afin d'en tirer des conséquences théoriques qui se rapportent à nos hypothèses.

Une des difficultés majeures de notre étude est la faiblesse des données de terrain diffusées en matière d'inspection contrôle, aussi bien par les administrations centrales du ministère des solidarités et de la santé que par l'IGAS qui produit des rapports sur l'inspection-contrôle notamment dans les ARS mais ne les publient pas. C'est encore plus le cas des services territoriaux (ARS, Directions de cohésion sociale, CD) très soucieux du devoir de réserve et du respect du secret professionnel envers les professionnels et usagers. Cette culture du secret est un des éléments qui interroge la pratique des autorités, mais aussi l'exigence de transparence du service public et au-delà, la qualité du service rendu aux usagers à travers l'outil inspection contrôle. Cette posture interroge d'autant plus que de leurs côtés, les démarches qualités sont très médiatisées, comme nous le verrons et en tirent une légitimité forte, alors que les démarches plus coercitives se déroulent « en silence ».

Cette étude utilisera également une approche pluridisciplinaire nécessaire lorsque l'on se penche sur l'organisation et le fonctionnement des autorités administratives et des établissements et services poursuivant des objectifs de service public et soumis aux contraintes budgétaires. Nous nous appuierons ainsi sur les sciences de gestion et du management pour comprendre l'impact du « nouveau management public »¹¹¹ sur les opérateurs de terrain et les autorités administratives chargées de leur contrôle. Nous emprunterons aussi aux sciences administratives pour mettre en perspective historique l'évolution du rôle de l'État dans l'action publique et éclairer l'inspection contrôle à l'aune des nouveaux paradigmes de l'État¹¹².

Il nous semble à ce propos que derrière ce qu'attendent les pouvoirs publics des établissements et services du champ soumis à notre étude, en termes notamment de « qualité et sécurité » des prises en charge et de « performance », se dessine un nouveau paradigme qui est celui du passage d'un ordre public de protection à un ordre public de direction dans le champ étudié.

42- L'ordre public offre une dualité que Jean-François ROMAIN a bien souligné dans son étude sur la notion d'ordre public et les droits de l'homme. « *L'ordre public promeut idéalement le respect des libertés individuelles tout en recherchant le bien commun et en maintenant*

¹¹¹ Le nouveau management public ou « new public management » rassemble les recherches menées par diverses disciplines qui ont pour sujet d'étude la promotion d'un « mieux État » par l'introduction de modèles issus des entreprises privées pour les transposer à la gestion publique. V. BOTTINI F., *L'impact du new public management sur la réforme territoriale*, RFDA, n° 4, 2015, p. 717.

¹¹² CHEVALLIER J., « La science administrative et le paradigme de l'action publique », in *Études en l'honneur de Gérard TMSIT*, Bruylant, 2004, p. 267-292.

l'ordre essentiel de la société »¹¹³. La doctrine civiliste, sous l'impulsion du doyen CARBONNIER¹¹⁴, distingue à cet égard un « ordre public de protection » et un « ordre public de direction ». D'un côté, figurent les règles impératives qui viennent encadrer les intérêts individuels ou catégoriels avec « l'ordre public de protection », de l'autre, les règles impératives qui viennent borner la liberté contractuelle et qui relèvent d'un « ordre public de direction ».

Cette distinction doctrinale civiliste est intéressante dans le cadre de notre étude, même si elle est davantage reprise par les juges civils du fond que par la Cour de Cassation qui y fait peu référence¹¹⁵. Elle est aussi peu reprise par la doctrine administrative, alors que protection et direction sont deux intentions qui se retrouvent clairement en droit public¹¹⁶. Stéphanie RENARD a développé dans sa thèse relative à « l'ordre public sanitaire » l'existence de cette dichotomie entre un « ordre public de conservation » et un « ordre public de direction » dans le champ de la santé publique.

L'ordre public de conservation correspond à l'État veilleur de nuit¹¹⁷, gendarme et minimaliste, animé d'une « préoccupation statique »¹¹⁸ et « *n'ayant pour fonction que de préserver les acquis et d'assurer la défense de la société contre les dangers les plus destructeurs, sans exprimer de progression ou d'amélioration* »¹¹⁹. L'ordre public de conservation repose sur la trilogie municipale de la tranquillité, de la salubrité et de la sécurité publique. Il utilise principalement les prérogatives de puissance publique que lui offrent les polices administratives, au sens que Maurice HAURIOU donnait à ces polices relatives aux seuls désordres matériels, c'est-à-dire tant les polices de prévention-anticipation (réglementation) visant à empêcher la survenance du trouble, que les polices de prévention-réaction (suspension-

¹¹³ ROMAIN J.-F., « L'ordre public (notion générale) et les droits de l'homme », in *L'Ordre public. Concept et application*, Conférences du Centre de Droit privé et de droit économique de l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 1995, coll. de la Faculté de Droit, vol. III. n° 14, p. 33.

¹¹⁴ CARBONNIER J., *Les obligations*, 22^e éd., PUF, Thémis, 2000, n° 71, p. 147-148.

¹¹⁵ Pour un arrêt où la Cour de cassation fait exceptionnellement sienne l'expression « ordre public de direction », V. Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2001, n° 99-12.498, Bull. civ. I, n° 139, p. 91, à propos des art. L 341-2 et L 341-4 du Code monétaire et financier, qui « *ne concernent pas seulement la protection des épargnants, mais aussi celle des autres établissements financiers* » et relèvent en conséquence « *de l'ordre public de direction* », dont la méconnaissance pouvait être sanctionnée dans le délai de prescription trentenaire de l'anc. art. 2262 c. civ.

¹¹⁶ En ce sens, V. PICARD É., *L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public*, A.J.D.A. 1996, n° spéc. annuel : « Droit administratif et droit communautaire », p. 57 ; PICARD É., *Introduction générale : La fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique*, in. REDOR M.- J (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, coll. Droit et justice, Bruxelles, 2001, pp. 17-61.

¹¹⁷ CHARLIER R.-E., « Les fins du Droit public moderne », *R.D.P.* 1947, p. 127-162.

¹¹⁸ BERNARD P., *La notion d'ordre public en droit administratif*, Th. Droit, 1959, Paris, L.G.D.J., 1962, coll. Bibl. de droit public, p. 94.

¹¹⁹ RENARD S., *L'ordre public sanitaire : étude de droit public interne*, Thèse soutenue à Rennes en 2008, p. 68 ; MAILLARD DEGREES DU LOU D., *Police générale, polices spéciales*, Th. Droit, Rennes I, 1988, 2 vol., dactyl., vol. 1, p. 134.

fermeture) visant à éviter la réalisation ou l'aggravation du trouble. On peut voir dans les contrôles de police administrative l'expression de l'ordre public de protection.

Au contraire, l'ordre public de direction se manifeste sous une forme dynamique et prospective qui procède de l'aménagement de la société en allant au-delà de la puissance publique, en visant « *par l'orientation des libertés publiques, à corriger l'état de choses faisant obstacle à la réalisation d'un projet social* »¹²⁰. Stéphanie RENARD donne un exemple de cette fonction positive de l'ordre public qui « *s'exprime dans le domaine sanitaire par la création législative de dispositifs de prévention permettant [...] d'agir directement sur les sources, les facteurs et les vecteurs de maladies ou d'accidents* »¹²¹. L'auteur inclut également dans l'ordre public de direction les « *dispositifs de surveillance et d'évaluation qui visent, le cas échéant, à réorienter et/ou ajuster les actions mises en œuvre* », et encore la surveillance continue par la veille sanitaire et les vigilances sanitaires¹²², considérant que ces dispositifs « *mêlent la gestion à la régulation au point d'en faire fréquemment un tout indissociable* »¹²³.

Cependant, l'ordre public évolue avec le temps et les mentalités comme l'a bien montré Étienne PICARD¹²⁴. Cet élargissement de l'ordre public de conservation à un ordre public de direction pourrait selon nous s'appliquer aux contrôles que connaissent les établissements et services actuellement. L'influence de l'ordre public économique sur le droit sanitaire et social semble être la principale raison de ce changement de paradigme. Les procédés de l'action publique ont évolué. Aux procédés classiques de l'acte administratif unilatéral et du contrat administratif sont venus s'ajouter les « *mesures d'orientations* »¹²⁵ qui prennent la forme notamment de recommandations de bonnes pratiques. Aux missions administratives traditionnelles de la police administrative et du service public est venue s'ajouter la catégorie de la « *régulation économique* »¹²⁶ fondée sur l'idée de « *performance* » et qui semble sortir du giron des autorités administratives indépendantes pour s'offrir aux autorités déconcentrées dite « *autorités de régulation* ».

¹²⁰ RENARD S., *L'ordre public sanitaire*, *Ibid.*, p. 71.

¹²¹ RENARD S., *L'ordre public sanitaire*, *Ibid.*, p. 71.

¹²² RENARD S., *L'ordre public sanitaire*, *Ibid.*, p. 72.

¹²³ RENARD S., *L'ordre public sanitaire*, *Ibid.*, p. 72.

¹²⁴ PICARD É., *Introduction générale : La fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique*, *op. cit.*, pp. 17-61.

¹²⁵ TRUCHET D., *Droit administratif*, 5^e éd., PUF, 2013, p. 291.

¹²⁶ TRUCHET D., *Ibid.*, p. 373.

Ainsi, faudra-t-il nous demander si un ordre public de direction n'a pas trouvé à s'incarner à travers la notion de régulation¹²⁷, et constater, comme l'a suggéré Jean-Michel LEMOYNE DE FORGES à propos de la prise en compte des rapports de certification lors du renouvellement d'autorisation par l'ordonnance n° 2018-4 du 3 janvier 2018, que la « zone de pouvoir discrétionnaire reconnu à l'administration n'a cessé de s'étendre »¹²⁸. Au sein de cet ordre public élargi qui permet aux autorités administratives de dépasser le clivage entre police générale et polices spéciales, le concept de qualité pourrait jouer un rôle primordial et justifier que les normes douces et les outils évaluatifs et contractuels viennent se superposer à ceux de la police, au risque de confondre complémentarité et concurrence.

Comme l'a souligné Michel BORGETTO en préambule des actes du colloque de décembre 2013 sur la qualité et santé, vers un nouvel ordre public sanitaire, « *l'impératif de qualité exerce une influence sur l'ordre public. Il faut dès lors émettre l'hypothèse qu'il puisse contribuer à en redéfinir les contours* »¹²⁹. L'extension du contrôle par l'exigence de qualité permettrait ainsi au droit français de rejoindre la conception anglo-saxonne du contrôle de Gérard BERGERON que nous avons présentée et qui tend à réduire substantiellement la liberté et l'autonomie du contrôlé.

2 – Le plan de l'étude

A l'appui de ces choix méthodologiques et de l'hypothèse d'un nouveau paradigme entre ordre public de protection et ordre public de direction, cette thèse procédera en deux temps.

Elle s'attachera dans un premier temps à envisager **l'inspection à l'épreuve des autres contrôles classiques dans le champ étudié** (Partie 1). Il s'agira en premier lieu de replacer l'inspection parmi les autres contrôles du champ étudié (Titre 1), et, en second lieu, de regarder en quoi l'inspection est un contrôle particulier lié à des pouvoirs et à une finalité étendus (Titre 2).

¹²⁷ A propos de l'ordre public économique : LOMBARD M., « le droit public de l'économie à l'aube du XXI^e siècle », *AJDA* 2009, p. 1217 (Selon l'auteur, la planification, polices économiques et entreprises publiques semblent céder le pas à la « régulation ») ; V. TRUCHET D., *Droit administratif*, 8^e éd., PUF 2019, pp. 405-417 (chapitre relatif à la régulation économique).

¹²⁸ LEMOYNE DE FORGES J-M., « 50 ans d'autorisations sanitaires », *RDSS* mai-juin 2020, p. 427.

¹²⁹ BORGETTO M., « Qualité et santé : vers un nouvel ordre public sanitaire ? » *RDSS* 2014, p. 991.

Nous envisagerons dans un second temps **l'inspection à l'épreuve des démarches qualités** (Partie 2). Il sera d'abord question d'étudier en quoi la juridicité de ces démarches a des effets sur l'inspection (Titre 3), puis d'analyser les contrôles relatifs à la qualité et à la sécurité au prisme de la responsabilité indemnitaire de la puissance publique (Titre 4).

Partie 1 - L'inspection à l'épreuve des autres contrôles classiques dans le champ étudié.

« Car définir, ce n'est pas généraliser, c'est au contraire délimiter et distinguer par rapport au général »¹³⁰

43- De prime abord, il peut paraître hasardeux de définir l'inspection par rapport au contrôle au risque de les opposer tous les deux. Pour autant, nous avons vu en introduction de notre recherche que l'absence de définition juridique des termes « inspection » et « contrôle » nous a amené à prendre connaissance des définitions des dictionnaires et de celle du Conseil d'Etat dans son rapport public de 1977 relatif à « la fonction de contrôle et la circulation de l'information »¹³¹. A leur lecture, le contrôle consisterait à vérifier la conformité d'un document ou d'une situation par rapport à un référentiel donné, alors que l'inspection serait un mode opératoire particulier du contrôle, exigeant qu'il soit opéré par des personnes extérieures à l'entité contrôlée.

Nous pourrions nous satisfaire de cette dichotomie entre le but ordonné par le « référentiel » objet du contrôle et les moyens alloués par le procédé de l'inspection. Mais les éléments de langage actuels basés sur l'utilisation indifférenciée du terme « inspection-contrôle » par des agents publics qui sont dans les textes « inspecteurs » et non « contrôleurs », et des autorités hiérarchiques qui ne leur apportent pas toujours le soutien juridique nécessaire, nous invitent à creuser la question des définitions, des postures, des pouvoirs et des finalités dans le champ d'étude que nous avons choisi.

Cette première partie est consacrée à l'étude de la place et du rôle de l'inspection par rapport aux différents contrôles classiques existants dans le champ étudié. Nous verrons que si l'inspection est un contrôle parmi d'autres (Titre 1), l'inspection est aussi un contrôle particulier lié à des pouvoirs et une finalité étendus (Titre2).

¹³⁰ SÜSKIND P., *Sur l'amour et la mort*, Fayard 2006.

¹³¹ Conseil d'État, *Rapport public, la fonction de contrôle et la circulation de l'information*, La Doc. fr., 1977, prec.

Titre 1 - L'inspection, un contrôle parmi d'autres.

44- L'introduction de notre étude a montré que la définition de l'inspection se rattache à un examen attentif, à un mode opératoire qui supposerait un déplacement ou à des corps de hauts fonctionnaires chargés du contrôle interne de l'administration. Pour aller plus loin afin d'appréhender la question de la place de l'inspection dans le champ étudié, il convient de la remettre dans un ensemble plus global qui est celui du contrôle.

L'étude du contrôle montre une grande hétérogénéité des acteurs du contrôle (Chap. 1), ce qui nous amènera à essayer de dresser une typologie des différents contrôles dans le champ étudié (Chap. 2). Ce n'est qu'une fois ces éléments posés que nous pourrons dégager des critères permettant de mieux différencier l'inspection des autres contrôles au regard de sa procédure et de sa finalité dans le Titre 2.

Chap. 1 La multiplicité des acteurs de l'inspection et du contrôle dans le champ étudié.

45- Si l'on veut, selon la formule consacrée, « expliquer le présent et éclairer l'avenir » de l'inspection-contrôle dans le cadre de cette étude, il est nécessaire de se pencher sur les différentes réformes qui ont concerné les autorités de contrôle, les agents de contrôle, mais également les établissements et services, objet de ces contrôles.

Notre recherche dégage plusieurs étapes clés qui aident à comprendre l'évolution entre contrôleurs et contrôlés dans le champ de cette étude. Nous serons amenés dans un premier temps à analyser l'évolution des autorités et des missions de contrôle de 1945 à nos jours sur ce champ (Sect. 1), puis, dans un second temps, à présenter les acteurs actuels de l'inspection et du contrôle (Sect. 2).

Sect. 1 - L'évolution des autorités et des missions de contrôles de 1945 à nos jours dans le champ étudié.

La notion de contrôle a largement évolué dans les textes et les pratiques depuis la seconde guerre mondiale avec l'ordonnance de 1945 sur la sécurité sociale¹³², et la mise en place par l'État de nouvelles institutions administratives en charge d'encadrer les établissements et services soumis à notre étude. Le contrôle s'est d'abord transformé dans sa nature, en passant d'un contrôle centré sur le pouvoir régalien à un contrôle orienté sur le pilotage (§1). Le contrôle a aussi été mis à l'épreuve des décentralisations territoriales et fonctionnelles qui se sont succédées dans le champ sanitaire, social et médico-social (§2).

§1 L'évolution d'un contrôle régalien à un contrôle sur le pilotage

Au départ fondé sur le pouvoir régalien et l'exercice de la tutelle par les autorités administratives (A), le contrôle s'est progressivement diversifié pour tendre également vers un contrôle de gestion orienté sur le pilotage des établissements et services (B).

A/ Le fondement du pouvoir régalien de contrôle fondé sur la surveillance et la tutelle

46- Au sortir de la seconde guerre mondiale, l'administration sanitaire et sociale est divisée entre plusieurs directions, fruits des organisations antérieures et de l'ordonnance relative à la sécurité sociale du 4 octobre 1945 qui signe la fin de l'assistance publique et la généralisation de la prévoyance sociale à tous les actifs et inactifs¹³³. Les pouvoirs de tutelle et de contrôle sont alors répartis entre des administrations à vocation sociale et d'autres à vocation sanitaire¹³⁴.

¹³² Ordonnance n° 45-2250 du 4 octobre 1945 portant organisation de la sécurité sociale, JO n° 0235 du 6 octobre 1945.

¹³³ Ordonnance n° 45-2250 du 4 octobre 1945 portant organisation de la sécurité sociale.

¹³⁴ A titre d'illustration, dans le « Traité de droit médical » de 1956, les auteurs rappellent que « *traditionnellement, les hôpitaux et hospices ont été soumis à un contrôle administratif, en l'occurrence, à la tutelle du préfet. Mais le développement de services nationaux de santé publique a conduit à surajouter à ce contrôle une emprise technique*

Les ministères de tutelles sont changés au gré des gouvernements qui se succèdent entre 1946 et 1958 et les politiques se suivent dans ce que Robert LAFORE a nommé le « magma initial des politiques sanitaires et sociales », reléguées au second plan au profit de l'effort de reprise économique de l'après-guerre¹³⁵. Comme le constatent Aquilino MORELLE et Didier TABUTEAU à propos de l'administration de la santé publique dans une période qui va s'étendre jusque dans les années 1990, « *Dans tous les cas de figure, elle (la santé publique) reste une administration ignorée et souvent méprisée, sans capacités d'expertise propres ni relais efficaces sur le terrain, un squelette administratif sans centre nerveux ni muscles* »¹³⁶.

47- Il faudra attendre les années soixante pour que soit engagée une réforme capitale sur l'organisation sanitaire et sociale au niveau local. Celle-ci vise à assurer une unité de décision de l'État à l'échelon local et à rationaliser l'action administrative en attribuant à une seule direction plusieurs missions assurées auparavant par différents services de l'État. Par décret du 30 juillet 1964, sont ainsi créées dans chaque département sous l'autorité du préfet des « Directions Départementales de l'Action Sanitaire et Sociale » (DDASS)¹³⁷ qui deviendront par la suite en 1977 les « Directions Départementales des Affaires Sanitaires et Sociales »¹³⁸. Se faisant, les DDASS vont regrouper des directions préexistantes de la population et de l'aide sociale, les directions de la santé et intègrent aussi les anciennes divisions d'aide sociale des préfectures et des services de santé scolaire.

A la tête des DDASS est instaurée une double direction composée d'un directeur de l'action sanitaire et sociale relevant du préfet de département et un « médecin inspecteur de la santé » relevant du ministre de la santé et chargé d'assurer « *l'inspection technique de l'ensemble des activités médicales, médico-sociales et sanitaires* ». Il est assisté « *éventuellement d'un ou plusieurs médecins de santé publique* » (article 2). Une Instruction ministérielle du 30 juillet 1964 qui accompagne le décret du même jour distingue les fonctions administratives des

de l'État. Dans chaque département, les représentants locaux du ministre de la Santé publique et de la Population, directeurs départementaux de la Santé et directeurs départementaux de la Population, sont chargés, les uns en matière sanitaire, les autres en matière administrative et financière, du contrôle technique des hôpitaux » (R. SAVATIER R., AUBY J.-M., SAVATIER J., PEQUIGNOT H., *Traité de droit médical*, Librairies techniques, éd. 1956, p. 467).

¹³⁵ LAFORE R., « le secteur médico-social et la santé publique », *RDSS* n° 3 mai-juin 2008, p. 439.

¹³⁶ MORELLE A., TABUTEAU D., *La santé publique*, PUF, 2^e édition avril 2015 p. 26.

¹³⁷ Décret n° 64-783 du 30 juillet 1964 portant Réorganisation et fixant attributions des services extérieurs de l'Etat chargés de l'action sanitaire et sociale, JO 1^{er} août 1964.

¹³⁸ Décret no 77-429 du 22 avril 1977 portant organisation des directions régionales et départementales des affaires sanitaires et sociales, JO du 24 avril 1977.

fonctions techniques, *"les taches d'administration et de gestion et les taches de contrôle", si bien que "un ou plusieurs médecins inspecteurs [...] se consacreront exclusivement aux contrôles et aux inspections techniques"*.

48- Comme le constate Bernard MARROT dans son ouvrage consacré à l'administration de la santé en France¹³⁹ inspiré de sa thèse¹⁴⁰, les DDASS à partir de 1964 ont principalement deux fonctions¹⁴¹. D'une part « *la fonction régalienne de tutelle à l'égard des établissements publics hospitaliers ou de l'application de la réglementation organisant les professions médicales, paramédicales ou spéciales, ou encore, de la réglementation de l'hygiène publique, fonction de gestion des services de l'État, tel le service de santé scolaire* ». D'autre part, « *la fonction de gestion des services organisés, dans le cadre défini par le Code de la famille et de l'aide sociale (CFAS) ou par le Code de santé publique (CSP), par le département : protection maternelle et infantile, aide sociale à l'enfance, aide sociale générale, aides sociales aux malades mentaux, handicapés, personnes bénéficiant d'un hébergement et d'une réadaptation sociale, service social...* ».

C'est dans ce contexte que le préfet de département s'était vu attribuer le monopole du pouvoir de surveillance sur les établissements et services du champ étudié (1) avec l'appui des corps d'inspection de l'État, et ce jusqu'à la fin des années 1970 (2).

1/ Le pouvoir historique de surveillance du préfet de département sur les établissements et services du champ étudié.

49- Dans le CSP de 1953 et le CFAS de 1956, la fonction de « surveillance » sur la santé publique (fléaux sociaux, épidémies, environnement) et sur les établissements avait été préférée au terme de « contrôle » ou « inspection » qui désignent avant tout des corps professionnels¹⁴². La surveillance consiste en une fonction de veille continue et peut déboucher sur un contrôle ou une inspection qui en sont des modes opératoires, notamment sur les institutions accueillant des personnes vulnérables présentant des risques particuliers. Cette surveillance vise

¹³⁹ MARROT B., *L'administration de la santé en France*, L'Harmattan, 1995.

¹⁴⁰ MARROT B., *Administration territoriale de l'État dans le domaine sanitaire et social*, Thèse Université de Nantes, 1993.

¹⁴¹ MARROT B., *L'administration de la santé en France*, Ibid., p. 28.

¹⁴² Nous verrons que le terme « surveillance » va disparaître progressivement des textes pour être remplacé dans le domaine sanitaire par les termes « contrôle », « veille sanitaire », et « vigilance », et dans le domaine social et médico-social par « contrôle ». (V. BOURDILLON F., BRÜCKER G., TABUTEAU D., *Traité de santé publique*, 3^e éd., Lavoisier médecine, 2016, pp. 79-94).

pleinement à éviter un trouble à l'ordre public et a fait office de première police administrative spéciale dans le champ étudié.

Avant la décentralisation territoriale de 1982, le préfet de département incarne ce pouvoir de surveillance, d'abord dans les établissements de santé, notamment en application de l'article L. 177 CSP relatif au pouvoir de surveillance du représentant de l'État dans le département en matière d'établissements d'accouchement (nourrissons, femmes enceintes). Dans le champ des établissements sociaux et médico-sociaux recevant des mineurs, des personnes âgées, des infirmes, des indigents valides et des personnes accueillies en vue de leur réadaptation sociale, la loi n° 71-1050 du 24 décembre 1971¹⁴³ avait instauré une déclaration préalable d'activité en préfecture¹⁴⁴ dont la durée était illimitée. En matière de contrôle, elle avait confié au représentant de l'État dans le département tous les attributs juridiques de la surveillance : la tenue d'un registre des entrées et des sorties dans l'établissement¹⁴⁵, l'exercice d'un pouvoir de surveillance par l'IGAS et par les agents des directions de l'action sanitaire et sociale¹⁴⁶, et l'exercice d'un pouvoir d'injonction et de fermeture par le préfet de département « *si la santé, la sécurité ou le bien être moral ou physique des personnes hébergées sont menacés ou compromis par les conditions d'installation, d'organisation ou de fonctionnement de l'établissement* »¹⁴⁷, et ce dans les établissements privés et les établissements créés par des collectivités publiques.

Nous le voyons, jusqu'à la fin des années 1960, le contrôle des établissements est exercé par le préfet de département, essentiellement au titre de la surveillance dans les ES et dans les ESSMS. Ce n'est qu'au tout début des années 1970 que la surveillance va se doubler d'un contrôle de l'autorisation et du fonctionnement, d'abord dans le champ sanitaire avec la loi BOULIN n° 70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière dont l'article 5 institue la « *carte sanitaire de la France* »¹⁴⁸, renforcée par la loi EVIN portant réforme hospitalière du 31 juillet

¹⁴³ Loi n° 71-1050 du 24 décembre 1971 modifiant les titres II et V du code de la famille et de l'aide sociale et relative au régime des établissements recevant des mineurs, des personnes âgées, des infirmes, des indigents valides et des personnes accueillies en vue de leur réadaptation sociale.

¹⁴⁴ Art. 203 CFAS.

¹⁴⁵ Art. 207 CFAS.

¹⁴⁶ Art. 208 CFAS.

¹⁴⁷ Art. 210 CFAS.

¹⁴⁸ APOLLIS B., *Autorisations sanitaires et hospitalisation privée : contribution à l'étude des autorisations administratives dans leurs rapports avec les personnes privées*, Thèse soutenue à l'université de Montpellier 1 le 8 décembre 2005.

1991¹⁴⁹. Ce mouvement de planification par les autorisations sera élargi au champ social et médico-social, avec la loi n° 75-535 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales¹⁵⁰, qui substitue au régime de déclaration un régime d'autorisation à durée illimitée en articulant, comme dans le champ sanitaire, l'autorisation aux besoins et à la conformité du projet aux normes de fonctionnement¹⁵¹.

50- Il faut ici rappeler que la loi n° 75-535 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales qui ne sera pas codifiée mais mise en annexe 1 du Code de la famille et de l'aide sociale, n'a pas attribué au Conseil général de l'époque un pouvoir de contrôle et n'a pas modifié ceux attribués au préfet de département. Ce dernier demeurerait compétent, quel que soit le type d'établissement social ou médico-social, en matière de contrôle de conformité à l'autorisation délivrée (art. 11), sur les conditions techniques de fonctionnements des établissements prévus à l'article 4 de la loi¹⁵², ainsi qu'en matière de protection des personnes « *lorsque la santé, la sécurité ou le bien-être physique ou moral des usagers se trouvent menacés ou compromis par les conditions d'installation, d'organisation ou de fonctionnement de l'établissement* »¹⁵³.

Il faudra attendre la décentralisation territoriale de 1986 pour voir s'opérer un partage des attributions entre État et conseil général en matière de contrôle de l'autorisation.

2/ L'exercice du pouvoir de surveillance par les corps d'inspection de l'État dans les établissements et services : la phase d'expansion entre 1945 et les années 1970.

51- C'est essentiellement entre 1945 et les années 70 que l'inspection-contrôle, de ce qui s'appelait alors les « services extérieurs », a défini sa pratique, sur laquelle s'est fondée sa reconnaissance. La fonction d'inspection contrôle des services de l'État s'est d'une part

¹⁴⁹ Loi n° 91-748 du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière, JO du 2 août 1991, V. CLEMENT J.-M., *Lire la nouvelle loi hospitalière*, Berger-Levrault, 1992 ; COUTY E., TABUTEAU D., *Hôpitaux et cliniques : les réformes hospitalières*, Berger-Levrault, 1992 ; LEMOYNE DE FORGES J.-M., « La réforme hospitalière de 1991 », *RDSS*, 1991, p. 527 et s. ; TRUCHET D., « La réforme hospitalière », *AJDA*, 1992, p. 130 et s.

¹⁵⁰ Loi n° 75-535 du 30 juin 1975 relatives aux institutions sociales et médico-sociales, JO du 1er juillet 1975, p. 6604.

¹⁵¹ BAUDURET J.-F., *Institutions sociales et médico-sociales : de l'esprit des lois à la transformation des pratiques*, Dunod, 2^e édition, 2017, p. 8.

¹⁵² Normes minimales quantitatives et qualitatives d'équipement et de fonctionnement des établissements énumérés à l'article 3 de la loi.

¹⁵³ Art. 14 de la loi de 1975 qui renvoi à l'article art. 210 CFAS.

affirmée dans un contexte historique particulier tenant à la forte expansion du secteur sanitaire et social¹⁵⁴, qui connaît alors une croissance très forte des moyens qui lui sont consacrés, et l'approche des services de l'État n'est pas encore celle de la régulation budgétaire mais se fonde sur le contrôle de la régularité des opérations financières et comptables. Au-delà de la mission de surveillance d'ordre public des établissements, l'inspection se voit assignée des objectifs qui visent à encadrer le développement des institutions et de peser sur leurs évolutions. L'État se veut être un partenaire présent et actif, qui participe à l'expansion du secteur sanitaire et social. La fonction inspection-contrôle est, d'autre part, très bien repérée, car investie d'une mission essentielle d'intervention sur le terrain, avec des corps professionnels qui assurent, dans le cadre d'une relation d'autorité vis à vis des établissements et services, le contrôle des normes édictées par l'État, en particulier en matière de sécurité des personnes.

Mais il s'avère que les agents des DDASS utilisaient leur savoir-faire sous la forme du conseil plus que sous celle de la contrainte juridique. Ces agents étaient détenteurs d'un savoir technique que ne possédaient pas toujours les établissements et ils pouvaient être sollicités par ces derniers pour apporter leurs compétences ou leurs conseils, tant en matière d'administration, de gestion, qu'au niveau médical. Le champ sanitaire, en particulier les EPS, faisait l'objet de contrôles réguliers, sur le plan technico-juridique avec les médecins et les pharmaciens inspecteurs, et les inspecteurs des affaires sanitaires et sociales des DDASS qui siégeaient régulièrement au conseil d'administration de l'hôpital. En revanche, les établissements de santé privés et, encore plus, les établissements sociaux et médico-sociaux qui ont toujours joui de la liberté d'association et de la liberté d'entreprendre, étaient en conséquence moins inspectés.

52- Un autre élément qui favorisait le contrôle du secteur sanitaire était l'existence des normes techniques favorisant la sécurité des installations et des équipements et encadrant la qualification des personnels. La technicité exigée des établissements sanitaires faisait l'objet de contrôles spécifiques, par le Service Régional de l'Action Sanitaire et Sociale (SRASS) placé auprès du Préfet de région en application du décret du 30 juillet 1964 précité. A sa tête un chef du service régional de l'action sanitaire et sociale bénéficiait de l'appui technique d'un médecin inspecteur régional, d'un inspecteur de la santé du département, chef-lieu de région, d'un

¹⁵⁴ La fonction de directeur d'hôpital correspond encore à celle d'économe plus qu'à celle de manager de la santé que nous lui connaissons aujourd'hui, les organismes de sécurité sociale ne disposent pas encore de personnel de direction formé et les professionnels de gestion sont encore rares dans le secteur social et médico-social.

ingénieur de l'équipement sanitaire et social, détaché de l'administration de l'équipement, et d'un pharmacien inspecteur régional, conseiller technique pour toutes les affaires d'organisation de la profession pharmaceutique. Ces inspecteurs régionaux pouvaient apporter un appui technique au directeur départemental « *pour l'exercice de ses attributions de tutelle hospitalière. Cet appui consiste en des études comparatives de la gestion des établissements de l'ensemble de la région, en inspections spécialisées, administratives et médicales effectuées par le service régional, à la demande du préfet de département* »¹⁵⁵.

Ainsi, la fonction inspection-contrôle était clairement identifiée, tant dans l'appellation des corps de professionnels qui l'exercent qui étaient des corps d'« inspecteurs », que dans la définition des missions des services, où les termes de « contrôle » et de « surveillance » apparaissaient clairement dans les textes jusqu'en 1977. Un équilibre était à l'œuvre entre des établissements qui restaient maîtres d'œuvre de leur organisation interne et des choix des prises en charges des usagers qu'ils accueillaient, et l'inspection alors considérée comme « la mission noble et première des services déconcentrés »¹⁵⁶.

Cette identification claire du préfet de département et des corps d'inspection territoriaux par le biais des missions d'inspection va connaître un infléchissement à partir de la fin des années 1970 avec l'apparition d'un contrôle de gestion orienté sur le « pilotage » des établissements et services.

B/ L'apparition d'un contrôle de gestion orienté sur la notion de pilotage

A partir des années soixante-dix, les services déconcentrés des DDASS vont privilégier leur mission d'accompagnement des structures pour les adapter aux besoins et aux politiques par le biais des autorisations planifiées et de la tarification, et délaisser progressivement le contrôle a posteriori du respect des conditions techniques de fonctionnement ou de la qualité et sécurité des prises en charge¹⁵⁷. L'effacement de cette activité de surveillance sur les établissements et

¹⁵⁵ MARROT B, *L'administration de la santé en France, op. cit.*, p. 28.

¹⁵⁶ IGAS, RM1995-004P, « Fonction d'inspection en services déconcentrés », 1995, non publié.

¹⁵⁷ LHUILLIER J-M., *Le droit des usagers dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux*, Presses de l'EHESP, 5^e éd., avril 2015, p. 101.

services sera compensé par le développement d'un contrôle fondé sur l'idée de planification (1), et de meilleure gestion budgétaire et financière (2).

1/ Le pilotage par la planification

53- A la fois administrations de gestion et de mission sur les établissements, les DDASS se sont vues associées en 1977 à une administration de mission et de pilotage au niveau régional, les DRASS¹⁵⁸, qui résultaient de la fusion des SRASS, des Inspections Régionales de la Santé (IRS) et des Directions Régionales de la Sécurité Sociale (DRSS). Les DRASS n'avaient pas d'autorité hiérarchique sur les DDASS mais étaient chargées principalement à leur création, par le biais de leurs conseillers techniques, médecins et pharmaciens inspecteurs, de la planification, de la politique de formation des professionnels de santé, de la tutelle sur les organismes de sécurité sociale et de l'organisation des secours. Cependant, derrière les missions confiées aux DRASS, la volonté du VIIème plan de l'État (1975-1980) était bel et bien de renforcer le contrôle du secteur sanitaire dans un but de maîtrise des dépenses sociales, comme en témoignait alors la rédaction de l'article 7 du Décret de 1977¹⁵⁹. Cet objectif s'est concrétisé,

¹⁵⁸ Décret n° 77-429 du 22 avril 1977 portant organisation des directions régionales et départementales des affaires sanitaires et sociales - JO du 24 avril 1977, préc.

¹⁵⁹ Article 7 du Décret de 1977 : *Le directeur régional coordonne le contrôle administratif, financier et technique des dépenses sanitaires et sociales et de l'application des législations de sécurité sociale. A ce titre :*

1° Dans le cadre des pouvoirs de tutelle qui lui sont conférés par les lois et règlements ou délégués par le ministre, il contrôle l'application des législations de sécurité sociale dans le régime général des salariés, les régimes des travailleurs non-salariés des professions non-agricoles et, éventuellement, les régimes spéciaux et les régimes complémentaires ; il exerce le contrôle administratif et financier, sur pièces et sur place, des organismes correspondants et de leurs établissements ainsi que le contrôle sur place des sociétés mutualistes ; il participe à la mission de surveillance générale du fonctionnement des organismes gestionnaires de la sécurité sociale incombant au ministre auquel il rend compte des problèmes posés par les relations entre organismes locaux et organismes nationaux, notamment en ce qui concerne l'exécution des missions dévolues par la loi à ces derniers ;

2° Il procède à des études comparatives de gestion sur les coûts et rendements des établissements, organismes et services sanitaires et sociaux publics et privés ;

3° Il exerce sur les organismes, services ou établissements dont l'activité s'étend sur plusieurs départements, y compris les centres hospitaliers régionaux, avec le concours ou par l'intermédiaire, lorsqu'il y a lieu, des médecins et pharmaciens inspecteurs et des collaborateurs spécialisés visés à l'article 9, les contrôles prévus par les textes en vigueur ;

4° Il établit et réalise, en liaison avec les autorités de tutelle départementales, des programmes d'enquêtes portant sur des catégories d'établissements ou de services ; en accord avec ces mêmes autorités ou à leur demande, il peut procéder au contrôle administratif, financier et technique de tout établissement ou service sanitaire ou social ;

5° Il présente le point de vue du Gouvernement en matière de contentieux général de la sécurité sociale et exerce les droits d'action prévus par les textes en vigueur. Il assure le fonctionnement des commissions régionales du contentieux technique.

selon Bernard MARROT par un accroissement du nombre de fonctionnaires dans les DDASS et les nouvelles DRASS¹⁶⁰.

54- Le contrôle sur place et son caractère régalien, à la fois coercitif et de conseil va alors diminuer¹⁶¹, et progressivement céder la place à un contrôle de gestion que l'on pourrait qualifier de « contrôle à distance » visant à objectiver les résultats par des indicateurs, tout en essayant notamment dans le secteur médico-social de « *limiter le court-circuit de l'administration par les relais politiques et les liens personnels avec les opérateurs* »¹⁶². Le « gouvernement à distance » évoqué par Renaud ESPTEIN¹⁶³ se traduit ici par l'instauration d'un contrôle qui a pour objectifs la maîtrise des dépenses de l'assurance maladie et le coût de l'hospitalisation dans le champ sanitaire, mais également le domaine médico-social¹⁶⁴. Toutefois, les dépenses hospitalières ne vont cesser de croître et ce contrôle de gestion va continuer à se renforcer au détriment de la tutelle et du contrôle d'ordre public.

A partir des années 1970 et jusqu'à la fin des années 1980, on assiste à une stagnation des contrôles « sur place » avec l'entrée en vigueur de nouveaux textes qui mettent en exergue la responsabilisation des établissements. L'État rentre dans une logique de planification en s'appuyant sur la spécialisation des administrations hospitalières, et sur la diversité et le bénévolat dans champ des établissements et services sociaux et médico-sociaux, qui sont pour 80% d'entre eux gérés par des associations et dont la loi de 1975 consacrera l'autonomie¹⁶⁵. Cette tendance va se confirmer par la suite. Les lois précitées de 1970 pour l'hôpital¹⁶⁶ et de 1975 relative aux institutions sociales et médicosociales¹⁶⁷ posent les principes d'une nouvelle organisation des établissements qui « deviennent adultes »¹⁶⁸ en se professionnalisant, avec des directeurs d'établissements recrutés à haut niveau et bien formés, des outils de gestion interne,

¹⁶⁰ MARROT B., *L'administration de la santé en France*, L'Harmattan, 1995: « *l'effectif budgétaire du corps des inspecteurs des affaires sanitaires et social devait être porté de 1731 au 1er janvier 1976 à 2210 au 31 décembre 1982, les effectifs de catégorie B de 2094 à 3000, cependant qu'étaient créés au niveau régional des emplois d'attachés de statistiques dans les directions régionales* ».

¹⁶¹ V. en ce sens plusieurs rapports successifs de l'IGAS non publiés dans les années 1990 mais dont les médias se sont fait l'écho (Journal Libération du 27 janvier 1998 « *Le monde sanitaire et social hors contrôle. Un rapport de l'Igas épingle les déficiences de l'Etat* », notamment le rapport RM1995-004P « *Fonction d'inspection en services déconcentrés* » rendu par Antoine Catinchi au ministère des affaires sociales, de la santé et de la ville en 1995.

¹⁶² ROBELET M., « Les transformations de modes de contrôle croisés entre associations et autorités publiques dans le secteur du handicap », *RFAP*, 2017/3 n° 163, p. 599 à 612.

¹⁶³ EPSTEIN R., « Gouverner à distance. Quand l'État se retire des territoires », *Esprit* 2005, n° 11, p. 96-111.

¹⁶⁴ PETIT J., « la planification médico-sociale », *adpsp* n° 43 juin 2003, p. 34

¹⁶⁵ IGAS, Bilan d'application de la loi du 30 juin 1975 sur les institutions sociales et médico-sociales, Rapport 1995 n°95-155, t. I, p.10.

¹⁶⁶ Loi n°70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière (JO du 3 janvier 1971).

¹⁶⁷ Loi n°75-535 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales précitée.

¹⁶⁸ Rapport IGAS, 1995 préc.

et des tableaux de bord de suivi. Le « mimétisme hospitalier » souligné par Jean-Michel LEMOYNE DEFORGE, entre la loi sanitaire et loi sociale et médico-sociale, et qui voit le jour à partir des années soixante-dix¹⁶⁹, organise par étapes une deuxième police administrative spéciale relative à l'autorisation de créer et faire fonctionner un établissement, un service ou un équipement. Ce mouvement emporte une évolution vers des contrôles orientés sur le pilotage des structures. Les informations collectées n'exigent plus un déplacement sur site, car les établissements produisent davantage de données internes. Par ailleurs, certaines normes deviennent obsolètes au regard des nouveaux modes de management des structures¹⁷⁰.

Dès lors, une difficulté majeure va apparaître et s'enkyster au sein des services déconcentrés : celle de la « double casquette » des inspecteurs à la fois gestionnaires et contrôleurs des établissements. Le développement des outils de pilotage (campagne budgétaire, planification) entraîne à partir des années quatre-vingt une sédentarisation des inspecteurs, voire une « bureaucratisation » au sens wébérien du terme (par référence à la notion de « ressources consommées » dans ces nouvelles missions) et corollairement une diminution de leur rôle de « surveillance » du terrain. La fonction inspection contrôle a aussi souffert d'un défaut de reconnaissance juridique. A partir de 1977, les agents de l'inspection sanitaire et sociale et ceux de l'inspection de la sécurité sociale avaient été regroupés au sein d'un « corps du personnel supérieur des DRASS et DDASS » et avaient ainsi perdu la référence à un corps d'inspection¹⁷¹. Depuis 1964 déjà, les grades supérieurs n'étaient plus marqués par le sceau de l'inspection et avaient été transformés en poste de directeur adjoint et de directeur, devenu chef de service en 1977.

Évoquer un « âge d'or » de l'inspection-contrôle dans le champ sanitaire et social en se rapportant à l'ère des DDASS et DRASS, comme sont souvent tentés de le faire les corps d'inspecteurs du ministère des solidarités et de la santé, constitue ainsi, selon nous, une vision

¹⁶⁹ LEMOYNE DE FORGES J.-M., « Le nouveau régime d'autorisation », *adpsp* n° 43 juin 2003, p. 38.

¹⁷⁰ V. ratios d'encadrement des personnels hospitaliers qui ne tiennent plus compte de l'évolution des modes de traitement médical.

¹⁷¹ Dans les textes définissant les missions des services, dès 1977 avait disparu la référence à l'inspection et aux corps des inspecteurs, sauf pour les médecins et les pharmaciens. Le décret n° 94-1046 du 6 décembre 1994 relatif aux missions et attributions des directions régionales et départementales des affaires sanitaires et sociales ne contenait plus aucune mention des inspections et des inspecteurs. Seules les missions de tutelle, de contrôle et d'évaluation y étaient citées. Par ailleurs, à la différence de l'inspection de la pharmacie, aucun texte réglementaire ne définissait le contenu des fonctions d'inspection des IASS et des MISP. Pour ces derniers, l'accès aux documents médicaux ne figurait plus dans les textes législatifs.

partielle et partiale de cette fonction. L'administration sanitaire et sociale a toujours été à la fois à la croisée de la tutelle et de la délégation, du contrôle et de l'accompagnement. A une phase d'expansion de l'inspection contrôle entre 1945 et les années soixante-dix, a succédé une phase de minoration de cette fonction à partir de 1977, due notamment à la politique de planification et de contractualisation avec les établissements.

Nous allons voir que le pilotage par la maîtrise des dépenses de santé n'a fait qu'accentuer cet effet de minoration.

2/ Le pilotage par la maîtrise des dépenses de santé

55. Face au dérapage des dépenses d'assurance maladie, la politique de maîtrise des dépenses de santé amorcée dans les années soixante-dix va être consolidée avec, d'une part, un renforcement du contrôle financier sur les hôpitaux par l'instauration des CRC en 1982 (a), et d'autre part un renforcement du contrôle de l'activité médicale par la sécurité sociale en 1996 (b).

a) Le renforcement du contrôle financier sur les hôpitaux par l'instauration des chambres régionales des comptes en 1982.

La CDC avait assuré depuis sa création par la loi Napoléonienne du 16 septembre 1807, le contrôle des comptes des comptables publics. A ce titre, elle contrôlait les comptes des hôpitaux les plus importants¹⁷², tandis que les autres hôpitaux faisaient l'objet d'un apurement des comptes par les trésoriers payeurs généraux. Les CRC, créées par la loi du 2 mars 1982¹⁷³ ont pris le relais, en tant que juridictions administratives spécialisées de premier recours¹⁷⁴, en exerçant le contrôle financier des hôpitaux dont la plupart étaient locaux¹⁷⁵, allégeant ainsi le travail de la CDC¹⁷⁶. En 1982, le contrôle financier a également vu son volet non juridictionnel élargit au contrôle budgétaire des hôpitaux (cf infra). La loi de réforme hospitalière du 31 juillet

¹⁷² Paris, Lyon, Marseille.

¹⁷³ Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions (art. 84 à 89).

¹⁷⁴ Anc. art. L. 210 CJF dans sa version de 1982 (actuel article L. 211-1 CJF).

¹⁷⁵ Art. 20 de la loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière, JO du 3 janvier 1971 qui définit les établissements d'hospitalisation publics comme « *communaux, intercommunaux, départementaux, interdépartementaux ou nationaux* ».

¹⁷⁶ La cour des comptes statue sur les appels formés contre les décisions juridictionnelles rendues par les chambres régionales des comptes (Art. L. 111-1 CJF dernier alinéa).

1991¹⁷⁷, a également transformé les hôpitaux et les hospices civils en « *établissements publics de santé... personnes morales de droit public dotées de l'autonomie administrative et financière* »¹⁷⁸. Mais leur statut juridique restait rattaché au ressort géographique dans lequel ils s'inscrivaient, si bien que les chambres régionales des comptes sont demeurées compétentes pour la majorité des établissements publics de santé dits « locaux ».

Cependant, la loi HPST de 2009 est venue poser la question du rattachement de l'établissement public de santé qui était traditionnellement un établissement public local et que certains auteurs ont reclassé en « établissement public de l'État »¹⁷⁹, et ce pour trois raisons :

56. En premier lieu, en application de l'article L. 6141-1 CSP issu de la loi de 2009, 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'État* » qui exerce notamment son contrôle par l'entremise des ARS¹⁸⁰. En deuxième lieu, la présidence du conseil d'administration, devenu conseil de surveillance, n'est plus assurée par le maire ou le président du Conseil général. Enfin, l'article L. 6141-1 CSP ne fait plus référence au « rattachement » de l'EPS, mais à son « ressort territorial ». Cette nouvelle terminologie « *laisse place au doute car elle renvoie à l'idée d'un ancrage territorial et de proximité de l'établissement public de santé et non à une autorité des collectivités locales sur le fonctionnement de l'établissement* »¹⁸¹. Ce détachement de la collectivité de rattachement s'est poursuivi en 2016 avec la loi de modernisation de notre système de santé¹⁸², et le Conseil constitutionnel en 2018 a rendu le même jour trois décisions qui ont reconnu à des établissements publics de santé locaux « le caractère d'un établissement public national »¹⁸³. La conséquence de ce rattachement national au sens du contrôle de tutelle a été notamment de transférer la compétence de contrôle financier de premier ressort des établissements publics de santé à la CDC. Toutefois, celle-ci étant dans

¹⁷⁷ Loi N° 91-748 du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière, JO du 2 août 1991.

¹⁷⁸ Art. L. 714-1 CSP dans sa rédaction issue de la loi de 1991 (actuel article L. 6141-1 CSP).

¹⁷⁹ LAMI A, VIOUJAS V., *Droit hospitalier*, Bruylant édition 2018, p. 311.

¹⁸⁰ VIOUJAS V., « Les établissements publics de santé sont des établissements publics de l'État, brèves considérations sur une révolution silencieuse », *JCP Adm.* 2013, n° 2051.

¹⁸¹ Commentaires sous article L. 6141-1 CSP dans code Dalloz.

¹⁸² Article L. 6141-1 CSP « *Leur objet principal n'est ni industriel ni commercial. Ils sont dotés d'un statut spécifique, prévu notamment par le présent titre et par la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, qui tient compte en particulier de leur implantation locale et de leur rôle dans les stratégies territoriales pilotées par les collectivités territoriales* ».

¹⁸³ En ce sens, Cons. const. 12 avril 2018, n° 2018-34 I, 2018-35 I et 2018-36 I.

l'impossibilité matérielle de l'assurer, le président de la CDC, est autorisé depuis le décret du 29 avril 2010¹⁸⁴, à en déléguer l'exercice par arrêté aux CRC¹⁸⁵.

57. Le contrôle exercé par les CRC sur les EPS présente un volet juridictionnel et un volet administratif¹⁸⁶. Le volet juridictionnel porte sur les comptes du comptable public de l'établissement de santé qui peut entraîner sa responsabilité personnelle et pécuniaire. Le volet administratif porte sur le contrôle des comptes budgétaires et la gestion de l'établissement public de santé. Ce volet, nous le verrons, est un contrôle qui ne s'arrête pas à la simple gestion du budget. Les résultats des contrôles portant sur la gestion des établissements publics de santé effectués par les CRC font de plus en plus l'objet de publication sur le site internet de la CDC, et d'insertion dans le rapport annuel de la CDC au titre de l'article L. 143-7 CJF¹⁸⁷, ce qui donne lieu régulièrement à des commentaires dans les médias sur les hôpitaux « épinglés » par les magistrats financiers. Nous verrons également que le législateur a prévu que les juridictions financières soient consultées par les ARS en matière de situation financière des EPS dans le cadre d'une mise sous administration provisoire¹⁸⁸.

La mise en place de ces contrôles budgétaires et comptables en 1982 sur les EPS se trouve renforcé par un autre type de contrôle médico-économique ancien mais qui a beaucoup évolué : le contrôle de l'activité médicale par l'assurance-maladie.

¹⁸⁴ Article 9 du décret n° 2010-425 du 29 avril 2010 relatif à l'organisation financière et à l'investissement immobilier des établissements de santé.

¹⁸⁵ En application des articles L. 111-15 CJF, L. 211-5 CJF et R. 111-1-12° CJF (V. ADVIELLE F., VAN HERZELE P., « Le contrôle de la performance des établissements publics de santé par les chambres régionales des comptes », *AJDA* 2018, p. 2013).

¹⁸⁶ LAMARQUE D., MILLER G., « Le contrôle des établissements publics de santé par les chambres régionales des comptes », *AJDA* 2003, p. 776-783.

¹⁸⁷ Rapport annuel de la Cour des comptes, « La dette des hôpitaux, des améliorations fragiles, des vigilances à maintenir », février 2018.

¹⁸⁸ Art. L. 6143-3-1 CSP précité.

b) Les contrôles financiers relatifs à l'activité médicale

58. Le contrôle médical est apparu en même temps que la mise en place de la sécurité sociale¹⁸⁹. Selon Christophe EOCHE-DUVAL¹⁹⁰, il faut l'envisager comme le contrepoids nécessaire au principe de libre choix du médecin¹⁹¹ et à la liberté de prescription de ce dernier¹⁹². Par la suite, le contrôle médical a été réformé en 1967 avec les quatre ordonnances de la réforme JEANNENEY qui ont réorganisé le régime général de la Sécurité sociale, distinguant trois branches et créant la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés¹⁹³. Avec cette réforme, les praticiens conseils deviennent des agents salariés de droit privé rattachés à cette caisse et indépendants des organismes régionaux et locaux. Ils contrôlent la réalité et la justesse des prestations médicales versées aux assurés sociaux. Comme l'a fait remarquer Marie-Laure MOQUET-ANGER, ce type de contrôle était resté relativement faible au départ, car il ne reposait que sur une seule disposition législative¹⁹⁴, alors que ces missions relevaient principalement du domaine réglementaire, et que les prestations concernées par le contrôle devaient obéir à une procédure spécifique¹⁹⁵. En effet, le contrôle médical a vu au départ son champ d'action limité à la vérification de l'existence des conditions requises pour l'obtention d'une prestation par les consommateurs de soins en ES. Il ne permettait pas aux praticiens conseils de procéder à l'analyse de l'activité sur le plan médical des ES¹⁹⁶. Il fallut attendre l'ordonnance n° 96-345 du 24 avril 1996 relative à la maîtrise médicalisée des dépenses de santé pour qu'une véritable politique de gestion du risque maladie voit le jour, notamment dans sa composante de réduction des risques financiers.

Le contrôle médical s'avère être un contrôle technique sur la qualité et l'utilité des actes médicaux. En application de l'article L. 315-1 I CSS, il porte sur tous les éléments d'ordre

¹⁸⁹ Art. 10 de l'ord. n° 45-2250 du 4 oct. 1945 portant organisation de la sécurité sociale et art. 20 de l'ord. n° 45-2454 du 19 oct. 1945 relative au régime des assurances sociales applicable aux assurés des professions non agricoles.

¹⁹⁰ EOCHE-DUVAL Ch., « L'analyse de l'activité des professionnels de santé par le contrôle médical : du droit d'objection du professionnel contrôlé au recours à un principe de loyauté ? », *RDSS* 2012, p. 291.

¹⁹¹ Décision n° 89-269 DC du 22 janv. 1990 (Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé).

¹⁹² Art. L. 162-2 CSS.

¹⁹³ Ordonnance n° 67-706 du 21 août 1967 relative à l'organisation administrative et financière de la sécurité sociale.

¹⁹⁴ Art. L. 315-1 CSS.

¹⁹⁵ MOQUET-ANGER M.-L., « Les compétences de contrôle du service de contrôle médical », in *L'inspection et le contrôle en matière sanitaire et sociale, Actes de la journée d'étude IEP Rennes*, in *Rev. fondamentale des questions hospitalières*, 2004, p. 64.

¹⁹⁶ LUCBEREILH J., « Les nouvelles missions du contrôle médical », *Dr. soc.*, 1996, p. 836.

médical qui commandent l'attribution et le service de l'ensemble des prestations de l'assurance maladie, maternité et invalidité. Ce contrôle concerne les prestations sociales versées aux assurés et l'activité des établissements. Il appartient en effet au service du contrôle médical de procéder, en application de l'article L. 315-1 III CSS, à l'analyse, sur le plan médical, de l'activité des ES dans lesquels sont admis des bénéficiaires de l'assurance maladie. L'analyse de cette activité passe par les coupes transversales des services de soins, afin de mettre en évidence des éventuelles inadéquations de séjours. Cela consiste aussi à vérifier le respect de certaines pratiques médicales qui sont associées à des références médicales opposables. Lorsque le service du contrôle médical estime que la prise en charge par l'assurance maladie des frais exposés par un assuré ou l'un de ses ayants droit dans un établissement, un service ou une institution sanitaire ou médico-sociale, n'est pas médicalement justifiée au jour de l'examen médical, l'organisme dont relève l'assuré refuse la prise en charge ou, le cas échéant, y met fin. Le rôle du contrôle médical est donc très large. Comme nous le verrons en étudiant les prérogatives des praticiens conseils, si l'objectif poursuivi relève de la législation sociale, les textes ultérieurs vont de plus en plus rapprocher l'activité du contrôle médical de celle de l'inspection à caractère sanitaire et des démarches qualités avec l'accréditation des professionnels de santé et la certification des ES.

59. C'est aussi dans les années 1980 que naît sous l'impulsion de Jean DE KERVASDOUE, alors responsable de la direction des hôpitaux le « projet de médicalisation des systèmes d'information » (PMSI). Pendant les dix premières années, le projet poursuit des objectifs essentiellement épidémiologiques par une connaissance plus fine de l'activité médicale des établissements de santé en étudiant certaines pathologies, leurs prises en charge et leur coût. Le projet s'est orienté par la suite dans les secteurs public et privé vers la maîtrise médicalisée des dépenses de santé, ce qui consistait à rebaser les coûts d'hospitalisation à partir de millions de séjours hospitaliers et à les classer en groupes de séjours.

Tirant la leçon de ces expérimentations, la loi du 31 juillet 1991 a soumis les ES publics et privés à l'obligation de procéder à l'évaluation et à l'analyse de leur activité. L'arrêté du 20 novembre 1994¹⁹⁷ et la circulaire du 10 mai 1995¹⁹⁸ ont alors fixé l'obligation aux

¹⁹⁷ Arrêté du 20 septembre 1994 relatif au recueil et au traitement des données d'activité médicale et de coût, JO n° 242 du 18 octobre 1994.

¹⁹⁸ Circulaire DH/DSS/95/N°23 du 10 mai 1995 relative à la généralisation du dispositif technique, expérimenté en Languedoc-Roussillon de la mesure de l'activité et des coûts des établissements hospitaliers sous compétence tarifaire de l'Etat, à l'aide des informations provenant du système d'information médicalisé.

établissements de santé sous compétence tarifaire de l'État¹⁹⁹ de transmettre leurs données d'activité sous la forme de résumés de sorties anonymes aux DRASS. L'ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée consacra dans son article 6 une section du code de santé publique à « l'analyse de l'activité et du système d'information » rendue obligatoire pour tous types d'établissements de santé publics et privés²⁰⁰.

En instaurant cette médicalisation du financement des établissements de santé qui passe par le recueil systématique et le traitement automatique et standardisé des données médico-administratives des ES, le législateur a aussi permis un contrôle en continu de l'activité des ES, par le biais des médecins « département d'information médicale » (DIM) affectés à cette tâche. Le PMSI va alors servir de base à la mise en place de la tarification à l'activité qui permet, depuis 2004, de rémunérer les ES en fonction de leur activité réelle de court séjour, avec pour objectif une meilleure maîtrise des dépenses de soins grâce au contrôle médico-économique effectué par les agences régionales de santé et l'assurance maladie.

Nous le voyons, ces nouveaux modes de contrôles financiers apparus dans les années quatre-vingt et quatre-vingt-dix vont accentuer la minoration de la fonction inspection entamée dans les années soixante-dix par les services de l'État avec les DDASS et les DRASS. La place accordée à l'inspection-contrôle associée au pouvoir régalien et à l'ordre public va aussi bouger avec, d'une part, la décentralisation territoriale dans le domaine social et médico-social et, d'autre part, la décentralisation fonctionnelle avec la création des agences spécialisées dans le domaine sanitaire.

§2 L'inspection-contrôle à l'épreuve des décentralisations territoriales et fonctionnelles

La fin des années quatre-vingt a été marquée par des transferts de compétences aux conseils généraux avec des conséquences fortes en termes de contrôle dans le champ social et médico-social (A). Cette décentralisation territoriale s'est doublée, dans les années 1990, de la création d'agences spécialisées dans le domaine sanitaire, donnant lieu à une décentralisation fonctionnelle de certains contrôles au niveau régional et national (B).

¹⁹⁹ Etablissements publics, assimilés et privés à but non lucratifs.

²⁰⁰ Ancien article L. 710-6 CSP.

A/ La décentralisation territoriale des contrôles dans le champ social et médico-social

Suite au transfert de compétences et d'effectifs de contrôle de l'État vers les Conseils généraux dans les années 1980 (1), les pouvoirs de contrôle du champ social et médico-social ont fait l'objet d'une nouvelle répartition avec la loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale (2).

1/ Les transferts de compétences et d'effectifs de l'État vers les Conseils généraux

60. Si il est vrai qu'au cours des 1980, les DRASS ont affirmé leur existence autour de la planification sanitaire et le contrôle des caisses de sécurité sociale, force est de constater que parallèlement, les lois de décentralisation territoriale de 1982, 1983 et 1986²⁰¹ ont fortement diminué la capacité des DDASS à être visibles sur le terrain de l'inspection-contrôle. La politique de décentralisation mise en place par la loi du 2 mars 1982 visait à faire du département un échelon de proximité dans la prise de décision en matière d'action sociale et médico-sociale. Avec la loi n° 86-17 du 6 janvier 1986 adaptant la législation sanitaire et sociale aux transferts de compétence en matière sociale et de santé, les compétences des Conseils généraux dans le domaine social et médico-social ont ainsi été élargies et avec elles, leurs compétences de contrôle.

L'article 6 de la loi de 1986 a en effet opéré un partage des compétences d'autorisation des établissements et services sociaux et médico-sociaux en modifiant l'article 9 de la loi n° 75-535 du 30 juin 1975²⁰². Le Conseil général s'est ainsi vu confié le pouvoir exclusif d'autorisation sur un nombre important d'établissements et de services : les établissements recevant habituellement des mineurs relevant des chapitres Ier et II du titre II du Code de la famille et de l'aide sociale et les maisons d'enfants à caractère social, le centres de placements familiaux et

²⁰¹ Acte 1 de la décentralisation : 1982-1983 : Transferts de compétences et mécanismes de coopération : Loi N° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux « droits et libertés des communes, départements et régions », JO du 3 mars 1982 ; Loi N° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, JO du 9 janvier 1983 (et rectificatif au JO du 6 mars 1983).

Transferts de compétences dans le champ sanitaire et social : Loi N°83-633 du 22 juillet 1983 complétant la loi N° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, JO du 23 juillet 1983 ; Loi N° 86-17 du 6 janvier 1986 adaptant la législation sanitaire et sociale aux transferts de compétence en matière sociale et de santé, JO du 8 janvier 1986 (refonte code de l'aide sociale).

²⁰² LIGNEAU Ph., « Les nouveaux pouvoirs des collectivités publiques à l'égard des établissements et services sociaux et médico-sociaux », *RTDSS*. 1986, p. 572.

établissements maternels²⁰³, ainsi que les établissements qui assurant l'hébergement des personnes âgées et des adultes handicapés²⁰⁴. Avec ce pouvoir d'autorisation, le Conseil général hérite en 1986 du contrôle de la conformité des établissements qu'il autorise par le biais de la visite de conformité²⁰⁵ sur la base des normes minimales quantitatives et qualitatives d'équipement et de fonctionnement²⁰⁶. Il se voit reconnaître également un pouvoir de fermeture d'un établissement pour défaut d'autorisation²⁰⁷. Les agents du Conseil général obtiennent, en application de l'article 64 de la loi de 1986, « *le contrôle relatif au respect par le bénéficiaire et les institutions intéressées des règles applicables aux formes d'aide sociale relevant de la compétence du département. Le règlement départemental arrête les modalités de ce contrôle* »²⁰⁸.

De son côté, le préfet de département conserve la compétence exclusive d'autorisation sur tous les autres établissements et services de l'article 3 de la loi de 1975, à savoir, les établissements médico-éducatifs pour jeunes handicapés ou inadaptés, et les établissements d'enseignement qui dispensent une éducation spéciale, mais aussi, les établissements d'éducation surveillée, les établissements d'aide par le travail, les foyers de jeunes travailleurs et les structures d'hébergement en vue de la réadaptation sociale. Un pouvoir d'autorisation conjointe de ces deux autorités administratives est également retenu par la loi pour les établissements et services pour auxquels l'autorité judiciaire confie directement et habituellement des mineurs au titre de la PJJ.

61. Toutefois, en matière de droit du contrôle, le législateur de 1986 conserve encore au bénéfice du préfet de larges pouvoirs de police administrative. Au titre de l'article 10 de cette loi qui modifie l'article 14 de la loi de 1975, le préfet de département est seul habilité à fermer un établissement ou service social ou médico-social, quelle que soit l'autorité ayant délivré l'autorisation, et ce dans trois cas. D'abord, lorsque les conditions techniques de fonctionnements des établissements ne sont pas respectées. Ensuite, lorsque sont constatées des infractions aux lois et règlements entraînant la responsabilité civile de l'établissement ou pénale

²⁰³ Art. 3. 1° de la loi de 1975 modifiée.

²⁰⁴ Art. 3. 5° de la loi de 1975 modifiée.

²⁰⁵ Art. 11 de loi de 1975 modifiée.

²⁰⁶ Art. 4 de la loi de 1975 modifiée.

²⁰⁷ Art. 14 de la loi de 1975 modifiée.

²⁰⁸ Art. 198 CFAS.

de ses dirigeants. Enfin, « lorsque la santé, la sécurité ou le bien-être physique ou moral des usagers se trouvent menacés ou compromis par les conditions d'installation, d'organisation ou de fonctionnement de l'établissement ou du service ». Nous voyons ainsi que malgré l'effet de la décentralisation, le pouvoir de surveillance de l'État conserve toute sa vigueur et s'entend très largement dans les différents cas de contrôle énumérés.

La recodification du Code de la famille et de l'aide sociale (CFAS) en Code de l'action sociale et des familles (CASF) par l'ordonnance du 21 décembre 2000 ne changea pas le sens des dispositions relatives au contrôle des ESSMS²⁰⁹. Dans le nouveau CASF publié en 2000, le préfet de département conserve une large part du contrôle et de la fermeture des établissements et services sous autorisation, que ce soit dans les cas cités précédemment²¹⁰, ou par l'exercice de son pouvoir de surveillance qui figure désormais à l'article L. 331-1 CASF et suivants. La seule concession faite au président de Conseil général au titre de l'ordre public a été de lui reconnaître un pouvoir d'adresser des injonctions aux établissements privés du département accueillant des mineurs au titre de son pouvoir de surveillance sur ce public, mais le représentant de l'État conservait l'exclusivité du pouvoir de fermeture de l'établissement au même titre²¹¹.

Ainsi, les services de l'État conservent après la décentralisation une large part du contrôle dans le champ social et médico-social au titre de la surveillance. Mais une distorsion se fait jour entre ce pouvoir de contrôle et la capacité matérielle pour l'exercer. En pratique, il faut rappeler que les transferts de compétences de l'État vers les Conseils généraux se sont traduits par la perte de l'essentiel des effectifs de gestion et d'inspection de l'État : plus des deux tiers des moyens humains et matériels des DDASS seront transférés aux Conseils généraux sur les champs sociaux et médico-sociaux, créant ainsi une hémorragie d'agents de l'État, particulièrement de catégorie A, compétents en matière d'inspection contrôle, comme nous le verrons par la suite²¹².

²⁰⁹ Ordonnance n° 2000-1249 du 21 décembre 2000 relative à la partie Législative du code de l'action sociale et des familles, JORF no 297 du 23 décembre 2000.

²¹⁰ Art. L 313-11 alinéa 2 dans la nouvelle version du CASF.

²¹¹ Art. L. 331-7 CASF dans sa version de décembre 2000.

²¹² CANNIARD P., CHEIKH-SIDIA A., COCULA D., L'évolution des services déconcentrés pour la mise en œuvre des politiques sanitaires et sociales. In Les nouveaux enjeux des politiques de santé — santé publique, organisation et systèmes d'information. Paris : La Documentation française, Rapport de l'ENA, 1995, p. 405-509.

2/ Une nouvelle répartition des pouvoirs de contrôles entre l'État et le Conseil général dans le champ social et médico-social issue de la loi du 2 janvier 2002

62. Il a fallu attendre la loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale²¹³ pour voir à nouveau les textes évoluer sur le contrôle des ESSMS suite à des faits de malversations financières et de maltraitance relatés dans les médias. Selon Bruno FABRE, la loi 2002-2 a refondé le contrôle social autour de trois intentions²¹⁴ : elle a affirmé la place des personnes accueillies, désormais « usagers » à part entière ayant vocation à bénéficier des prestations offertes par la loi ; elle a renforcé le positionnement des autorités administratives de proximité (préfet de département, président du Conseil général, directeur de l'ARH) notamment en faisant passer l'autorisation des ESSMS d'une durée illimitée²¹⁵ à une durée de quinze ans²¹⁶ ; elle a fait apparaître plus clairement le partage des interventions administratives sur deux niveaux : la régulation (autoriser, vérifier la conformité des fonctionnements aux autorisations données) et la sauvegarde, nommée aussi pouvoir de « surveillance » (sanctionner les défaillances et protéger), toujours attribut du représentant de l'État²¹⁷.

Rappelons que depuis 2002, le contrôle de l'activité (ou contrôle du fonctionnement parce qu'il porte sur le respect des conditions techniques minimales d'organisation et de fonctionnement prévues par le CASF) figure désormais à l'article L. 313-13 CASF, et repose sur « l'équation du contrôle » selon laquelle : « *Le contrôle de l'activité des établissements et services sociaux et médico-sociaux est exercé, notamment dans l'intérêt des usagers, par l'autorité qui a délivré l'autorisation* ». Il convient de se reporter à l'article L. 313-3 CASF pour prendre connaissance de la répartition des pouvoirs d'autorisation exclusifs ou conjoints des différentes autorités administratives intervenant dans le champ des ESSMS. Un nouvel article L. 313-14 CASF a également confié au préfet de département et au président du conseil général la faculté d'émettre des injonctions « *dès que sont constatés dans l'établissement ou le service des infractions aux lois et règlements ou des dysfonctionnements dans la gestion ou l'organisation susceptibles d'affecter la prise en charge ou l'accompagnement des usagers ou le respect de leurs droits* ». Notons que ce pouvoir n'était pas reconnu auparavant au président du Conseil général, ce qui marque une avancée notoire dans la reconnaissance d'un pouvoir de police administrative à son

²¹³ Loi 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale (JO du 3 janvier 2002 p.124).

²¹⁴ FABRE B., « Les compétences de contrôle dans le secteur social et médico-social, *Revue fondamentale des questions hospitalières*, n°9, 2004, p. 37.

²¹⁵ Loi du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales, prec.

²¹⁶ Art. L. 313-1 CASF.

²¹⁷ Sauf en matière de garantie accordée aux mineurs placés en dehors du domicile de leurs parents où ce pouvoir de surveillance est partagé entre le préfet de département et le président du conseil général au titre de l'article L. 331-7 CASF.

égard. Enfin, la possibilité de fermer un établissement pour défaut d'autorisation qui avait été mise en place en 1986 pour ces deux autorités administratives²¹⁸ figure désormais à l'article L. 313-15 CASF.

63. Cependant, la loi de 2002, conservait encore au bénéfice du préfet de département, garant de l'ordre public, d'une part, le pouvoir de surveillance sur les ESSMS, (article L. 331-1 CASF) et, d'autre part, le pouvoir de fermeture dans les hypothèses que prévoyait déjà l'article 10 de la loi de 1986, et que le législateur de 2002 a modifié dans un nouvel article L. 313-16 CASF, afin de mieux lutter contre les malversations financières : « *lorsque la santé, la sécurité ou le bien-être physique ou moral des personnes bénéficiaires se trouvent compromis ... par un fonctionnement des instances de l'organisme gestionnaire non conformes à ses propres statuts* ». Toutefois, cet article L. 313-16 CASF a fait l'objet d'une modification en 2005 à l'article 10 de l'ordonnance relative aux procédures d'admission à l'aide sociale et aux établissements et services sociaux et médico-sociaux²¹⁹.

En effet, cette nouvelle disposition a contribué à aligner encore plus les pouvoirs de police administrative spéciale que ces deux autorités administratives détiennent sur les ESSMS qu'elles autorisent en rappelant non seulement leur pouvoir de fermeture au regard du non-respect des normes techniques « *lorsque les conditions techniques minimales d'organisation ne sont pas respectées* », mais en reconnaissant également au président du Conseil général, le droit réservé jusqu'alors au préfet de département²²⁰ de fermer un établissement ou un service qui relève de son autorisation exclusive « *lorsque sont constatées dans l'établissement ou le service des infractions aux lois ou aux règlements susceptibles d'entraîner la mise en cause de la responsabilité civile de l'établissement ou du service ou de la responsabilité pénale de ses dirigeants ou de la personne morale gestionnaire* ». Naturellement, ce pouvoir de fermeture s'affirme conjoint en cas d'autorisation conjointe, et le préfet, garant de l'ordre public, conserve un pouvoir de substitution en cas de carence du conseil général ou en cas d'urgence, hors autorisation conjointe²²¹.

²¹⁸ Art. 14 de la loi de 1975 modifiée.

²¹⁹ Ordonnance n° 2005-1477 du 1^{er} décembre 2005 portant diverses dispositions relatives aux procédures d'admission à l'aide sociale et aux établissements et services sociaux et médico-sociaux (JO N° 280 du 2 décembre 2005).

²²⁰ Art. 14 de la loi de 1975.

²²¹ Art. L.313-16 dans sa rédaction issue de l'ordonnance n°2005-1477 du 1^{er} décembre 2005.

Nous voyons comment progressivement, le législateur a diminué, par petites touches, le pouvoir de l'État au profit du département, en commençant par aligner leurs pouvoirs d'autorisation et de contrôle de l'activité. Cette « construction juridique par sédimentation »²²² qui a commencé en 1971, se poursuivra avec la loi HPST de 2009, en enclenchant un nouveau mouvement de transfert de compétences au bénéfice cette fois-ci du DGARS.

Après la décentralisation territoriale des années 80-90, le contrôle va vivre une seconde vague de changements structurels avec une décentralisation fonctionnelle.

B/ La décentralisation fonctionnelle des contrôles dans le champ sanitaire

Les activités d'inspection et de contrôle qui ont connu une décentralisation territoriale dans le champ social et médicosocial ont également fait l'objet d'une décentralisation fonctionnelle en 1996 avec la création des ARH (1), et la création dans les années quatre-vingt-dix des agences nationales de sécurité sanitaire (2).

1/ Une première décentralisation fonctionnelle de l'inspection-contrôle au niveau régional en matière sanitaire dans les années fin 90 - début 2000 : l'articulation complexe entre préfet de département et directeur d'ARH.

64. Jusqu'à la mise en place des ARH par l'Ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée²²³, seuls le ministre chargé de la santé et le représentant de l'État dans le département (par l'intermédiaire du directeur de la DDASS), détenaient la compétence exclusive de contrôle sur le fonctionnement des établissements et services de santé et sur le contrôle de la sécurité sanitaire au sein de ceux-ci. A titre d'exemples, ces deux autorités disposaient de la capacité de retrait d'autorisation sanitaire lorsque le taux d'occupation ou le niveau d'activité étaient inférieurs à des seuils fixés par décret²²⁴. En application de l'ancien article L. 712-18 CSP, le ministre de la santé et le préfet de département détenaient le pouvoir de suspension d'activité totale ou partielle de l'autorisation de fonctionner d'une installation ou d'une activité de soins en cas d'urgence tenant à la sécurité des malades ou lorsque les conditions techniques de fonctionnement fixées par décret n'étaient pas

²²² HARDY J.P., « La longue construction juridique (1971-2007) du contrôle et de l'inspection dans le secteur social et médico-social », *IASS la Revue*, n° 53, décembre 2006.

²²³ Art. L. 6115-1 à L.6115-10 CSP.

²²⁴ Art. L. 712-17-1 CSP (en vigueur au 8 sept 1995).

respectées. Le ministre de la santé et le préfet de département détenaient aussi un pouvoir de suspension lorsqu'étaient constatées dans un établissement de santé et du fait de celui-ci, des infractions aux lois et règlements pris pour la protection de la santé publique entraînant la responsabilité civile de l'établissement ou la responsabilité pénale de ses dirigeants.

L'objectif premier des ordonnances Juppé de 1996 n'a pas été de renforcer les pouvoirs de contrôle dans le champ sanitaire et médico-social mais de mettre en œuvre, au niveau d'une région, la politique hospitalière définie par le gouvernement avec les instruments principaux de la planification²²⁵ et de la contractualisation²²⁶. Ces agences mises en place en 1996 sous forme de GIP ont été constituées de manière paritaire d'agents de l'État et d'agents de l'assurance maladie qui, nous l'avons vu, étaient préalablement dotés de pouvoirs de contrôles variés. Aussi, les ARH se sont vues progressivement dotées de pouvoirs de contrôle, y compris en matière de police administrative, en lien avec le préfet de département.

En effet, l'ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996 est venue opérer un nouveau partage de compétences entre le préfet de département et le directeur de l'ARH, partage qui a été précisé dans la circulaire du 21 janvier 1997 afin de « *mettre de la clarté dans les rôles du représentant de l'État et du directeur régional de l'hospitalisation* »²²⁷. Ces deux textes ont consacré une première étape dans la décentralisation fonctionnelle des contrôles en établissements et services de santé dont la mise en pratique s'est avérée difficile. Il ressort de ces textes, et particulièrement de la circulaire de janvier 1997, la distinction entre, d'une part, le contrôle de sécurité sanitaire en ES dont l'élaboration du « plan régional » revenait au préfet de région en lien avec les préfets de département et, d'autre part, le contrôle de l'activité des ES dont le « plan de contrôle de l'analyse et de l'activité » relevait du directeur de l'ARH (nommé aussi « contrôle du fonctionnement », il comprend les visites de conformité liées à l'autorisation).

65. Cette répartition des pouvoirs semblait tellement contrenature que la circulaire de janvier 1997 avait invité le représentant de l'État et le directeur de l'ARH à se coordonner et se tenir informés continuellement au sein de la commission exécutive de l'ARH²²⁸. Cette répartition complexe et assez artificielle entre deux types de contrôles qui se recoupent en

²²⁵ par le biais des schémas régionaux d'organisation sanitaire

²²⁶ par le biais des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens

²²⁷ Circulaire DGS/DH/QS/AF n° 97-36 du 21 janvier 1997 relative à l'organisation du contrôle de la sécurité sanitaire dans les établissements de santé et à la coordination entre les représentants de l'État dans la région et le département et les directeurs des agences régionales de l'hospitalisation, BOMES n° 97/7, p. 129.

²²⁸ Art. 2-3 de la Circulaire DGS/DH/QS/AF n° 97-36 du 21 janvier 1997 : « *Le représentant de l'État et le directeur de l'agence se tiennent mutuellement informés des décisions qu'ils prennent, faisant suite aux conclusions des missions de contrôle dans les établissements de santé* ».

réalité, s'expliquait par la volonté du législateur de laisser au représentant de l'État l'apparence d'une main mise sur la sécurité sanitaire. Le représentant de l'État dans le département, de par la mission constitutionnelle de police générale et de garantie de l'ordre public qu'il s'était vu confiée en 1982²²⁹, avait encore sous son autorité hiérarchique les corps d'inspection, notamment de médecins et pharmaciens inspecteurs, même si la circulaire de janvier 1997 prévoyait qu'en « *cas d'urgence et notamment de risque grave et immédiat pour la sécurité des patients hospitalisés, le directeur de l'ARH...* » pouvait adresser directement des instructions aux fonctionnaires des services déconcentrés de l'État exerçant des missions d'inspection dans les ES.

En revanche, à côté de ce contrôle de sécurité sanitaire, le contrôle « technique » de fonctionnement des ES relevait pleinement à partir de 1996, de la compétence exclusive du directeur de l'ARH (avec le ministre chargé de la santé)²³⁰. Il concernait les visites de conformité et les contrôles techniques a posteriori sur les conditions d'application des autorisations des ES, publics ou privés, d'activités de soins et d'équipements matériels lourds²³¹. Pour exercer ces contrôles, le directeur de l'ARH n'avait pas d'agents contrôleurs sous sa responsabilité hiérarchique²³². Il devait avoir recours aux agents des DDASS et DRASS et à ceux de l'assurance maladie qui intervenaient sur le contrôle technique avec les services de l'État. En effet, l'ordonnance du 24 avril 1996 n'avait pas changé la liste des agents des DDASS et DRASS compétents en matière de contrôles de « *l'exécution des lois et règlements qui se rapportent à la santé publique* » qui restaient ceux répertoriés à l'article 10 de la loi n°79-1140 du 29 décembre 1979 relative aux équipements sanitaires et modifiant certaines dispositions de la loi n°70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière²³³. Aussi, ces agents de l'État qui intervenaient en contrôle sur les établissements de santé ont-ils connu de 1996 à 2010,

²²⁹ Décret n°82-389 du 10 mai 1982 relatif aux pouvoirs des préfets et à l'action des services et organismes publics de l'Etat dans les départements.

²³⁰ Art. L. 712-8 CSP.

²³¹ L'article 12 de l'Ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée modifie l'article 712 CSP en confiant à l'article L. 712-8 CSP au ministre chargé de la santé et au directeur de l'ARH le pouvoir de délivrer les autorisations aux établissements sanitaires et équipements matériels lourds et à l'article L. 712-18 CSP celui de suspendre totalement ou partiellement l'autorisation de fonctionner d'une installation ou d'une activité de soins « *lorsque les conditions techniques de fonctionnement prévues au 3° de l'article L. 712-9 ne sont pas respectées ou lorsque sont constatées dans un établissement de santé et du fait de celui-ci des infractions aux lois et règlements pris pour la protection de la santé publique entraînant la responsabilité civile de l'établissement ou la responsabilité pénale de ses dirigeants* ».

²³² L'équipe du directeur d'ARH se composait d'une dizaine de chargés de mission essentiellement affectés à la planification de l'offre de soins et à l'allocation de ressources.

²³³ Art. 10 de la loi n°79-1140 du 29 décembre 1979 : « *L'exécution des lois et règlements qui se rapportent à la santé publique est contrôlée, à l'intérieur des établissements sanitaires et sociaux, par les médecins inspecteurs de la santé, les pharmaciens inspecteurs, les fonctionnaires de catégorie A ou agents assimilés de services extérieurs des affaires sanitaires et sociales et les membres de l'inspection générale des affaires sociales* ».

une double subordination : hiérarchique vis à vis du préfet et fonctionnelle vis à vis du directeur de l'ARH, lorsqu'ils procédaient aux contrôles sur les établissements et services de santé.

66. Avec l'ordonnance du 4 septembre 2003 qui a réformé le système de santé²³⁴, un pas supplémentaire est franchi dans le partage des compétences entre préfet et directeur d'ARH en matière de contrôle des ES. Mais il a fallu la parution de la circulaire du 3 juin 2004 relative à l'exercice des pouvoirs de contrôle au sein des ES²³⁵ pour tenter d'éclaircir l'articulation complexe entre le préfet et le directeur d'ARH sur ses deux types de contrôles en termes de partages de compétences²³⁶. Le directeur de l'ARH conservait la compétence exclusive du contrôle technique désormais prévue à l'article L. 6115-1 CSP qui disposait que l'ARH « ...a pour mission de définir et mettre en œuvre la politique régionale de l'offre de soins hospitaliers, d'analyser et de coordonner l'activité des établissements de santé publics et privés, de contrôler leur fonctionnement et de déterminer leurs ressources »²³⁷. Le directeur d'ARH s'était vu également reconnaître à l'article 23 de l'ordonnance de 2003 un pouvoir de contrôle et d'analyse économique et financière sur les établissements de santé privés qui était la contrepartie de la tarification assurée par l'assurance maladie. L'article L. 6161-3 CSP avait ainsi rendu obligatoire la transmission aux ARH des comptes certifiés des ESP accompagnés de toutes autres pièces comptables.

En outre, le directeur de l'ARH s'était vu attribué une compétence concurrente avec le préfet en matière de contrôle de « l'exécution des lois et règlements qui se rapportent à la santé publique » qualifié « a contrario » du contrôle de fonctionnement précité de « contrôle de sécurité sanitaire » dans les ES²³⁸. L'article L. 6116-2 CSP disposait que : « A l'intérieur des établissements de santé et organismes exerçant les missions d'établissement de santé, le

²³⁴ Ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation.

²³⁵ Circulaire DHOS/G n° 2004-251 du 3 juin 2004 relative à l'exercice des pouvoirs de contrôle au sein des établissements de santé prévus aux articles L. 6115-1, L. 6116-1 et 2 du code de la santé publique (BOMSS 10 juillet 2004, n° 2004/26, p 183).

²³⁶ BARLET C., « L'inspection et le contrôle dans le cadre de la loi HPST », *RGDM*, n°15, 2011, p. 157-178.

²³⁷ La circulaire du 3 juin 2004 définit les contrôles de fonctionnement comme « les contrôles qui n'ont pas pour objet a priori de vérifier la conformité aux règles de santé publique ; il s'agit, par exemple, d'un contrôle tendant à apprécier le mode d'organisation d'un établissement ou à analyser l'origine de difficultés budgétaires ; ces contrôles relèvent de la seule compétence du directeur de l'agence régionale de l'hospitalisation ».

²³⁸ La circulaire du 3 juin 2004 définit les contrôles de l'article L. 6116-1 CSP comme « les contrôles destinés à vérifier la conformité d'un établissement à la réglementation en vigueur en matière de santé publique ; il s'agit, par exemple, du contrôle d'une installation de stérilisation ou d'un dépôt mortuaire ; aux termes de l'article L. 6116-2, le préfet est également compétent pour ordonner de tels contrôles ou inspections ».

contrôle est exercé à l'initiative du directeur de l'agence régionale de l'hospitalisation ou du représentant de l'Etat dans le département. Celle de ces deux autorités qui prend l'initiative d'un contrôle en informe sans délai l'autre autorité ». Cette innovation sur le plan juridique s'est avérée difficile à mettre en œuvre en pratique, d'une part à cause de la perte de pouvoir du préfet sur un domaine qui lui était historiquement réservé, d'autre part en raison de la difficulté de mettre à disposition des agents contrôleurs de l'État pour le compte de l'agence, quand celle-ci prenait l'initiative du contrôle.

Nous le voyons, la décentralisation fonctionnelle a été à l'œuvre au niveau régional sur les ES en 1996, puis en 2003. Imparfaite dans le partage des pouvoirs²³⁹, elle a néanmoins auguré de la future loi HPST de 2009 qui, comme nous le verrons, va confier au DGARS la quasi-totalité des pouvoirs de contrôle en matière d'établissements et services de santé, mais aussi médicosociaux.

Cette décentralisation fonctionnelle du contrôle sanitaire au niveau régional s'est doublée d'une décentralisation fonctionnelle au niveau national avec la création d'agences nationales de sécurité sanitaire.

2/ La décentralisation fonctionnelle de l'inspection-contrôle importante au niveau national : la création des agences nationales de sécurité sanitaire.

67. Dans les années quatre-vingt-dix, les différents scandales sanitaires successifs en France et en Europe ont rendu nécessaire la mise en place d'un nouveau dispositif de vigilances et de sécurité sanitaire²⁴⁰. L'institution médicale, les organisations administratives et l'État ont failli. Le « *primum non nocere* » doit être rétabli et le système sanitaire se doter d'experts capables de prévenir, évaluer et endiguer les risques en passant du « tout curatif » à une approche systémique du risque qui intègre la prévention. Selon Didier TABUTEAU²⁴¹, après « l'ère des défenseurs » de la santé publique au 18^e et 19^e siècles, qui a vu la naissance de la notion d'ordre public avec sa composante initiale de « salubrité », puis « l'ère des bâtisseurs » avec la

²³⁹ DE FORGES J-M., CORMIER M., « La prétendue simplification du système hospitalier du 4 septembre » 2003, *RDSS*, 2004, p. 110.

²⁴⁰ Plusieurs crises sanitaires majeures sont à l'origine du concept de sécurité sanitaire : l'affaire du sang contaminé (distribution de sang contaminé par le CNTS entre 1984 et 1985 à des hémophiles), médiatisée en 1991 avec le procès des ministres en 1999 ; l'amiante (années 1990 en France, création de l'ANDEVA en 1996 et interdiction amiante en 1997 avec obligation du Dossier Technique Amiante ; l'ESB (vache folle) en Grande Bretagne en 1996. Ces dossiers sanitaires médiatisés avaient été précédés d'autres affaires médiatiques avec le Thalidomide dans les années 50-60 (malformations chez enfants de mères ayant consommé cet antinauséeux) et le talc Morhange (200 enfants morts des suites d'un mélange par erreur d'un talc avec substance toxique dans les années 1970).

²⁴¹ TABUTEAU D., *La sécurité sanitaire*, 2^e édition, *berger-levrault*, mai 2002.

construction au 20^e siècle de ministères, de services territoriaux et d'établissements organisés sur la carte sanitaire, s'ouvre dans les années quatre-vingt-dix ce que l'auteur appelle « l'ère des enquêteurs » de la santé publique. Le développement du droit de la responsabilité, le droit à l'information des patients et la responsabilité sans faute²⁴² ont largement contribué à l'avènement de ce que Stéphanie RENARD a appelé dans sa thèse un « ordre public sanitaire »²⁴³.

Différentes agences sanitaires ont alors été créées que l'on peut regrouper schématiquement en trois catégories.

- Les agences de police sanitaire : l'AFSSAPS pour les médicaments et les produits de santé et l'AFSSA pour le médicament vétérinaire.
- Les agences d'expertise sanitaire avec une compétence de veille et d'alerte afin de donner des avis : Agence française de sécurité sanitaire de l'environnement et du travail (AFSSET), l'Institut national de veille sanitaire (INVS), et l'AFSSA pour l'essentiel de ses activités.
- Les opérateurs sanitaires chargés d'encadrer un domaine sensible : Etablissement français du sang (EFS), et l'ABM.

Entre 1993 et 2004, cinq réformes sont mises en œuvre par le législateur (1993, 1994, 1998, 2001, 2004) et douze agences sont créées avec des pouvoirs de police sanitaires délégués, entraînant une transformation considérable du paysage administratif²⁴⁴. Deux agences nationales se voient attribuer en particulier un rôle important en matière de contrôle des établissements et services de santé depuis les années 1990 et 2000. En premier lieu, l'Agence du médicament née en 1993²⁴⁵, qui deviendra Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé en 1998 (AFSSAPS)²⁴⁶, puis Agence nationale de sécurité du médicaments et des produits de santé le 1^{er} mai 2012 (ANSM)²⁴⁷. En second lieu, l'Agence de la biomédecine créée en 2004 (ABM)²⁴⁸. En concevant ces agences, il s'est agi pour le législateur de ne plus

²⁴² CE, Ass. 9 avril 1993, *Bianchi*, n° 69336, *Rec.*, p. 127 ; Concl. DAËL ; *RFDA* 1993, p.573 ; *AJDA* 1993, p.344, chron. MAUGÜE et TOUVET ; D. 1994, somm. comm. p. 65, ob. BON et TERNEYRE ; *JCP* 1993, II, 22061, note MOREAU ; *RDP* 1993, p.1099, note PAILLET ; *Rev. Adm.* 1993, p.561, note FRAISSEX.

²⁴³ RENARD S., L'ordre public sanitaire (étude en droit public interne), *prec.*

²⁴⁴ TABUTEAU D., « Les agences sanitaires : balkanisation d'une administration défaillante ou retour à l'État hygiéniste ? », *Les tribunes de la santé*, vol. n°1, 2003, pp. 34-46.

²⁴⁵ Loi n° 93-5 du 4 janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicament, et décret n° 93-295 du 8 mars 1993 relatif à l'Agence du médicament créée par l'article L. 567-1 du code de la santé publique.

²⁴⁶ Loi n° 98-535 du 1^{er} juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme.

²⁴⁷ Loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé.

²⁴⁸ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.

faire dépendre la sécurité sanitaire d'une organisation centralisée autour de la DGS, comme c'était le cas en 1992 et 1993 avec l'Agence du médicament et l'Agence française du sang, mais bien de donner à ces agences une autonomie, une expertise et un pouvoir de police sanitaire.

Nous étudierons les pouvoirs de contrôles des principales agences de sécurité sanitaire dans une partie qui leur sera consacrée.

68. En conclusion de cette partie sur l'évolution des autorités et missions de contrôle de 1945 à nos jours, nous pouvons distinguer plusieurs phases. La première phase de 1945 aux années soixante-dix est celle d'une fonction inspection fondée sur l'idée de surveillance et de contrôle sur le terrain dans un contexte d'interdépendance et de négociation entre les autorités publiques et les opérateurs de terrain qui se connaissent très bien au niveau local. Puis, une deuxième phase marquée par le recul et la minoration de l'inspection classique à partir des années 1970 avec le développement de la planification et d'une police administrative de l'autorisation d'une part, et l'apparition de modalités de gouvernement à distance²⁴⁹, d'autre part, centré sur les enveloppes budgétaires, la contractualisation et la procédure des appels à projets au nom de la rationalisation des dépenses de l'assurance maladie et de l'État.

Ce mouvement s'est accentué dans les années quatre-vingt et quatre-vingt-dix, avec ce que l'on pourrait qualifier de troisième phase, sous l'influence d'une nouvelle organisation administrative de l'État dans le champ sanitaire et social et d'une évolution de la culture professionnelle des inspecteurs, ce qui ne signifie pas une disparition de la fonction, mais son éclatement entre diverses entités (collectivités territoriales, agences nationales) et selon des procédés apparentés (visites de conformités, évaluation). Il est intéressant de constater que c'est à la fin des années quatre-vingt-dix que se réorganise la fonction inspection dans les services démontrés de l'État (DRASS) et dans les Conseils généraux, pour répondre à l'objectif de césure entre gestion et inspection et utiliser au mieux les nouveaux indicateurs de gestion. Ainsi, les autorités administratives se dotent de cellules d'inspections indépendantes des personnels en charge du suivi budgétaire des opérateurs. Comme le rappelle Magali ROBELET, « *la procédure d'inspection se trouve ainsi détachée des relations d'interconnaissance pour fournir des informations « objectives » reposant sur des indicateurs d'activité, de gestion budgétaire ou de ressources humaines* »²⁵⁰.

²⁴⁹ EPSTEIN R., « Gouverner à distance. Quand l'État se retire des territoires », *Prec.* p. 96-111.

²⁵⁰ ROBELET B., « Les transformations de modes de contrôle croisés entre associations et autorités publiques dans le secteur du handicap », *Prec.*, p. 599 à 612.

Toutefois, la pensée « économique-gestionnaire » et le « raisonnement financier » apparus dans les années quatre-vingt-dix n'ont pas forcément facilité le travail d'homogénéisation dévolu classiquement aux procédures administratives, selon Martine BURDILLAT²⁵¹. Ce que l'auteur perçoit comme la « capture de la chose publique » par les associations professionnelles partenaires, mais aussi l'éclatement interne des métiers au sein des affaires sanitaires et sociales, de même que la nouvelle nécessité de faire mieux avec moins, ont ravivé les tensions entre les multiples missions dont sont dépositaires les agents des services de l'État (planification, régulation de l'offre, suivi des politiques, contrôle et inspection, traitement des situations d'urgence, notamment urgence sociale et crises sanitaires).

Dix années plus tard, Jacques CHEVALLIER fera le même constat en qualifiant l'administration sanitaire et sociale de « faible, éclatée, concurrencée et sous influence »²⁵². Selon lui, de nouveaux modes d'action de l'État sont apparus avec cette rationalité « économique-gestionnaire » des années quatre-vingt et quatre-vingt-dix et se sont confirmés dans les années deux-mille, inspirant des procédés qui ne relevant plus de la tutelle ou de l'ordre public, mais des dispositifs d'encadrement (références médicales opposables pour les médecins (RMO), ARH pour les hôpitaux). Au travers des coopérations, l'auteur souligne « *l'inflexion en pratique vers un système reposant sur l'information et la responsabilisation des professionnels, plutôt que sur la répression* ».

69. Le signe le plus fort, selon J. CHEVALLIER, réside dans la création des agences administratives nationales et régionales qu'il voit comme une reprise en main par l'État du secteur sanitaire et social, tel un nouveau « *levier d'action bureaucratique* ». Ces agences sont chargées d'une fonction dite "de régulation" du secteur dont elles ont la charge, ce qui entraîne un « *éclatement des compétences normatives* ». L'exercice de leurs missions suppose l'adoption de certains principes d'organisation: tandis que la complexité des problèmes à résoudre requiert une capacité d'expertise et l'injection de compétences techniques, la prise en compte des différents intérêts en présence implique des relations étroites avec le milieu social. Ces agences nationales et régionales « *disposent d'une autonomie renforcée par rapport aux structures personnalisées classiques. Les agences apparaissent en fait comme le lieu d'expérimentation d'un modèle administratif fondé sur les valeurs nouvelles (efficacité, responsabilité, participation) justifiant d'un pilotage par leadership* ».

²⁵¹ BURDILLAT M., « L'administration sanitaire et sociale dans le champ du débat politique et social », *RFAS*, 2001/4, p. 13-31.

²⁵² CHEVALLIER J., « L'administration sanitaire et sociale en mouvement », *RFAS*, 2011/4 (n° 4), p. 127-136.

Aussi, nous partageons l'idée de J. CHEVALLIER selon laquelle « *l'infléchissement des registres d'action ne signifie pas l'abandon des principes bureaucratiques [...] car ces mouvements coexistent en entretenant une tension contradictoire* », et l'autorité administrative tend à osciller d'un registre à l'autre dans ce que l'auteur appelle une « *dynamique du changement* ».

Cette dynamique du changement est encore bien à l'œuvre, comme nous allons le voir, à travers l'étude des acteurs, autorités et agents, qui sont aujourd'hui en charge de l'inspection-contrôle dans le champ étudié.

Sect. 2 - Les acteurs actuels de l'inspection-contrôle dans le champ étudié.

L'étude des acteurs de l'inspection-contrôle va nous amener classiquement à envisager d'abord les autorités et agents ayant une compétence territoriale d'inspection et de contrôle (§1) avant de nous pencher sur les autorités et les agents ayant une compétence nationale d'inspection et de contrôle (§2).

§1 Les autorités et les agents ayant une compétence territoriale d'inspection et de contrôle

La fonction inspection contrôle se partage entre plusieurs acteurs au niveau des territoires que composent les régions et les départements. Nous allons d'abord présenter les acteurs des services de l'État au niveau territorial (A) avant de nous pencher sur les acteurs du conseil départemental et de l'assurance maladie (B).

A/ Les autorités et agents de l'État chargés des missions d'inspection et de contrôle au niveau territorial

L'année 2009 a été celle des réorganisations administratives voulues par la RGPP de 2007 et traduites dans la REATE. Les autorités administratives sanitaires et sociales ont été redessinées et avec elles, les missions d'inspection et de contrôle. La mise en place des ARS, dont l'ambition était de décloisonner le sanitaire et le médico-social, a fait apparaître en contrepoint un nouveau secteur social piloté par les préfets de régions et de départements (1). Les agents chargés de l'inspection et du contrôle pour le compte de ces autorités relèvent de statuts diversifiés, mais leur activité en inspection et contrôle demeure faible (2).

1/ La dualité des autorités de contrôle de l'État au niveau territorial, ou le déséquilibre en faveur du DGARS

70. La loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires a créé les ARS qui étaient en gestation depuis le début des années quatre-vingt-dix²⁵³ et qui sont entrées en vigueur le 1^{er} avril 2010. Ce sont des établissements publics de l'État à caractère administratif placés sous la tutelle des ministres chargés de la santé, de la sécurité sociale, des personnes âgées et des personnes handicapées²⁵⁴. Leur statut juridique répond à la notion d'une « agence » telle que le Conseil d'État l'avait définie en 2012, puisqu'elles réunissent les quatre critères requis pour leur mise en place : l'efficacité, l'expertise, le partenariat, la neutralité²⁵⁵.

71. Pour Clément CHAUVET, six missions peuvent être dévolues à ces agences, soit de manière distincte, soit de manière combinée : une mission de production et de prestation de services, de police et de contrôle, d'expertise, de financement, de mutualisation des moyens et, enfin, une mission d'animation de réseaux²⁵⁶. Aussi, les attributions d'inspection et de contrôle du DGARS sont vastes et hétérogènes, à la mesure des champs de compétences qui lui ont été confiées depuis 2009. Certains auteurs ont parlé à son propos de « préfet sanitaire »²⁵⁷, voire de « préfet sanitaire et médico-social »²⁵⁸, réputation qui ne semble pas usurpée lorsque sont évoqués ses pouvoirs de contrôle, notamment dans le champ des établissements et services de santé, où ils sont quasi exclusifs.

Les ARS ont été dotées de pouvoirs de police administrative très larges qui se traduisent par des opérations matérielles de contrôle et des actes juridiques qui ne s'arrêtent pas aux seules autorisations ou interdictions. Nous pouvons citer notamment leur rôle dans la réglementation des professionnels paramédicaux sans ordre, dans la planification des établissements de santé avec le SROS, dans l'autorisation des services ou des équipements, dans la création et le transfert d'officines de pharmacies ou l'agrément et l'autorisation en matière de transports sanitaires²⁵⁹. Le DGARS détient des pouvoirs de police administrative spéciale fondés sur les

²⁵³ CHAUVIN F., « De l'agence régionale de l'hospitalisation à l'agence régionale de santé », *RDSS* 2009, p. 65.

²⁵⁴ CHAUVIN F., « La nouvelle administration régionale de l'État », *AJDA* 2010, p. 825.

²⁵⁵ Conseil d'État, Étude annuelle 2012, Les agences : une nouvelle gestion publique ?, La Doc. fr., 2012.

²⁵⁶ CHAUVET C., « La nature juridique de l'Agence régionale de santé », *RDSS* 2016, p. 405

²⁵⁷ VIDANA J.-L., « Les agences régionales de santé : de l'usage du mythe du préfet sanitaire », *RDSS* n° 2 mars-avril 2012, p. 267.

²⁵⁸ BORGETTO M., « Les ARS dans l'organisation sociale et médico-sociale », *RDSS*, 2016, p. 403.

²⁵⁹ PORTE N., « Les pouvoirs de police administrative du directeur général de l'Agence Régionale de Santé », Mémoire de master 2 « Droit, Santé, Ethique » Rennes 1- EHESP, 2014.

objectifs de sécurité sanitaire et de protection des personnes²⁶⁰. Par exemple, parmi les missions et compétences des ARS énoncées à l'article L. 1431-1 CSP, la loi HPST leur permet de concourir au « respect de l'égalité de tous les êtres humains » par renvoi à l'article L. 116-2 CASF. Pour l'exercice de ses pouvoirs de contrôle, le DGARS a récupéré la quasi intégralité des effectifs des inspecteurs et contrôleurs des ex DDASS et DRASS, auxquels viennent s'ajouter une partie des agents de l'assurance maladie et des praticiens conseils.

Il nous faudra aussi constater que les pouvoirs d'inspection et de contrôle d'une ARS sont souvent partagés avec d'autres autorités administratives, notamment le préfet de département et le PCD. Dans certains domaines, le DGARS exerce même des pouvoirs de police administrative pour le compte du préfet de département qui ne dispose plus d'agents spécialisés pour les exercer²⁶¹.

Si les ARS détiennent des pouvoirs d'inspection et de contrôle importants, il convient d'en faire l'exégèse au regard de leur autonomie propre ou supposée à l'égard du pouvoir central. Ces agences sont dotées d'une autonomie en matière juridique avec leur personnalité morale propre, et en matière patrimoniale. Elles ont la capacité d'ester en justice et leurs missions sont définies à l'article L. 1432-1 CSP. Toutefois, l'autonomie des ARS n'est que relative, car si l'agence ne correspond pas à l'administration classique ou à la bureaucratie au sens wébérien du terme, « *l'agence, ce n'est pas moins d'État mais l'État autrement* » pour citer Jean-Marc SAUVE, vice-président du Conseil d'État lors d'un colloque de présentation de l'étude du Conseil sur les agences.

72. Une autonomie relative parce que le DGARS est nommé par décret en conseil des ministres²⁶², qu'il est doté d'un conseil de surveillance présidé par le représentant de l'État dans la région²⁶³, et qu'au titre de l'article L. 1433-2 CSP, l'État entretient une tutelle stratégique sur l'ARS au travers du CPOM signé avec chaque directeur général²⁶⁴. Le Conseil national de pilotage peut aussi adresser des directives aux ARS concernant la politique nationale de santé et il évalue périodiquement les résultats de l'action des agences et de leurs directeurs généraux²⁶⁵. Rappelons enfin qu'au titre de l'article L. 1432-2 CSP « *Le directeur général de*

²⁶⁰ V. notamment art. L. 6122-13 CSP, L. 1331-24 CSP, L. 313-16 CASF; L. 1431-1 2° CSP.

²⁶¹ Il s'agit notamment des pouvoirs de contrôle en matière d'eau potable ou de logements insalubres pour lesquels la décision administrative faisant suite au contrôle relève du préfet de département.

²⁶² CASTAING C, « Les agences régionales de santé : outil d'une gestion renouvelée ou simple relais du pouvoir central ? », *AJDA* 2009, p. 2212.

²⁶³ Art. L. 1432-3 CSP.

²⁶⁴ Le CPOM signé entre l'État et le DGARS est complétée par une lettre de mission qui fixe aux DGARS des indicateurs relatifs à l'inspection-contrôle.

²⁶⁵ Art. L. 1433-1 CSP.

l'agence régionale de santé exerce, au nom de l'Etat, les compétences mentionnées à l'article L. 1431-2 qui ne sont pas attribuées à une autre autorité ». Comme le pense C. CHAUVET, « tout l'enjeu est de délimiter les compétences exercées au nom de l'Etat et d'identifier, à l'inverse celles exercées au nom de l'ARS »²⁶⁶. L'article L.1431-2 CSP qui fixe la liste des missions des ARS est limitative mais pas exhaustive, et le Conseil d'État a ainsi jugé que les décisions relatives à « la création, au transfert ou au regroupement d'officines de pharmacies » confiées au DGARS par l'article L. 5125-4 CSP se rattachent à l'article L. 1431-2 CSP, c'est-à-dire à celles exercées au nom de l'État²⁶⁷.

Chaque fois que le DGARS intervient au nom de l'État, et c'est le cas dans les missions de contrôle que lui reconnaissent l'article L. 1431-2 CSP, il intervient comme une autorité déconcentrée de l'État, ce qui emporte plusieurs conséquences, notamment celle d'être soumise aux pouvoirs des ministres, qui comme l'a retenu le Conseil d'État dans une décision du 2 décembre 2012, peuvent lui adresser des instructions qu'il est tenu de suivre²⁶⁸. Les décisions du DGARS sont aussi soumises à ce titre au contrôle hiérarchique du ministre de la santé qui peut user de son pouvoir d'annulation ou de réformation. Dans d'autres cas, notamment pour ce qui concerne la « vie interne » de l'ARS, son autonomie réapparaît, comme en matière d'approbation du budget de l'ARS, même si celle-ci ne relève non pas d'une décision du DGARS mais du conseil de surveillance présidée par le préfet de région. C'est aussi le cas des décisions du DGARS relatives à l'organisation interne de ses services. En application de la jurisprudence *Jamart*²⁶⁹, le Conseil d'État, dans un autre arrêt du 12 décembre 2012, *Syndicat des médecins inspecteurs de santé publique*, a rappelé à propos de l'organisation des astreintes, l'autonomie dont dispose le DGARS dans l'organisation interne de ses services²⁷⁰.

73. Ces deux arrêts de décembre 2012 ont eu des conséquences en matière d'inspection et de contrôle. En effet, l'organisation interne des moyens dédiés à l'inspection diffère selon les ARS, tant sur la place que prend cette activité dans les services ou les fiches de postes, que dans la constitution de services dédiés à cette activité, et plus encore, au rattachement plus ou moins

²⁶⁶ CHAUVET C., « La nature juridique de l'Agence régionale de santé », *op. cit.*, p. 405

²⁶⁷ CE, 4 juin 2014, *Min aff. soc. et santé c/ SELAS Grande Pharmacie d'Anjou*, n° 367298, Rec. T. 874 ; RGDM, n° 55, 2015. 361, note B. Apollis.

²⁶⁸ CE, 12 déc. 2012, *SYNERPA*, n° 350479, Lebon 414 ; AJDA 2013. 481, concl. M. VIALETES ; RDSS 2013. 275, note T. LELEU ; JCP 2013. Doctr. 691, chron. G. ÉVEILLARD.

²⁶⁹ CE, 7 févr. 1936, *Jamart*, Rec. 172.

²⁷⁰ CE, 12 déc. 2012, *Synd. des médecins inspecteurs de santé publique*, n° 354635, Rec. 412 : « Il ne résulte d'aucune disposition que les ministres détiennent un pouvoir d'organisation des services de ces agences. Un tel pouvoir relève au sein de chaque agence du seul directeur général, en tant que chef du service, sans qu'il puisse, à ce titre, recevoir d'instructions de la part des ministres ». Voir aussi RDSS 2013. 275, note T. LELEU ; APPOLIS B., « La dualité fonctionnelle du directeur général de l'ARS », *RGDM*, n° 46, 2013, p. 312.

proche à l'égard de la direction générale. S'il n'y pas décentralisation territoriale de l'État avec le modèle des ARS, car la décentralisation territoriale supposerait de confier des pouvoirs aux régions en matière de santé, il s'est créé une décentralisation fonctionnelle qui s'est traduite par une organisation et une politique de l'inspection-contrôle différentes selon les ARS.

Dans le même temps en 2009, étaient créées les DDCS par décret du 3 décembre 2009²⁷¹ et les DRJSCS par décret du 10 décembre 2009²⁷². Ces services déconcentrés se sont vus attribués des fonctions d'inspection et de contrôle sur les établissements et services sociaux, récupérant ainsi la partie sociale qui était restée aux DDASS depuis les lois de décentralisation de 1982 et 1986²⁷³.

74. Les DDCS(PP)²⁷⁴ sont des services déconcentrés interministériels de l'État relevant du 1^{er} ministre et placés sous l'autorité du préfet de département. Dans chaque département a ainsi été créée une DDCS(PP) chargée notamment, au titre de l'article 4 du décret, de mettre en œuvre la politique « *relative à l'inspection et au contrôle des conditions d'accueil et de fonctionnement des établissements et services sociaux* »²⁷⁵. Le caractère interministériel de ces services s'est traduit par un partage de locaux entre des inspecteurs de l'action sanitaire et sociale relevant du ministère de la santé et des solidarités, et les inspecteurs jeunesse et sport relevant du ministère des sports, et parfois même des inspecteurs vétérinaires sur le volet « protection des populations » et relevant du ministère de l'agriculture. Aussi, ces rapprochements ont fait dire à agents contrôleurs de ces directions interministérielles qu'il s'agissait du « mariage de la carpe et du lapin ». Bien sûr, les compétences de contrôle ne sont pas les mêmes au niveau juridique et cela ne devait pas poser de problème a priori. Mais les réductions d'effectifs dans la fonction publique, alliées au fait que ces agents partagent les mêmes locaux dans ces directions départementales, les a parfois obligé à mutualiser leur pratique au risque d'aller sur des terrains juridiques où ils ne sont pas reconnus²⁷⁶.

²⁷¹ Décret n° 2009-1484 du 3 décembre 2009 relatif aux directions départementales interministérielles, JO du 4 déc. 2009.

²⁷² Décret n° 2009-1540 du 10 décembre 2009 relatif à l'organisation et aux missions des directions régionales de la jeunesse, des sports et de la cohésion sociale, JO du 12 déc. 2009.

²⁷³ Citons pour exemple et de manière non exhaustive les centres d'hébergement et de réinsertion sociale, les centres pour demandeurs d'asile, les services tutélaires aux majeurs protégés, les mandataires individuels à la protection des majeurs.

²⁷⁴ Les services vétérinaires de la protection des populations (PP) se joignent aux services jeunesse, sports et cohésion sociale pour les départements de moins de 400 000 habitants.

²⁷⁵ Le décret du 3 décembre 2009 prévoit à l'article 2-I que dans les départements de moins de 400 000 habitants, la direction départementale de la cohésion sociale et la direction départementale de la protection des populations soient fusionnées et que dans les départements de plus de 400 000 habitants, deux directions coexistent : DDCS et DDPP (le département d'Ille-et-Vilaine est le seul à avoir choisi de rester fusionné...).

²⁷⁶ Par exemple le contrôle d'un accueil collectif pour mineur appelé aussi « centre aéré » par un IASS ou au contrôle d'un CHRS par un inspecteur jeunesse et sport.

75. Les DRJSCS mises en place quelques jours après par le décret précité du 10 décembre 2009 sont des services déconcentrés régionaux relevant des ministres chargés des affaires sociales, du sport, de la jeunesse, de la vie associative et de l'éducation populaire. Elles résultent de la fusion de la direction régionale de la jeunesse et des sports (DRJS), de la DRASS pour ses services compétents en matière de cohésion sociale et l'égalité des chances, et de la direction régionale de l'agence nationale pour la cohésion nationale et l'égalité des chances (Acsé). Elles ont été dotées de pouvoirs de contrôle en propre, mais pas sur les établissements sociaux ou médicaux-sociaux, et le préfet de région qui les dirige n'a pas d'autorité hiérarchique sur les préfets de département dont relèvent les DDCSPP²⁷⁷. En revanche, le décret du 10 décembre 2009 dispose dans son article 2 alinéa 4^o qu' « Elle (DRJSCS) apporte son expertise et son appui technique aux préfets de département, notamment en matière de contrôle et d'inspection des accueils collectifs de mineurs, des établissements d'activités physiques et sportives et des établissements sociaux ». En pratique, dans chaque DRJSCS, a été mise en place une Mission régionale inspection-contrôle (MRIC) chargée d'animer la fonction inspection et contrôle avec les directions départementales sur l'ensemble des sujets, y compris celui des établissements sociaux en lien avec l'IGAS.

Faisons le constat que la place actuelle occupée par l'inspection contrôle dans les DDCS est pour le moins ambiguë, à l'image de ces institutions qui sont vouées à des changements radicaux en 2021 dans le cadre du rapport du comité d'action publique CAP 2022 remis au président de la République Emmanuel MACRON. Si les DDCS ont hérité de nombreux champs de contrôle dans le secteur social, le préfet de département a, en tant que représentant de l'État dans le département, conservé comme nous l'avons rappelé, des compétences conjointes avec les autres autorités administratives intervenant localement dans le domaine sanitaire et médico-social. Ces éléments l'amènent à des situations de collaboration et de complémentarité, voire de codécision ou d'exécution forcée, et parfois des situations de concurrence avec ces autres autorités de contrôle. Il convient d'ajouter à cela, comme nous allons le voir, que le préfet de département a connu une importante perte de ses effectifs d'inspection et de contrôle au profit du DGARS.

²⁷⁷ Les DRJSCS sont chargées du contrôle des organismes de formation délivrant des diplômes de leur champ de compétence et évaluation de la qualité des enseignements associés, du contrôle dans le cadre de la politique de la ville et des adultes relais, du contrôle de l'usage des subventions attribuées aux associations œuvrant dans le champ du service civique, du contrôle de la qualité des enseignements et de la qualifications des directeurs et formateurs dans les établissements préparant au diplôme de travail social, du contrôle des sessions de BAFA-BAFD, du contrôle des centres de formation des centres sportifs, lutte contre le dopage.

2/ Les agents de l'État chargés de l'inspection-contrôle : une mission entre cœur de métier et variable d'ajustement.

76. Les corps d'inspection du ministère des solidarités et de la santé proviennent d'une longue histoire qui date de la révolution française. Sans remonter jusque-là, de nombreux auteurs historiens et sociologues ont montré qu'en matière de création de corps professionnels, « la fonction crée l'organe » puis que des statuts vont leur être octroyés²⁷⁸. Le secteur sanitaire et social actuel témoigne en effet d'une grande diversité des agents des services territoriaux de l'État dotés de pouvoirs de contrôle.

Les corps d'inspection actuels dits de « premier niveau »²⁷⁹ résultent d'une évolution entamée dès les années 1970 et qui s'est accélérée à la fin des années 1990, suite aux décentralisations territoriales et fonctionnelles déjà citées. Le ministère de la santé a décidé de professionnaliser ces corps d'inspection en réformant leurs statuts, autour de six corps d'inspection qui figurent aux articles L. 1421-1 CSP et L. 313-13 CASF. Ils sont compétents à la fois sur le champ de la santé, du médico-social²⁸⁰ et sur le champ social²⁸¹. Jusqu'à récemment, leurs statuts étaient tous codifiés aux articles R. 1421-13 à R. 1421-18 CSP. Il nous faut les présenter de manière succincte.

77. La fonction de pharmacien inspecteur est très ancienne²⁸². L'ordonnance du 23 mai 1945 a créé le corps des pharmaciens inspecteurs de santé en les plaçant sous l'autorité de l'État,

²⁷⁸ BURDILLAT M., « L'administration sanitaire et sociale dans le champ du débat politique et social », op. cit. p. 13-31. : L'auteur évoque les travaux de F.-X. SCHWEYER et de V. DE LUCA sur les directeurs d'hôpitaux et les inspecteurs de l'assistance qui montrent que « la création de ces corps de fonctionnaires coïncide avec une priorité publique et que l'énonciation d'un problème aboutit souvent à la création d'un corps spécialisé dans la résolution du problème » ; DE LUCA V., « Aux origines de l'État-Providence : les inspecteurs de l'assistance publique et l'aide sociale à l'enfance (1820-1930) », Paris, INED, 2002 ; ROLLET C., « Pour une histoire des inspecteurs des affaires sanitaires et sociales », RFAS, n°3 1994, p. 49-63. (L'auteur constate que cette circulaire est restée en vigueur de nombreuses années sans qu'aucune loi ou règlement n'ait été à l'origine de cette nouvelle institution, ce qui a fait dire à Henri Monod, premier directeur de l'assistance et de l'hygiène publique en 1889, que cette inspection « n'a pas d'acte de naissance » et que par là même « ici, la fonction a créé l'organe ». Nous pouvons aussi citer la loi du 15 février 1902 relative à la protection de la santé publique qui, à l'apogée de l'hygiénisme en France (vaccination antivariolique obligatoire), ne prévoyait pas un inspectorat spécifique à l'administration sanitaire. Il faudra attendre la loi du 27 juin 1904 relative au service des enfants assistés pour voir créé le corps généraliste des inspecteurs de l'assistance publique (avec des médecins) compétent notamment en matière d'hygiène infantile).

²⁷⁹ Contrairement au corps spécifique de l'Igas de « second niveau » qui a compétence au niveau national.

²⁸⁰ Par renvoi de l'article L. 313-13 III CASF à l'article L. 1421-1 CSP.

²⁸¹ Par renvoi de l'article L. 313-13 II CASF à l'article L. 1421-1 CSP.

²⁸² Les premières traces de leur existence remontent au Moyen-Orient au 8ème siècle avec la création des premières officines à Bagdad en l'an 724, puis, un système de surveillance des activités relatives à la santé est mis en place avec l'instauration du « *Muhtasib* » inspecteur général des commerçants et ses adjoints les « *arif* » ; V. notamment M-AUBARET-GUILLEMER F., « L'inspection de la pharmacie, une mission de contrôle », mémoire de DEA Université de Bordeaux I - 1989-1990 ; Puis la fonction a été dévolue aux universités, notamment en France, au cours du 18ème siècle ; Cf notamment SCHWEYER F.-X., « Médecins, pharmaciens, ingénieurs. Les corps techniques de l'État en santé publique », *Santé Publique*, vol. 19, no. hs, 2007, pp. 37-51 ; CAMPION M.-D., «

mais leur statut sera plusieurs fois modifié jusqu'au décret du 30 décembre 1992 relatif au statut particulier des PHISP²⁸³. Ce décret a lui-même été abrogé par un décret du 21 mai 2003 visant à codifier le statut²⁸⁴. Leur compétence en inspection figure désormais à l'article R. 1421-13 CSP²⁸⁵. Le nombre total de PHISP était de 214 en 2016. Ils sont affectés pour deux tiers d'entre eux en ARS, et pour le tiers restant, en administration centrale ou agences nationales²⁸⁶. Au 31 décembre 2017, 132 PHISP étaient affectés en ARS²⁸⁷. Ces derniers assurent les contrôles, des officines de pharmacie, des grossistes répartiteurs, des pharmacies à usage intérieur des établissements de santé et du circuit du médicament dans les établissements et services médico-sociaux.

78. Le corps des « médecins inspecteurs de la santé » a été créé par le décret du 16 juillet 1949²⁸⁸ avant de devenir des « médecins de santé publique » en 1964²⁸⁹, puis « médecins inspecteurs de santé publique » (MISP) avec le décret du 7 octobre 1991 relatif au statut particulier des MISP²⁹⁰ dont une circulaire de 1999 est venue préciser les contours²⁹¹. Le décret de 1991 a été abrogé par le décret du 21 mai 2003 précité, visant à codifier le statut ; la compétence en inspection de ces derniers figure dorénavant à l'article R. 1421-14 CSP²⁹². Le corps des MISP a subi une forte diminution de ses effectifs depuis une dizaine d'années. Il

L'administration pharmaceutique », *Droit pharmaceutique*, Litec, fasc. n° 13, n° 39 à 41, p. 18 ; VAILLE C., « De l'inspection des pharmacies », *Bull. ordre pharm.*, n° 341, sept 1993, p. 221.

²⁸³ Décret n°92-1432 du 30 déc. 1992 relatif au statut particulier des pharmaciens inspecteurs de santé publique, JO du 31 déc. 1992, p. 18259.

²⁸⁴ Art. 2 du décret n° 2003-462 du 21 mai 2003 relatif aux dispositions réglementaires des parties I, II et III du code de santé publique.

²⁸⁵ Art. R. 1421-13 CSP : « Les pharmaciens inspecteurs de santé publique ... sont chargés, dans les agences régionales de santé, de la mise en œuvre, de l'exécution et du contrôle de cette politique (de santé publique) dans le domaine de leur compétence. Ils contrôlent l'application des lois et règlements relatifs à l'exercice de la pharmacie et de la biologie médicale, aux professions de la pharmacie, aux activités et aux produits mentionnés à l'articles L. 5311-1 et aux médicaments vétérinaires ».

²⁸⁶ Selon l'exploitation des données de la DRH du ministère de la santé, en octobre 2016, le corps des phisp comptait au total 214 agents statutaires affectés pour 62% d'entre eux en ARS, 12% en administration centrale, 6% à l'ANSM, 5% à l'ASN, 3% dans les instances européennes du médicament, 2% à la justice et 2% à l'ANSES.

²⁸⁷ Bilan social du réseau des ARS au 31 décembre 2017 – DRH du ministère de la santé.

²⁸⁸ Décret n° 49-962 du 16 juillet 1949 portant règlement d'administration publique pour l'organisation et le statut du corps de l'inspection de la santé.

²⁸⁹ Décret n° 64-787 du 30 juillet 1964 relatif au statut particulier du corps des médecins de la santé publique (JO du 1er août 1964).

²⁹⁰ Décret n° 91-1025 du 7 octobre 1991 relatif au statut particulier des médecins inspecteurs de santé publique (JO du 8 octobre 1991, p. 13157).

²⁹¹ Circulaire DGS/DAGPB/MSD n° 99-339 du 11 juin 1999 relative aux missions des médecins inspecteurs de santé publique, B.O.H., 10 juillet 1999, n° 99/25, t. I, p. 37 : « Dans les actions de sécurité sanitaire, ils ont vocation à réaliser des inspections et des contrôles sur pièce et sur place, en centrant leur action sur les aspects techniques et médicaux, en cohérence avec les autres corps d'inspection ».

²⁹² Art. R. 1421-14 CSP : « Ils (MISP) assurent, dans les agences régionales de santé, le contrôle de cette politique (de santé publique) et les missions permanentes et temporaires d'inspection. Ils participent au contrôle de l'application des dispositions du présent code et des règlements pris pour son application ».

comptait environ 600 agents en 2010, dont 350 affectés dans les ARS créées la même année²⁹³. Il en restait 436 en 2017, dont 237 seulement en ARS²⁹⁴, ce qui représente une diminution globale de 27% du corps en 7 ans, et 30% parmi ceux affectés dans les ARS²⁹⁵. Selon plusieurs auteurs qui se sont intéressés au métier de médecin inspecteur de santé publique, leur compétence d'inspection a toujours été mêlée à d'autres activités, ce qui a « *généralisé des problèmes de concurrence voire d'incompatibilité* »²⁹⁶, voire une certaine « *confusion* »²⁹⁷ rendant l'identité professionnelle difficile à construire. Les bilans sociaux des ARS confirment que les « emplois-types » occupés par ces derniers concernent l'expertise en santé publique (33%), l'expertise médicale et pharmaceutique (41%), loin devant la réglementation et le contrôle (2,4%). De plus, leur statut actuel n'est pas assez attractif et la concurrence des médecins contractuels²⁹⁸ et des médecins conseils²⁹⁹ en poste en ARS accentue la marginalisation de ces fonctionnaires de l'État.

79. Le corps des IASS, créé en 1964 avec les DDASS³⁰⁰, constitue un corps d'inspecteurs de l'État ayant des compétences essentiellement administratives et financières sur le champ sanitaire et social. Après plusieurs décrets statutaires successifs³⁰¹, un décret de décembre 2002 a fait passer ce corps des « affaires » à « l'action » sanitaire et sociale³⁰². Après plusieurs

²⁹³ Les médecins inspecteurs de santé publique qui ne sont pas affectés en ARS sont affectés dans les services centraux du ministère de la santé, ou en détachement dans les fonctions publiques territoriales ou hospitalières et enfin pour une trentaine en détachement principalement dans des agences nationales de sécurité sanitaire ou des institutions internationales (OMS, ONUSIDA...).

²⁹⁴ Source : Bilan social du réseau des ARS 2017 (Internet).

²⁹⁵ Le syndicat des médecins inspecteurs de santé publique sur son site <https://smisp.fr/-rapports-divers-> dénonçait au travers de cet effondrement du nombre de médecins inspecteurs la « chronique d'une mort annoncée » en 2017 et une « hémorragie » en 2018, principalement due au vieillissement du corps et au manque d'attractivité du métier.

²⁹⁶ RAIMONDEAU J. et BRECHAT P.-H., « 100 ans d'une histoire des médecins inspecteurs de santé publique », *ADSP* n°41, déc. 2002 ; SCHWEYER F.-X., « Médecins, pharmaciens, ingénieurs. Les corps techniques de l'État en santé publique », *Santé Publique*, vol. 19, no. hs, 2007, pp. 37-51 ; BRECHAT, SALINES, SEGOUIN (dir.), « Médecins de santé publique », éd. ENSP, 2006.

²⁹⁷ SAISON-DEMARS J., « Le médecin inspecteur de santé publique : contribution à la réhabilitation d'un fonctionnaire méconnu », *RDSS*, 2007, p. 458.

²⁹⁸ Aucun chiffre disponible.

²⁹⁹ Au 31 décembre 2017, selon la DRH de la CNAM et le bilan social du réseau des ARS 2017, 149 médecins conseils et 6 chirurgiens-dentistes conseils étaient en ARS. Ces chiffres sont stables depuis 2010.

³⁰⁰ Avant 1964, le corps des IASS a été issu des inspecteurs des enfants assistés qui ont donné naissance au 19^e siècle aux inspecteurs de l'assistance publique (C. ROLLET, « Pour une histoire des inspecteurs des affaires sanitaires et sociales », *Revue française des affaires sociales*, n° 3, 1994, p. 49-63. ; V. DE LUCA BARRUSSE, « Des inspecteurs des Enfants assistés aux inspecteurs de l'Assistance publique : la lente transformation d'un fonctionnaire d'Etat au XIX^e siècle », *Revue française des affaires sociales*, n° 4, 2001, p. 97-104.).

³⁰¹ Décret n° 95-1156 du 2 novembre 1995 relatif au statut particulier des inspecteurs des affaires sanitaires et sociales (JO n° 257 p. 16139). Décret n° 97-157 du 20 février 1997 relatif aux emplois de directeur régional, de directeur départemental et de directeur adjoint des Affaires sanitaires et sociales.

³⁰² Décret n°2002-1569 du 24 décembre 2002 portant statut particulier du corps de l'inspection de l'action sanitaire et sociale, JO 29 déc. 2002, p. 21959.

évolutions règlementaires³⁰³, leurs compétences en inspection et contrôle figurent désormais à l'article 3 du décret du 14 avril 2016³⁰⁴. Au nombre de 1340 environ dans les services territoriaux, les IASS sont affectés pour deux-tiers en ARS où ils peuvent exercer leurs compétences de contrôle en grande partie sur les établissements et services médico-sociaux, ainsi que sur le pilotage des missions régionales de contrôle³⁰⁵, et pour le tiers restant en services déconcentrés de cohésion sociale, où ils peuvent contrôler les établissements et services sociaux relevant principalement des compétences de contrôle du préfet de département³⁰⁶.

Les trois autres corps de contrôles des services territoriaux sont représentés par les agents des services « santé environnement » qui représentent le contingent le plus nombreux et historiquement le plus « inspectant »³⁰⁷. Ces trois corps ont vu leurs statuts rénovés dans les années 1990, à l'instar des autres corps de contrôle de l'État.

80. Il s'agit d'abord du corps des ingénieurs du génie sanitaire issu du décret 30 octobre 1990 portant statut particulier du corps des IGS³⁰⁸ modifié plusieurs fois depuis³⁰⁹, et pour lesquels l'article 3 du décret du 23 février 2017 actuellement en vigueur fixe les compétences

³⁰³ L'article 3 du décret de décembre 2002 qui consacrait la compétence de ce dernier en inspection a été abrogé par le décret du 21 mai 2003 précité, visant à codifier le statut et la compétence des inspecteurs de l'action sanitaire et sociale à l'article R. 1421-15 CSP. Toutefois, l'article 16 du décret 14 avril 2016 est venu modifier le décret de décembre 2002 et a supprimé l'article R. 1421-15 CSP, si bien que les compétences en inspection de ce corps ont disparu de code de santé publique.

³⁰⁴ Art. 3 du décret n° 2016-470 du 14 avril 2016 modifiant le décret n° 2002-1569 du 24 décembre 2002 portant statut particulier du corps de l'inspection sanitaire et sociale.: « *les membres du corps des IASS assurent notamment [...] 2° des missions d'inspection, de contrôle, d'évaluation et d'audit des opérateurs, établissements et services sanitaires, sociaux et médico-sociaux et des organismes de sécurité sociale* ».

³⁰⁵ 849 IASS en ARS selon le bilan social ARS 2017, dont 7% d'entre eux sur l'emploi-type « réglementation et contrôle » et 3,4 % spécialisés sur l'emploi-type « chargé de contrôle des services sanitaires et sociaux ». L'IASS est davantage sur le pilotage et l'animation de services ou de projet (24%), la conduite de programme de santé (18%), ou la gestion administrative ou budgétaire (7.3%).

³⁰⁶ 490 IASS en services de cohésion sociale selon le bilan social des ministères sociaux de 2016.

³⁰⁷ La loi de protection de la santé publique du 15 février 1992 avait confié aux élus locaux la police sanitaire (bureaux d'hygiène municipale et service départemental d'hygiène). Mais à partir de 1973, le ministère de la santé a organisé son propre recrutement d'ingénieurs sanitaires, renforcé par les lois de décentralisation de 1983 et 1984 qui ont transféré à l'État le contrôle administratif et technique des règles d'hygiène des collectivités locales. Voir sur ce point : F.-X. SCHWEYER, « Médecins, pharmaciens, ingénieurs. Les corps techniques de l'État en santé publique », *Santé Publique*, vol. 19, no. hs, 2007, p. 37-5, préc.

³⁰⁸ Décret n° 90-973 du 30 octobre 1990 portant statut particulier du corps des ingénieurs du génie sanitaire.

³⁰⁹ L'article 2 du décret n° 90-973 du 30 octobre 1990 portant statut particulier du corps des ingénieurs du génie sanitaire qui fixait les compétences en inspection, a été abrogé par le décret du 21 mai 2003 précité et codifié à l'article R. 1421-16 CSP. Toutefois, comme pour les IASS, le décret statutaire actuellement en vigueur n° 2017-233 du 23 février 2017 modifiant le décret n° 90-973 du 30 octobre 1990 portant statut particulier du corps des ingénieurs du génie sanitaire, a abrogé cet article codifié.

en inspection³¹⁰. En pratique, les IGS au nombre d'environ 180 agents en ARS³¹¹, sont chefs de services et organisent des inspections en santé environnementale sans y participer.

81. Il s'agit ensuite du corps des IES né le même jour que les IGS par décret 30 octobre 1990³¹². Toutefois, comme pour les IGS, leur compétence en inspection n'est plus codifiée à l'article R. 1421-17 CSP mais figure à l'article 4 du décret du 20 septembre 2017 portant statut particulier de ce corps³¹³. Les IES, au nombre de 300 en ARS en 2017³¹⁴, réalisent beaucoup de contrôles, notamment sur les règles d'hygiène et de sécurité dans les bâtiments recevant du public (légionnelles, amiante, etc.).

82. Il s'agit enfin du corps des TS créé en 1996³¹⁵ et dont le statut avait été codifié à l'article R. 1421-18 CSP. Comme pour les deux autres corps d'ingénieurs, un décret du 27 février 2013 a abrogé cet article³¹⁶, et en a profité dans son article 1^{er} pour renommer ces TS du nom de « *techniciens sanitaires et de sécurité sanitaire* » (T3S), en faisant désormais figurer leurs compétences, notamment de contrôle, à l'article 3 dudit décret de 2013³¹⁷. Ces agents placés en ARS comme les deux premiers corps d'ingénieurs en santé environnement, fournissent le plus gros contingent de contrôleurs statutaires³¹⁸ et sont ceux qui réalisent le plus de contrôles, du simple prélèvement d'eau en vue d'une analyse, à des inspections d'établissements pour le compte du DGARS.

³¹⁰ Art 3 du décret n° 2017-233 du 23 février 2017 : « *Ils (les IGS) ont vocation à exercer des fonctions d'expertise et d'encadrement et peuvent être chargés de fonctions d'inspection de direction, de conduite de projets et de missions temporaires ou permanentes d'inspection* ».

³¹¹ Selon le bilan social du réseau des ARS 2017, 187 IGS affectés en ARS.

³¹² Décret n°90-975 du 30 octobre 1990 portant statut particulier du corps des ingénieurs d'études sanitaires, JO du 1^{er} novembre 1990, p. 13361.

³¹³ Art. 4 du décret n° 2017-1376 du 20 septembre 2017: « *A ce titre, ils (IES) concourent, dans les agences régionales de santé, à la surveillance et au contrôle administratif et technique des règles d'hygiène. Ils peuvent être chargés d'études particulières, de fonctions d'encadrement et de missions d'inspection...* ».

³¹⁴ Selon le bilan social du réseau des ARS 2017.

³¹⁵ Décret n° 96-41 du 17 janvier 1996 portant statut particulier des techniciens sanitaires, JO du 19 janvier 1996, p. 931

³¹⁶ Décret n° 2013-176 du 27 février 2013 portant statut particulier du corps des techniciens sanitaires et de sécurité sanitaire (JO du 28 février 2013).

³¹⁷ Art 3 du décret n° 2013-176: « *ils assurent : le contrôle des produits de santé en laboratoire...participent à l'exécution des travaux confiés au personnel scientifique de laboratoire pour le contrôle des produits de santé... à des missions de surveillance sanitaires des milieux et modes de vie, aux actions de prévention menées dans ce domaine et au contrôle administratif et technique de règles d'hygiène visées dans le code de santé publique* ».

³¹⁸ Selon le bilan social du réseau des ARS 2017, 666 techniciens sanitaires et de sécurité sanitaires étaient affectés en ARS au 31 décembre 2017.

83. Ainsi, le nombre d'agents fonctionnaires de l'État issus de ces trois corps en santé environnement actuellement en poste en ARS représente près de la moitié du contingent des inspecteurs et contrôleurs des ARS, soit environ 1140 agents. Il faut y ajouter les adjoints sanitaires au nombre de 275³¹⁹, chargés plus spécifiquement de la surveillance sanitaire et des urgences sanitaires. Cet effectif important constitue une force de frappe essentielle au service du pouvoir de police sanitaire du DGARS.

Au total, environ 2800 agents inspecteurs et contrôleurs fonctionnaires de l'État étaient affectés dans les services territoriaux du ministère des solidarités et de la santé (ARS et services de cohésion sociale) à la fin de l'année 2017. Ils appartiennent aux six corps d'inspection recensés à l'article L. 1421-1 CSP sous le chapitre « services centraux et inspection », d'où le terme de « bande des six » employé par eux pour se qualifier. Ils sont en capacité de réaliser des inspections et des contrôles³²⁰, majoritairement en ARS pour environ 2360 d'entre eux, les autres exerçant ces missions en services de cohésion sociale.

Les fonctions d'inspection ont ainsi été renforcées dans les années 1990 à la suite des scandales sanitaires et du constat latent de faiblesse de l'activité de contrôle dans les services déconcentrés sanitaires et sociaux qui avait été pointé dans plusieurs rapports de l'IGAS³²¹.

84. Nonobstant cet effort d'organisation de la fonction inspection au niveau déconcentré, l'activité de contrôle des DDASS et DRASS a continué à diminuer avec des conséquences sur la responsabilité de l'État³²². C'est ainsi que le législateur de 2009 a tiré profit de la création des ARS, établissements publics autonomes, pour étendre l'activité d'inspection au sens de l'article L. 1421-1 CSP à d'autres agents que les six corps visés à cet article. Aussi, l'article 118 de la loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 a instauré un nouvel article L. 1435-7 CSP qui dispose que : *« Le directeur général de l'agence régionale de santé peut désigner, parmi les personnels de l'agence respectant des conditions d'aptitude technique et juridique définies par décret en*

³¹⁹ Selon le bilan social du réseau des ARS 2017.

³²⁰ Le terme « contrôle » est utilisé par ces articles mêmes si les organes sont nommés « inspecteurs ».

³²¹ Le rapport IGAS d'Antoine CATINCHI de 1995 faisait le constat que *« la fonction de contrôle était devenue subordonnée et résiduelle »* et que les inspecteurs statutaires passaient en moyenne seulement 10% de leur activité en inspection, le corps des pharmaciens inspecteurs et celui des ingénieurs en DDASS pouvant atteindre un taux de leur activité en inspection de 80%, alors que l'activité consacrée à l'inspection par les IASS était à 5%. (Rapport IGAS RM1995-004P, A. CATINCHI : « Fonction d'inspection en services déconcentrés » Non public 1995); Partant de ce constat, le rapport VINCENT-DESTAIS de 1997 proposa le « renforcement de la fonction inspection » (Rapport IGAS RM1997-088P relatif au « Renforcement des fonctions d'inspection de premier degré dans le domaine sanitaire et social », septembre 1997, non publié).

³²² Depuis les affaires sanitaires, notamment de l'amiante, la mise en cause de la responsabilité de l'État a pu désormais être observée pour des dommages qui auraient auparavant été plus volontiers entraînés la condamnation d'acteurs plus directement responsables des préjudices.

Conseil d'Etat, des inspecteurs et des contrôleurs pour remplir, au même titre que les agents mentionnés à l'article L. 1421-1, les missions prévues à cet article [...]. Les inspecteurs et contrôleurs de l'agence disposent des prérogatives prévues aux articles L. 1421-2 et L. 1421-3 du présent code. Le deuxième alinéa de l'article L. 1421-1 est applicable, le cas échéant, aux experts qui les assistent ». Le décret n° 2011-70 du 19 janvier 2011 est venu préciser les modalités de leur désignation aux articles R. 1435-10 et suivants du CSP.

Entre 2011 et 2020, près de 800 agents ont été désignés inspecteurs et contrôleurs au titre de l'article L. 1435-7 CSP, après avoir suivi la formation et l'examen requis par la loi de 2009 et exercent actuellement en ARS. Ils viennent ainsi s'ajouter aux inspecteurs statutaires dans cet exercice, mais ce renfort reste relativement marginal. Force est de constater que l'inspection--contrôle restent des variables d'ajustement dans les services où cette fonction représente environ 10% du temps d'activité des agents de contrôle selon les bilans annuels des ARS et de l'IGAS³²³. D'autre part, le ratio de contrôle reste très faible par rapport au nombre d'établissements et services à contrôler.

Nous verrons que la question des acteurs du contrôle traverse notre recherche dans une partie consacrée à l'identification de l'inspection comme mode de contrôle particulier. Cette question intéresse aussi bien la distinction des prérogatives qui leur sont accordés au titre de la police administrative ou de la police judiciaire, que les mesures de police administratives qui sont prises à l'issue de leurs rapports et que le droit a parfois beaucoup de mal à qualifier, ou encore le recours à des personnes contractuelles de droit public ou de droit privé qui interroge l'exercice même de l'inspection et du contrôle, et celle plus finaliste d'ordre public.

Après avoir présenté les agents de contrôle l'État, nous allons présenter les autorités et agents de collectivités territoriales et ceux de l'assurance-maladie.

B/ Les autorités et agents des collectivités territoriales et de l'assurance maladie

La décentralisation a attribué aux CD des pouvoirs de contrôles et des agents pour les exercer (1). Le service du contrôle médical est plus connu et ses prérogatives de contrôles techniques se sont élargies (2).

³²³ V. titre 3 de la thèse.

1/ Le Conseil départemental et ses agents de contrôle

Si l'ancrage territorial des politiques sanitaires et sociales est ancien, il a été réformé lors de la première décentralisation qui a transféré aux Conseils généraux, devenus CD en 2013³²⁴, la protection maternelle et infantile, la dépendance et le handicap. En conséquence, les fonctionnaires publics territoriaux affectés dans les départements exercent de nombreuses activités dans le champ social et médico-social. Si leurs statuts ne leur reconnaissent qu'une fonction de contrôle limitée dans leurs domaines d'intervention (a), le PCD peut les désigner nominativement pour réaliser des contrôles dans le champ des établissements et services sociaux et médicosociaux relevant du CASF (b).

a) Une reconnaissance quasi inexistante des compétences de contrôle dans les statuts des fonctionnaires du département

85. Les statuts des agents du département ne sont pas centrés sur le contrôle. Seuls les médecins territoriaux ont un pouvoir de contrôle facultatif tel que visé à l'article 2 de leur décret statutaire de 1992³²⁵. Seulement deux textes d'application relatifs au contrôle exercé par ces médecins existent. D'une part, le contrôle des pouponnières à caractère social³²⁶ et, d'autre part, le contrôle des établissements accueillant des enfants de moins de 6 ans³²⁷. Du fait de leur répartition entre plusieurs services³²⁸ et de l'existence de médecins territoriaux contractuels, il est difficile de connaître le nombre exact des médecins territoriaux titulaires, mais leur nombre diminue selon plusieurs études, à l'instar de celui des MISP, même si ils restent plus nombreux que ces derniers³²⁹. Selon Johanne SAISON-DEMARS, il faut voir en eux d'abord des médecins de santé publique avec un champ d'action extrêmement étendu (mission d'information, de dépistage, de diagnostic vaccination, lutte contre la tuberculose, maladies sexuellement transmissibles), au risque d'une confusion à être dans le même temps médecins contrôleurs et

³²⁴ Loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires.

³²⁵ Art. 2 du Décret n°92-851 du 28 août 1992 portant statut particulier du cadre d'emplois des médecins territoriaux: « dans le cadre de leurs attributions, ils peuvent se voir confier des missions de contrôle, des études ou des fonctions comportant des responsabilités particulières ».

³²⁶ Art. D. 312-151 CASF.

³²⁷ Art. 2324-2 CSP.

³²⁸ Les médecins territoriaux se répartissent entre les communes, les services départementaux d'incendie et de secours, la PMI et les services « dépendance » du conseil départemental).

³²⁹ Un rapport de l'INET en 2000 comptabilisait 2200 médecins territoriaux titulaires. Le guide du secteur social et médico-social de Marcel Jaeger en 2014 n'en dénombrait plus que 1200 à temps plein ou partiel et 3300 médecins vacataires contractuels en collectivités territoriales (M. JAEGER, *Guide du secteur social et médico-social*, sous la direction de JAEGER Marcel. Dunod, 2014, pp. 193-210).

médecins administrateurs (politique de la dépendance des personnes âgées et des personnes handicapées)³³⁰.

86. A côté des médecins territoriaux figure un autre corps de catégorie A : les attachés territoriaux. Ce corps administratif se rapproche de celui des IASS dans les services de l'État. Ils étaient plus de 40 000 en 2003, dont 17,7% exerçaient leur fonction dans les départements³³¹. Cependant, l'article 2 de leur décret statutaire de décembre 1987, modifié par un décret d'octobre 2018, ne leur donne aucun pouvoir de contrôle et aucune formation sur ce thème³³². Les médecins et les attachés territoriaux sont assistés des rédacteurs territoriaux de catégorie B, chargés de tâches de gestion administrative, budgétaire et comptable. Ils participent à la rédaction des actes juridiques mais ne détiennent aucun pouvoir de contrôle dans leur statut³³³.

b) Une reconnaissance des compétences de contrôle au travers de la désignation par le PCD

87. Les contrôles menés par le CD sont des contrôles de police administrative relatifs à l'autorisation délivrée. Ils peuvent être rangés, au même titre que ceux exercés par les agents de l'État, en deux catégories, comme le rappelle Christina TEIXEIRA³³⁴. En premier lieu, le contrôle de la prise en charge globale des usagers (sécurité des ERP, incendie, hygiène, respect du droit des usagers dans le cadre de la Loi 2002-2, conditions d'organisation et de fonctionnement). En second lieu, le contrôle des ouvertures, des modifications, des renouvellements et des cessions d'autorisation. Dans les établissements sous autorisation conjointe avec l'ARS, le contrôle de police administrative est également exercé par ces deux autorités, mais le contrôle relatif à l'utilisation des prestations financières versées au titre de la tarification est le véritable critère de distinction. Les agents du département concentrent, du moins en théorie³³⁵, leurs contrôles sur les volets qu'ils autorisent et financent, à savoir les

³³⁰ SAISON-DEMARS J., « Quelle place pour les médecins territoriaux dans la nouvelle architecture sanitaire ? » RDSS, 2013, p.439.

³³¹ Source Observatoire de la Fonction Publique Territoriale, "Les attachés, Livret statistique", in Études par cadre d'emplois, juin 2006, p. 10.

³³² Décret n°87-1099 du 30 décembre 1987 portant statut particulier du cadre d'emplois des attachés territoriaux modifié par le décret n° 2018-840 du 4 octobre 2018 modifiant diverses dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

³³³ Art. 3 du décret n° 2012-924 du 30 juillet 2012 portant statut particulier du cadre d'emplois des rédacteurs territoriaux.

³³⁴ TEIXEIRA C., « Le contrôle des établissements sociaux et médico-sociaux par le département », *AJCT* 2018, p. 431.

³³⁵ Les liens entre hébergement, dépendance et soin sont en réalité très forts (exemple de la chute d'une personne âgée dans un escalier d'EHPAD dû à un acsenseur en panne).

prestations d'hébergement³³⁶ et les prestations dépendance³³⁷, l'ARS ayant droit de regard sur les soins financés par l'assurance maladie³³⁸.

Le champ du contrôle des établissements et services sociaux et médico-sociaux qui intéressent en partie cette étude présente une caractéristique qui a fait du CD un laboratoire des futures ARS. En effet, en matière de contrôle des établissements et services sociaux relevant de la compétence d'autorisation du président du CD, nous avons vu que l'article L. 313-13 IV CASF relatif au contrôle des établissements et services soumis à autorisation, renvoie à l'article L. 133-2 CASF relatif au contrôle en matière de prestation d'aide sociale. Celui-ci dispose que *« les agents départementaux désignés à cette fin par le président du conseil départemental ont compétence pour contrôler le respect, par les bénéficiaires et les institutions intéressées, des règles applicables aux formes d'aide sociale relevant de la compétence du département »*. Cette disposition est ancienne puisque l'ordonnance n° 59-32 du 5 janvier 1959 portant allègement du contrôle administratif sur les départements et simplification de l'administration départementale la prévoyait déjà, mais sous la tutelle du préfet de département dans le cadre des contrôles des *« différentes formes d'aide sociale »*³³⁹.

La loi de 1986 a émancipé les Conseils généraux de cette tutelle procédurale en confiant au Président du conseil général un pouvoir d'*« habilitation »* à ces agents, devenu depuis l'ordonnance du 17 janvier 2018, un pouvoir de *« désignation »*, ce qui ne change rien sur le fond. Mais l'absence de désignation formelle de l'agent départemental peut donner lieu à un contentieux de légalité qui relève du juge administratif³⁴⁰. Ce pouvoir de désignation permet donc d'élargir considérablement la capacité de contrôle de cette collectivité territoriale, au-delà des médecins territoriaux qui demeurent les seuls à posséder un statut de contrôleur. Cependant, ce pouvoir s'avère en définitive encore peu connu des CD qui missionnent souvent leurs agents, sans que cette désignation ne soit formalisée par un arrêté nominatif.

³³⁶ Notamment les dépenses relatives à l'hôtellerie, les frais de lingerie, l'animation et les frais de pension complète.

³³⁷ Aides aux repas, aides à l'habillage et à la toilette, dépenses d'autonomie, d'incontinence.

³³⁸ Rémunération du médecin coordonnateur, des infirmiers et des auxiliaires médicaux notamment.

³³⁹ Art. 178 dans sa rédaction antérieure à la loi de décentralisation de 1986 : *« Les conseils généraux peuvent créer des emplois d'agents départementaux de contrôle. Les délibérations prises à cet effet sont soumises à l'approbation du ministre de la santé publique et de la population lorsqu'elles ne sont point conformes aux propositions du préfet »* ; V. LHUILLIER J-M., « Contrôle sur les établissements sociaux et médico-sociaux privés par un président de conseil général », *RDSS* 1996, p. 383.

³⁴⁰ TA Melun, 7 dec. 2016, *Ass. Fondation X.*, n° 13009133 et 1409713, *RGDM* 2017, n° 63, p. 284, obs. M. CORMIER.

Il faut préciser qu'outre la désignation ad nominem, « *le règlement départemental arrête les modalités de ce contrôle* » et ce « *dans le respect des dispositions figurant à la section IV du chapitre III du titre Ier du livre III et aux articles L. 331-1, L. 331-8 et L. 331-9* »³⁴¹. Ainsi, le règlement départemental d'aide sociale devrait reprendre par écrit les modalités de contrôle figurant à l'article L. 313-13-1 CASF qui renvoie à l'article L. 1421-1 CSP, notamment sur les droits et obligations en contrôle. Ce règlement départemental qui définit les règles selon lesquelles sont accordées les prestations d'aide sociales relevant du département³⁴², a été déclaré opposable aux bénéficiaires d'aide sociale par la jurisprudence³⁴³. Toutefois, la consultation des règlements départementaux sur internet montre que ceux-ci ne font pas toujours figurer un chapitre relatif aux modalités de contrôle de l'aide sociale, ni même celles prévues pour le contrôle des ESSMS comme l'exige l'article L. 133-2 CASF.

88. Comme l'a souligné Maxence CORMIER, le juge administratif semble considérer qu'à partir du moment où les agents départementaux sont régulièrement « désignés », l'absence de définition des modalités de contrôle dans le règlement départemental ne prive pas l'inspecté de garantie³⁴⁴. Cette position du juge administratif est selon nous encore plus justifiée par le fait que les modalités de contrôle du CASF aient été alignées par l'ordonnance du 17 janvier 2018 sur celles du CSP qui sont très précises, ce qui rend de facto superfétatoire l'intégration de ces pouvoirs de contrôle dans le règlement départemental d'aide sociale.

En conclusion, les agents départementaux possèdent aujourd'hui une réelle capacité juridique de contrôle sur les prestations d'aide sociales et dans les ESSMS sous compétence exclusive ou conjointe avec l'ARS. Celle-ci est principalement conditionnée à l'existence d'un arrêté de désignation des agents. Cependant, l'absence fréquente de désignation par leur président, conjuguée à l'absence de formation des agents départementaux en matière d'inspection-contrôle, et à une appétence relative des PCD à l'égard du contrôle et des décisions de suites, en raison de leur fonction élective, ne favorisent pas une politique active d'inspection-contrôle, ni sur les indus au titre des prestations sociales départementales, ni sur les établissements d'accueil des usagers du secteur social et médico-social. Nous pouvons craindre sur ce dernier

³⁴¹ Art. L. 133-2 alinéa 2 CASF.

³⁴² Art. L. 3214-1 CGCT; art. L. 121-3 CASF.

³⁴³ CE, 30 dec. 2014, *Assoc. nat. pour l'intégration des personnes handicapées moteurs*, n° 366876.

³⁴⁴ CAA Paris, 22 janv. 2019, *Fondation de l'Armée du Salut*, n° 17PA00458 ; TA Me, 7 dec. 2016, *Ass. Fondation X.*, n° 13009133 et 1409713, Cons. 11 à 13, prec.

point, une perte de savoir-faire en la matière et un risque d'insécurité juridique, alors que le champ de contrôle des établissements relevant du PCD, seul ou avec DGARS, va grandissant.

Un autre contributeur en matière de contrôle est l'assurance-maladie avec le contrôle médical sur le champ sanitaire et médico-social de notre étude.

2/ Le contrôle médical de l'assurance maladie et ses agents de contrôle

89. Le service du contrôle médical est dirigé par le directeur de la caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés, assisté d'un médecin conseil national. Il repose sur les échelons régionaux (ERSM) et locaux (ELSM) des services médicaux en lien avec les caisses régionales et des échelons locaux aux niveaux départementaux. Les praticiens conseils qui composent les services du contrôle médical comprennent au titre de l'article R. 166-8 CSS : « les *médecins conseils, les chirurgiens-dentistes et les pharmaciens conseils* ». Ces praticiens ne sont pas des fonctionnaires³⁴⁵ mais des salariés de droit privé liés à leur caisse par un contrat de travail³⁴⁶. Ils sont chargés d'assurer le contrôle médical au titre de la législation sociale³⁴⁷. Le nombre de praticiens conseils directement engagés dans la gestion du risque est très stable puisque les directions régionales et locales du service médical comptabilisaient 1839 praticiens conseils au 31 décembre 2018³⁴⁸ contre 1862 en décembre 2006³⁴⁹.

Comme nous l'avons vu dans la typologie des contrôles, le contrôle médical exercé au titre de l'article L. 315-1 CSS dans les établissements, recouvre classiquement l'analyse sur le plan médical de l'activité des établissements de santé et médico-sociaux par les coupes, le respect des références médicales opposables, et depuis 2004, ce que nous pouvons considérer comme une variante du contrôle médical en établissement qui est le contrôle technico-financier de la facturation à l'activité³⁵⁰.

³⁴⁵ Mis à part les directeurs des trois caisses nationales et de l'Acosse qui relèvent en principe d'un contrat de droit public (Art. L. 226-1 CSS).

³⁴⁶ Art. L. 123-1 CSS.

³⁴⁷ Cass. soc., 7 déc. 1999, *RJS* 1/00, n° 88.

³⁴⁸ 1449 Médecins Conseils, 191 Chirurgiens-dentistes Conseils et 199 Pharmaciens Conseils selon la CNAM au 31 décembre 2018.

³⁴⁹ Rapport IGAS n° RM2006-140A, « L'utilisation des compétences médicales permettant à l'Etat d'assurer ses responsabilités dans le domaine de la santé au niveau local : Les médecins conseils de la sécurité sociale », sept. 2006, p. 8 ; [<https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000783.pdf>].

³⁵⁰ Art. L. 162-22-6 CSS.

Cependant, nous pouvons nous demander si, depuis les ordonnances JUPPE de 1996, le contrôle des praticiens conseils ne s'est par élargi au contrôle sanitaire. Deux étapes semblent approuver ce mouvement. Il s'agit d'abord de l'élargissement des pouvoirs de contrôle de l'assurance-maladie à l'égard du fonctionnement des établissements de santé (a), puis au contrôle de sécurité sanitaire (b).

a) Du contrôle de la gestion du risque au contrôle du fonctionnement des établissements de santé

90. Les ordonnances JUPPE du 24 avril 1996 ont créé les ARH, afin de déconcentrer du niveau ministériel au niveau régional l'organisation de l'hospitalisation publique et privée. Les ARH ont permis aux agents de l'assurance maladie de prêter leur concours à l'exercice des contrôles sur le fonctionnement des établissements de santé (L. 6115-1 CSP). Ces contrôles sur le fonctionnement se sont traduits de plusieurs manières : les agents de contrôle de l'assurance maladie ont pu participer à des enquêtes médicales et administratives avec les MISp visant à constater des taux d'occupations de service inférieurs à 60% et à en tirer des conséquences en matière de retrait de l'autorisation d'activités et d'équipements, rapprochant ainsi l'État décideur et l'assurance-maladie payeur dans un contrôle de la planification (ex R. 712-51-5 CSP) comme le permettait le groupement d'intérêt public que constituait l'ARH. Par ailleurs, les visites de conformité ont pu être réalisées par le tandem « médecin inspecteur – médecin conseil » dans une optique de contrôle de la planification après l'autorisation de fonctionner mais avant la mise en fonctionnement des installations (ex D 712-14 CSP).

Le rapprochement des compétences de contrôle entre agents de l'État et ceux de l'assurance maladie avait également eu lieu en matière de contrôle des établissements privés sous OQN avec la création en 2001 de l'article R. 162-32-2 CSS³⁵¹. Maxence CORMIER a rappelé que cette disposition avait permis aux directeurs d'ARH d'organiser des missions d'inspections conjointes État-assurance maladie, ou de solliciter séparément des agents de l'État ou de l'assurance maladie sur des inspections dans ce type d'établissement³⁵². Toutefois, les agents qui réalisaient des inspections au titre de cet article R. 162-32-2 CSS ne pouvaient les assurer que dans le cadre et les limites de leurs compétences respectives (les articles L. 1421-1 à L.

³⁵¹ Décret n° 2001-356 du 23 avr. 2001 pris en application de l'art. L. 162-22-1 CSS. JO 25 avr 2001, p. 6433 et BOMES 12 mai 2001, n° 2001/17, p. 263

³⁵² Même si ce type d'enquête conjointe était déjà prévues par la réglementation hospitalière, notamment par le biais des enquêtes médicales et administratives de l'ancien article R. 712-51-5 CSP et les visites de conformité de l'ancien article D. 712-14 CSP.

1421-3 CSP et L. 6116-4 CSP pour les agents de l'État et les articles L. 315-1 et R. 315-1 et suivants du CSS pour les agents de l'assurance maladie)³⁵³.

Nous le voyons, avant la loi HPST, les frontières entre législation sociale et législation sanitaire étaient devenues poreuses, avec pour seule limite le contrôle de sécurité sanitaire, dont l'initiative relevait d'un pouvoir concurrent du préfet de département et du directeur d'ARH, mais dont l'exécution était encore réservée aux agents de l'État. Cela ne devait pas durer.

b) Vers un élargissement du contrôle de la législation sociale au contrôle de sécurité sanitaire

91. A la suite de la reconnaissance de compétence concurrente entre préfet et directeur de l'ARH en matière de contrôle de sécurité sanitaire au titre de l'article L. 6116-2 CSP, Marie-Laure MOQUET-ANGER avait posé en 2004 la question d'un éventuel glissement de tâches entre les agents de l'État et ceux de l'assurance maladie sur ce type de contrôle, ne serait-ce qu'en permettant aux directeurs d'ARH « *de s'appuyer sur les conclusions de ces médecins conseils, experts de l'assurance maladie* » qui pourraient à l'occasion « *constater des manquements aux normes de sécurité* ». Toutefois, l'auteur excluait une compétence de police sanitaire attribuée à l'assurance-maladie au motif que des agents privés ne peuvent pas exercer des fonctions régaliennes de police administrative, rappelant la position de la justice administrative et du Conseil Constitutionnel en matière de conditions d'entrée et de séjours des étrangers en France, qui ont affirmé *l'interdiction générale d'investir, soit par voie de convention, soit unilatéralement une personne de droit privé de pouvoir de police*³⁵⁴.

Cette frontière a été franchie par la loi HPST de 2009 qui a permis aux praticiens conseils, aux cadres administratifs de l'assurance-maladie, et également aux contractuels de droit public et de droit privé, lorsqu'ils sont affectés dans l'établissement public administratif qu'est une ARS, d'exercer des pouvoirs de police administrative, notamment des contrôles de sécurité sanitaire en application de l'article L. 1431-2 CSP. Pour ce faire, les ARS, utilisent la voie de la désignation que la loi HPST leur donne au titre de l'article L. 1435-7 CSP, notamment des praticiens conseils qui les ont rejoints. Nous avons eu l'occasion de rappeler que le Conseil d'Etat, dans un arrêt de 2012, a reconnu aux ARS une autonomie d'organisation, en reconnaissant que « *ni l'article 12 de la DDHC de 1789 ni aucun principe constitutionnel*

³⁵³ Le nouvel article R. 162-32-2 du code de la sécurité sociale prévoit les modalités du contrôle des établissements de santé privés sous OQN par les agences régionales de l'hospitalisation – CORMIER M. – RDSS 2001. 741

³⁵⁴ C. Const, 25 février 1992. Déc. n° 92.307 DC, zones de transit, considérant n° 32.

*n'exige [...] que les missions de police administrative comportant l'exercice de puissance publique ne soient confiées par des personnes publiques qu'à des fonctionnaires ou à des agents liés à elles par des contrats de droit public »*³⁵⁵. Ainsi, les praticiens conseils, malgré leur contrat de droit privé avec les ARS, peuvent désormais participer à des missions de police administrative sur le fondement de la législation sanitaire.

Il nous faut interroger ici la notion de délégation contractuelle ou de renonciation contractuelle aux pouvoirs de police administrative. Pour Jacques MOREAU, le contrat créé des droits et obligations pour chaque partie contractante, mais l'autorité de police ne peut pas voir ses prérogatives limitées par les droits d'un tiers. Il tire de ce syllogisme une incompatibilité entre pouvoir de police et technique d'ordre contractuelle³⁵⁶. Mais en donnant des pouvoirs de police à ses propres agents de droit privé, une ARS ne contractualise pas avec un tiers puisqu'elle tire du statut protéiforme de ses agents, alliant droit public et droit privé, la possibilité de concilier ses pouvoirs de sécurité sanitaire avec la possibilité de nommer en son sein des agents de droits privés pour assurer une mission de contrôle, même relevant de la police administrative. C'est sans doute la raison qui à amener le Conseil d'État en 2012 à permettre cette délégation de contrôle d'ordre public à des agents de droit privé.

Après avoir présenté les autorités régionales et départementales de contrôle, il nous faut à présent nous pencher sur les autorités nationales de contrôle qui peuvent intervenir dans le champ de notre étude.

§2 Les autorités et agents ayant une compétence nationale de contrôle

L'IGAS est souvent citée en exemple dans le champ étudié même si son activité d'inspection et de contrôle tend à diminuer (A). Les agences de sécurité sanitaire ont en revanche pris une place importante depuis leur création dans les années 1990 avec des pouvoirs de police non négligeable (B).

³⁵⁵ CE, 4 avr. 2012, *SNIASS*, n°350952, *AJDA* 2012. 1367.

³⁵⁶ MOREAU J., « de l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel », *AJDA* 1965, p. 31.

A/ L'IGAS : inspection supérieure ou de second degré

Les missions de l'IGAS sont étendues en matière d'inspection contrôle (1), mais celles-ci ont tendance à diminuer au profit d'autres modes de régulation (2).

1/ Les missions étendues de l'Igas dans le champ sanitaire et social, notamment en matière d'inspection-contrôle

92. Le corps de l'IGAS a été créé par le décret du 11 mai 1967 par rapprochement de trois corps d'inspection : l'Inspection générale de la sécurité sociale, l'Inspection générale de la santé publique et de la population et l'Inspection générale du travail et de la main d'œuvre alors chargée d'encadrer l'inspection du travail³⁵⁷. Ces trois corps n'ont réellement été fusionnés par décret qu'en 1990³⁵⁸, décret lui-même plusieurs fois modifié jusqu'au dernier en date de 2011 toujours en vigueur³⁵⁹. Aux termes de l'article 1 du décret de 2011, le corps de l'IGAS est un corps d'inspection interministérielle qui *« peut être placé sous l'autorité des ministres chargés du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle, de la santé, de la sécurité sociale, de l'action sociale et de la famille »*. Les missions de l'IGAS sont étendues, puisque l'article 1 du décret prévoit que : *« l'inspection générale des affaires sociales exerce des missions d'inspection, de contrôle et d'audit, des missions d'enquête et d'évaluation, des missions de conseil et d'appui, dans les domaines mentionnés au deuxième alinéa »*. Ces missions sont diligentées à la demande des ministres chargés des affaires sociales ou effectuées en application du programme d'activité de l'inspection générale des affaires sociales. Elle peut aussi recevoir des missions du Premier ministre et peut être sollicitée *« à la demande d'autres ministres, d'organismes publics, de collectivités territoriales ou de leurs groupements, de fondations ou d'associations, d'Etats étrangers, d'organisations internationales ou de l'Union européenne »*.

Les compétences de l'IGAS en matière d'inspection contrôle sont très larges quant à leur objet. L'article 42 de la loi du 28 mai 1996 portant diverses mesures d'ordre sanitaire, social et statutaire permet à l'IGAS d'assurer *« une mission de contrôle et d'évaluation de la mise en œuvre des politiques publiques de la sécurité sociale et de la prévoyance sociale, de la*

³⁵⁷ Décret n° 67-390 du 11 mai 1967 portant regroupement des services d'inspection générale du ministère des affaires sociales au sein de l'inspection générale des affaires sociales (JO du 14 mai 1967).

³⁵⁸ Décret n°90-393 du 2 mai 1990 portant statut particulier du corps de l'inspection générale des affaires sociales.

³⁵⁹ Décret n° 2011-931 du 1er août 2011 portant statut particulier du corps de l'inspection générale des affaires sociales.

protection sanitaire et sociale, du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle »³⁶⁰. Aussi, « *les services établissements ou institutions et les professionnels ... sont soumis quel que soit leur statut juridique, aux vérifications de l'IGAS* ». L'article 42 dispose que ces vérifications visent aussi bien la « *protection sanitaire et sociale* » que la régularité de l'utilisation des fonds publics en provenance « *de l'Etat, d'une collectivité territoriale, d'un établissement public, d'un organisme de sécurité sociale ou de prévoyance sociale, ainsi que de concours financier de la communauté européenne* ».

Depuis 1996, l'IGAS peut aussi intervenir sur demande du ministre en matière de contrôle des associations faisant appel à la générosité publique dans le domaine sanitaire et social³⁶¹. Elle exerce ce contrôle de manière similaire à celui de la CDC, en portant son regard sur l'emploi des ressources collectées auprès du public et la sécurisation des opérations matérielles d'encaissements des fonds³⁶². La différence avec la CDC réside dans le périmètre du contrôle de l'IGAS limité au secteur sanitaire et social. Dans les deux cas, le contrôle est soumis à la procédure contradictoire et à la publication du rapport au niveau national, ce qui a pu engendrer des suites judiciaires³⁶³. L'article 43 de la loi de 1996 prévoit des sanctions en cas d'obstacle au contrôle de l'IGAS.

93. En matière de contrôles des établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux, le législateur a décliné les pouvoirs de contrôles de l'IGAS dans les codes qui s'y rapportent. Dans le champ de la santé, l'IGAS se voit reconnaître, en application de l'article L. 1421-1 alinéa 4 CSP, une compétence générale de contrôle exercée au nom du ministre chargé de la santé³⁶⁴. Par ailleurs, nous le verrons, l'IGAS peut, à la demande du DGARS, assurer l'administration provisoire d'un EPS au titre de l'article L.6143-3-1 CSP, en cas de manquement grave portant atteinte à la sécurité des patients ou après la mise en œuvre de la procédure visée à l'article L. 6143-3 CSP en cas de déséquilibre financier.

Dans le champ social et médico-social, les membres de l'IGAS sont également compétents à trois titres. D'abord, le CASF réaffirme le principe selon lequel, l'IGAS possède une entière compétence de contrôle sur la totalité des structures entrant dans le champ de l'article L. 313-1 CASF, quelle que soit l'autorité compétente pour délivrer l'autorisation³⁶⁵. Ce pouvoir de

³⁶⁰ Article 42 I de la loi n° 96-452 du 28 mai 1996 portant diverses mesures d'ordre sanitaire, social et statutaire.

³⁶¹ Art. 42 II de la loi n° 96-452 du 28 mai 1996.

³⁶² CLAVAGNIER B., « Cour des comptes et IGAS : la générosité surveillée », *JA*, 2006, n° 349, p. 12.

³⁶³ Rapport public de la Cour des comptes sur l'Association pour la recherche contre le cancer (ARC) : comptes d'emploi 1998 à 2002 des ressources collectées auprès du public (février 2005).

³⁶⁴ Art. 65-II de la loi HPST.

³⁶⁵ Art. L. 313-13 VI alinéa 2 (ordonnance n° 2018-22).

contrôle s'étend ensuite à l'ensemble des établissements et services agréés ou déclarés dans les conditions définies pour ceux qui relèvent de l'autorisation³⁶⁶. Enfin, l'IGAS peut intervenir en matière de contrôle de l'ASE³⁶⁷.

Si ces compétences de contrôle de l'IGAS sont larges, notamment sur les établissements, il ressort de l'analyse de l'activité de l'IGAS que la fonction inspection contrôle est aujourd'hui largement supplantée par les autres missions qui lui ont été confiées.

2/ Des compétences d'inspection de l'IGAS qui régressent au profit de l'évaluation et de la mission d'accompagnement

94. En pratique, l'IGAS réalise ses missions (inspection, enquête, audit, évaluation) sur la base de lettre de missions signées par un ou plusieurs ministres. Elles peuvent aussi être lancées sur la base du programme d'activité de l'IGAS³⁶⁸. En 2017, l'IGAS qui se composait de 158 agents, dont 133 membres « inspectants »³⁶⁹ a réalisé 184 missions dont 41% dans le champ de la santé, 24% dans le champ du travail de l'emploi et de la formation professionnelle, 18% en cohésion sociale et 17% en protection sociale.

Lorsque nous procédons à l'analyse des missions réalisées par l'IGAS sur l'année 2017 (le rapport d'activité est publié chaque année sur le site internet de l'IGAS), nous constatons que la « mission inspection »³⁷⁰ est très mineure, puisqu'elle ne représente que 22% du total des missions, contre 37% pour l'évaluation de politiques publiques, 27% pour l'expertise sur des projets de réforme, et 13% pour l'accompagnement au changement auprès de services ou d'établissements sous la forme de ce que l'IGAS nomme « l'appui opérationnel » ou le « management de transition » (qui comprend les administrations provisoires de centres hospitaliers comme celui du CHU de la Martinique en 2017 au titre de l'article L. 6143-3-1 CSP).

³⁶⁶ Art. L. 331-1 CASF.

³⁶⁷ Art. L. 221-9 CASF.

³⁶⁸ Selon le rapport d'activité 2017 de l'IGAS, 39% des missions ont été menées conjointement avec d'autres inspections (inspection générale des finances, inspection générale de l'administration, inspection générale de la justice...).

³⁶⁹ Ce terme générique recouvre pour l'IGAS l'ensemble des missions dont elle peut se prévaloir, y compris les missions d'audit, d'évaluation et d'accompagnement.

³⁷⁰ Les enquêtes administratives sont une variante de l'inspection et sont définies par l'IGAS comme « *des contrôles particuliers ayant pour but d'investiguer la conduite d'un agent ou d'un groupe d'agents sur la base d'informations faisant état de mauvaise gestion ou de violations des règles* » (Rapport d'activité IGAS 2017 page 43).

Parmi les missions d'inspections réalisées en 2017 par l'IGAS, telles qu'elles figurent sur son site internet³⁷¹, il est intéressant de constater que le champ de la cohésion sociale ne fait l'objet que d'un seul contrôle présenté comme « *suites 2017 du contrôle du compte d'emploi des ressources de la Fondation Raoul Follereau réalisé en 2014* ». C'est encore dans le champ de la santé, qui représentait 41% des missions de l'IGAS en 2017, que l'on retrouve un nombre d'inspections le plus élevé, essentiellement en matière de prévention³⁷², en matière de sécurité sanitaire liée aux produits de santé³⁷³, en matière d'organisation des soins³⁷⁴, en matière de contrôle budgétaire³⁷⁵ et en matière de management et risques psychosociaux³⁷⁶.

95. Aussi, il résulte de notre analyse deux constats. Le premier est que l'IGAS réalise de moins en moins de missions d'inspection contrôle en son nom³⁷⁷. En revanche, elle anime au niveau national depuis le début des années 2000 la fonction inspection contrôle avec la Mission Permanente Inspection Contrôle (MPIC) qui a été instituée en son sein. Celle-ci participe aux réflexions sur les Orientations nationales d'inspection contrôle (ONIC), anime des groupes de travail nationaux avec les services territoriaux sur les guides et des séminaires s relatifs à l'inspection et au contrôle. Le second constat réalisé est que les inspections contrôles réalisés en propre par l'IGAS portent sur des établissements et services majoritairement sanitaires et médico-sociaux à partir de signalements ou d'évènements indésirables qui donnent lieu à des lettres de missions spécifiques signées du cabinet du ministre de la santé, dans un contexte souvent très médiatisé, et sans la présence, du moins officielle, du service territorial géographiquement et matériellement compétent pour assurer cette mission. Cette observation est corroborée par les acteurs même de l'IGAS qui se disent orientés de plus en plus vers des missions de conduites de projet, d'expertise ponctuelles auprès de cabinet ou de missions d'audit interne au ministère, au risque « *que l'État renonce à l'expression de son rôle régalien qui est celui du contrôle, non seulement de la bonne administration et du bon usage des derniers*

³⁷¹ Les missions d'inspection et de contrôle de l'IGAS ne sont pas toutes quantifiées dans le rapport d'activité public pour l'année 2017 mais une proratisation est possible entre les missions de contrôle dont il est fait état par rapport aux autres missions réalisées dans l'année.

³⁷² Gestion de l'épidémie de grippe à l'EHPAD Korian Berthelot de Lyon.

³⁷³ Signalements relatifs aux dispositifs médicaux de transfusion sanguine de la société Haemonetics ayant donné lieu plus largement au contrôle de la gestion des alertes par l'EFS et l'ANSM.

³⁷⁴ Organisation de la transplantation hépatique au sein des Hospices civils de Lyon ; inspection suite à des complications graves en chimiothérapie à Nantes, contrôle de la qualité et de la sécurité dans certains centres de soins dentaires *Dentexia*.

³⁷⁵ CHU de la Réunion.

³⁷⁶ Une mission CH de St Calais à la suite du suicide d'un cadre de santé infirmier dans l'enceinte de l'hôpital; une mission au CHU Georges Pompidou à la suite du suicide d'un cardiologue en décembre 2015.

³⁷⁷ Sept missions IC dans le champ de la santé en 2017 sur un total de 33 missions réalisées la même année dans ce champ ; une mission IC dans le champ social sur 25 missions réalisées la même année dans ce champ.

*publics, mais également de la bonne utilisation des prélèvements obligatoires par des organismes privés »*³⁷⁸.

Les auteurs qui se sont penchés sur cette évolution de l'inspection énoncent un changement de paradigme latent dans toutes les inspections générales : « *le passage d'inspections en quête de régularité à des inspections plus focalisées sur la performance* »³⁷⁹. Faut-il en tirer une leçon pour l'avenir de la fonction inspection contrôle dans le champ étudié notamment pour les services territoriaux d'inspection ? Nous verrons par la suite de notre recherche que nous ne pouvons pas ignorer cet état de fait qui ne semble pas tant une minoration de la fonction inspection-contrôle que son recentrage sur les notions de risque grave à traiter en urgence. Les autres types de risques relèveraient alors d'autres modes de régulation présentant des moyens moins coercitifs et des temporalités plus adaptées à la gestion des dysfonctionnements.

Les compétences nationales d'inspection-contrôle relèvent aussi largement de certaines agences nationales.

B/ Les autorités et agents de contrôle des agences nationales de sécurité sanitaire

96. Avec la création de l'AFSSAPS, la loi du 1^{er} juillet 1998 a opéré à l'article L. 5322-2 CSP un transfert de compétence du ministre chargé de la santé au profit du directeur général de cette agence, établissement public de l'État, de toutes les décisions relatives aux produits entrant dans sa compétence (notamment génétiques)³⁸⁰. Il s'agit de pouvoirs de police sur tous les produits de santé destinés à l'homme, ayant une finalité sanitaire ou cosmétique (médicaments, produits sanguins labiles, produits de thérapie génique et cellulaire, dispositifs médicaux...). Il en va de même pour l'ABM, établissement public administratif de l'État créée par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, et placée sous la tutelle du ministre chargé de la santé. Celle-ci est compétente dans les domaines de la greffe, de la reproduction, de l'embryologie et de la génétique humaine. Elle est chargée de délivrer aux établissements et services les autorisations relatives à l'assistance médicale à la procréation³⁸¹ et les agréments

³⁷⁸ BOISSIER P., « L'évolution des compétences et des métiers des corps d'inspection : l'exemple de l'inspection générale des affaires sociales », *RFDA* n° 155, 2015, prec.

³⁷⁹ CAILLOSSE J., « L'évolution des fonctions d'inspection : une mise en perspective », *RFDA* n° 155, 2015, p. 735-743. in *RFDA* 2015, n° 155 « Du contrôle à l'évaluation », l'évolution des fonctions d'inspection ».

³⁸⁰ Loi n° 98-535 du 1^{er} juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme.

³⁸¹ Art. L 2141-1 et suivants CSP.

aux praticiens exerçant cette activité³⁸², avec pour corollaire un pouvoir de contrôle en la matière en application de l'article L. 1418-1 4° CSP³⁸³.

97. Ces deux agences détiennent des pouvoirs de police sanitaire très étendus que nous pourrions qualifier de deux manières. D'abord des pouvoirs de police directe, qu'elles exercent elles-mêmes sur les opérateurs de terrain, ensuite des pouvoirs de police indirecte, qu'elles commandent aux ARS.

En matière de pouvoir de police directe, la loi de 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé a tiré les conclusions des défaillances d'organisation de l'AFSSAPS révélées par l'affaire du *Médiator* en 2010, en instaurant l'ANSM³⁸⁴. Cette agence exerce d'abord un pouvoir de police directe sur la délivrance des autorisations de mise sur le marché (AMM). Elle détient aussi des pouvoirs d'interdiction ou de suspension de toute activité relative à un produit de santé non soumis à une procédure d'autorisation, et l'interdiction d'une activité illégale, lorsqu'un produit est mis sur le marché sans autorisation. Elle dispose pour ce faire d'une « inspection » en vertu de l'article L. 5313-1 CSP, composée de médecins inspecteurs et pharmaciens inspecteurs, statutaires ou contractuels, qui exercent leurs prérogatives de contrôle dans les conditions prévues à l'article L. 1421 CSP³⁸⁵. De la même manière, en application de l'article L. 1418-1 4° du CSP, l'ABM est chargée de contrôler les activités médicales et biologiques, et notamment celles liées aux nanobiotechnologies, relevant de sa compétence et de veiller à la transparence de ces activités. Elle dispose de ses propres agents inspecteurs « *chargés des contrôles et investigations* » qui peuvent être assistés d'experts³⁸⁶.

Pour caractériser la « délégation de police sanitaire » évoquée par Didier TABUTEAU dans son ouvrage sur la sécurité sanitaire, il est peut-être encore plus instructif de se pencher sur le pouvoir de police indirecte dont sont dotées ces agences nationales. L'ANSM exerce un pouvoir de police indirecte en faisant procéder à toute expertise et à tout contrôle technique des produits

³⁸² Art. L. 1131-3 CSP.

³⁸³ L'article L. 1418-1 4° CSP dispose que l'ABM est chargée de « *suivre, d'évaluer et, le cas échéant, de contrôler les activités médicales et biologiques* ». V. LEDOUX A., TEISSEDE S., « L'agence de biomédecine : veille et police sanitaire », *LPA* 30 juill. 2008, n° 152, p. 15. ; NICOLAS G., « L'agence de biomédecine : un nouveau modèle de sécurité sanitaire ? », *LPA* 18 févr. 2005, n° 35, p. 15.

³⁸⁴ Loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, *JO* du 30 déc. 2011.

³⁸⁵ Selon D. TABUTEAU dans « La sécurité sanitaire » 2002 page 187, l'AFSSAPS « *comptait en 2001 près de 800 agents dont 2/3 de médecins, pharmaciens, scientifiques et techniciens et 1/3 d'agents administratifs* ».

³⁸⁶ Art. L. 1418-2 CSP.

et objets relevant de sa compétence et l'exécution des contrôles de qualité et d'analyses de biologie médicale et des analyses permettant des identifications³⁸⁷. Il en va de même pour l'ABM qui « *peut demander aux autorités administratives compétentes de l'Etat ou aux établissements publics concernés de faire intervenir leurs agents habilités à contrôler l'application des dispositions législatives et réglementaires visant à préserver la santé humaine* »³⁸⁸. Le même article prévoit que cette agence nationale est destinataire des rapports de contrôle et d'inspection concernant les activités relevant de sa compétence et qu'elle peut en tenir compte pour décider du retrait du marché des produits défectueux et des dispositifs médicaux.

En jouant pleinement ce rôle de police sanitaire indirecte, ces agences nationales de sécurité sanitaire sont donc reconnues comme des donneurs d'ordre à l'égard des services territoriaux qui deviennent de la sorte « prestataires de services » en inspection-contrôle. Cela ne va pas sans heurts entre ces différentes autorités, car la décentralisation fonctionnelle qui a permis la création des agences nationales ne se substituent pas au pouvoir hiérarchique que les services territoriaux (ARH devenues ARS aujourd'hui) exercent sur leurs agents. Les commandes en inspection proviennent ainsi de plusieurs niveaux. Afin d'éviter que des ordres de contrôle ne soient passés directement par les agences nationales aux services territoriaux, le ministère a mis en place une procédure de validation des commandes au travers d'une programmation nationale annuelle des inspections-contrôles en santé qui font l'objet d'instructions transmises aux services sous forme de « Directives nationales d'orientation » (DNO), nommées désormais ONIC³⁸⁹.

³⁸⁷ L'article L. 5311-2 CSP dispose à cet effet que l'agence « *procède ou fait procéder à toute expertise et à tout contrôle technique relatifs aux produits et objets mentionnés à l'article L. 5311-1* ».

³⁸⁸ Art. L. 1418-2 alinéa 1. CSP.

³⁸⁹ Les ONIC pour les ARS sont validées par le Conseil national de pilotage des ARS et diffusées à celles-ci sous timbre IGAS avec un numéro de visa, sans faire l'objet d'une circulaire publiée. Les ONIC pour les services déconcentrés de cohésion sociale sont validées en COMEX par les représentants des directions centrales et régionales du réseau jeunesse, sport et cohésion sociale, puis sont diffusées par instruction du secrétariat général du ministère des solidarités et de la santé aux directeurs régionaux et départementaux de ce réseau (exemple instruction N° SG/POLE JSCS/2018/15 du 18 janvier 2018 relative au programme national d'inspection et de contrôle 2018 pour le réseau jeunesse sport et cohésion sociale).

Ces orientations dénommées « instructions » conformément à la circulaire premier ministre du 25 février 2011, ne sont donc pas des circulaires publiées au sens de l'article R. 312-8 CRPA sur le site <http://circulaires.legifrance.gouv.fr/>, car elles n'entrent pas dans le champ de l'article L. 312-2 CRPA, dans sa rédaction issue de l'article 20 de la loi n° 2018-727 du 10 août 2018, qui prévoit que « *font l'objet d'une publication les instructions, les circulaires ainsi que des notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives* ». Ces instructions ne font que rappeler les textes de contrôle, donner des quotas de contrôles et apporter des conseils sur la composition de l'équipe et le temps dévolu à chaque type de contrôle (des fiches d'organisation du contrôle sont annexées à chaque orientation nationale). Leur diffusion interne par messagerie et sur le site intranet du ministère n'en font pas des circulaires au sens de l'article précité. Par conséquent, les administrés ne peuvent s'en prévaloir contre l'administration, et les administrations ne peuvent s'en prévaloir contre les administrés. Le fondement juridique d'un contrôle ne se trouve

A titre d'illustration, pour l'ANSM, la thématique d'inspection adressée aux services territoriaux rendue publique annuellement est celle de l'inspection des établissements pharmaceutiques de distribution en gros des médicaments à usage humain (grossistes répartiteurs et distributeurs en gros de gaz à usage médical dans la DNO 2007). Pour autant, certaines commandes ne passent pas par le filtre de la Commission nationale de programmation mise en place par le ministère de la santé. C'est le cas des inspections concernant les dépôts de sang dans les établissements de santé. De son côté, l'ABM a également établi un programme annuel d'inspection pour les services territoriaux relatif aux activités d'assistance médicale à la procréation (AMP) en 2012 et 2013, aux inspections des laboratoires autorisés pour les examens de biochimie portant sur les marqueurs sériques maternels en 2015, et aux inspections des activités d'assistance médicale à la procréation en 2018.

98. Soulignons qu'en créant ainsi des agences sanitaires nationales, le législateur a mis en place des autorités spécialisées, composées d'experts, dotées d'une fonction de contrôle dissociée de la fonction de gestion des établissements et services, ce qui en fait des agences de missions et non de gestion. Leurs pouvoirs de police au titre de la sécurité sanitaire, principalement en établissements de santé, sont extrêmement forts puisqu'ils sont à la fois directs et indirects.

Parallèlement à ces agences de sécurité et de vigilance disposant de pouvoirs de police sanitaire, le législateur a instauré d'autres agences dont l'objet porte davantage sur la qualité des soins et l'évaluation des pratiques. Il s'agit notamment de la HAS créée en 2004 et qui a intégré en mai 2018 l'Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux (ANESM) préalablement créée en 2007. Il s'agit aussi de l'ANAP créée par la loi HPST de 2009. Contrairement à l'ANSM et à l'ABM, la HAS et l'ANAP n'utilisent pas de pouvoirs de police sanitaire, mais des recommandations de bonnes pratiques, des guides et des visites de certification ou d'évaluation, des tableaux de bords et des indicateurs.

pas dans la circulaire relative aux orientations de contrôle, mais dans les dispositions légales et réglementaires de ces contrôles.

Aussi, même lorsque ces ONIC sont utilisées comme vecteurs de communication et diffusées dans leur synthèse à destination des professionnels du secteur sanitaire et social (voir les dépêches hospimédia en début d'années qui diffusent les ONIC relatives aux ARS), elles demeurent simplement incitatives ou indicatives, et non décisives. L'opposabilité de ces instructions envers les agents de contrôle des services de l'État demeure relative, car elle fait plus appel à la responsabilité des chefs de services et de leurs agents qu'à une injonction de faire du ministère. Toutefois, ces agents peuvent rendre des comptes sur leur mise en œuvre dans le cadre des indicateurs LOLF, objectifs primables, notamment la prime CIA, notation par les directeurs généraux d'ARS ou préfets. Les directeurs des services territoriaux pourraient également se justifier devant la justice sur la base des priorités qui y sont définies.

L'articulation avec les pouvoirs de contrôles des autorités administratives que nous avons citées sera également étudiée.

En conclusion de ce chapitre 1 du titre 1, nous relevons une multiplicité des autorités et des agents de contrôle intervenants dans le champ de notre étude, aussi bien au niveau local que national. Cette diversité des acteurs est principalement due à la décentralisation territoriale des années 1980 en faveur des Conseils généraux et à la décentralisation fonctionnelle, d'abord au niveau régional avec les ARH devenues ARS, ensuite avec la création au niveau national d'agences de sécurité sanitaires dotées de pouvoirs de police spéciale. Parallèlement à cette multiplication des acteurs, est apparue une transformation des contrôles au niveau des services territoriaux qui tendent de manière affirmée vers un objectif de pilotage des établissements et services, comme nous allons le constater, à travers la typologie des contrôles qui sera dressée dans le chapitre suivant.

Cette typologie des contrôles dans le cadre de notre recherche, nous doit nous permettre de faire ressortir les spécificités de chaque contrôle et les éventuels points de jonctions entre eux, qui nous permettront ensuite de mieux définir l'inspection.

Chap. 2 - Essai de typologie des contrôles actuels dans le champ des établissements et services sanitaires, sociaux et médico-sociaux.

99. Face à la grande hétérogénéité des établissements et services du champ étudié et des contrôles qui peuvent leur être appliqués, il nous semble nécessaire de nous poser la question de la nature des différents contrôles existants. Pour cela, il nous faut proposer une typologie des contrôles au regard des différents objectifs qu'ils poursuivent. Nous distinguerons pour chaque type de contrôle, les établissements et services de santé relevant du code de santé publique, et les établissements et services sociaux et médico-sociaux relevant du code de l'action sociale et des familles et nous nous attacherons à rappeler quelles sont les autorités compétentes pour les diligenter.

Classiquement, nous distinguerons deux grandes familles de contrôles : les contrôles de police administrative (Sect. 1) et les contrôles budgétaire, financier et de tarification (Sect. 2). Cette première typologie doit pouvoir nous amener, dans un second temps de notre thèse, à étudier la qualification juridique que le juge administratif retient sur ces contrôles et le régime juridique qu'il leur applique, afin de dégager les spécificités des contrôles relatifs à la qualité et à la sécurité et de montrer en quoi ceux-ci relèvent d'un cadre particulier que l'on pourrait nommer « inspection ».

Sect. 1 - Les contrôles liés à la police administrative.

100. Le procédé de police administrative revêt classiquement la forme de l'acte administratif unilatéral. Ce dernier se traduit par une autorisation préalable en vue de réglementer une activité ou par une décision administrative en vue de prévenir ou sanctionner un trouble à l'ordre public. L'opération de contrôle peut ainsi avoir pour objectif, soit de vérifier le respect de l'autorisation préalable lors de la visite de conformité (§1), soit, une fois l'autorisation délivrée, de constater des dysfonctionnements liés au non-respect des textes législatifs et réglementaires relatifs à la sécurité et à la qualité des prises en charge et donnant lieu à une décision administrative (§2).

§1 Les contrôles liés à l'autorisation

101. En droit public et ce depuis le XIX^{ème} siècle³⁹⁰, l'acte d'autorisation est d'abord un procédé de la police administrative qui a pour finalité de prévenir des troubles à l'ordre public au même titre que la réglementation ou la coercition. Il prend la forme d'une décision individuelle et se rattache ainsi aux actes administratifs unilatéraux³⁹¹. L'autorisation a longtemps été le seul outil juridique confié à l'autorité administrative pour organiser l'offre sur un territoire. Naturellement, le législateur avait confié le contrôle de l'autorisation à l'autorité détentrice du pouvoir de délivrer cette autorisation, y compris en cas de renouvellement d'autorisation. Ce contrôle, nommé « visite de conformité », est considéré comme un temps fort de la relation entre l'établissement et l'autorité administrative. Les auteurs et la jurisprudence ont évoqué à son propos un « acte de police administrative de planification »³⁹².

Nous distinguerons les contrôles de l'autorisation dans le champ des ES (A), et ceux dans le champ des ESSMS (B).

A/ Les contrôles de conformité à l'autorisation sur les établissements et services de santé

Le contrôle de conformité dans le champ sanitaire considéré comme très large se conçoit aujourd'hui comme un contrôle de planification (1), mais semble remis en cause par la certification des ES (2).

³⁹⁰ BATBIE A., *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, T. 7 Cotillon, 1868, p. 275-276.

³⁹¹ ROUAULT M.-C., *Droit administratif et institutions administratives*, 3^e éd., Ed. Larcier, 2015, ; GAUDEMET Y., *Droit administratif*, 2^e éd., LGDJ, 2015.

³⁹² La visite de conformité a la nature d'une mesure de police administrative, car elle porte notamment sur la vérification des conditions techniques de fonctionnements imposées par la réglementation (ex : article D. 6122-38 CSP pour la visite de conformité dans un établissement de santé). Sous cet aspect, la visite de conformité est une visite de sécurité (cf CAA Lyon, 8 avr. 2010, req. n° 08LY00155, concernant le refus de renouvellement d'autorisation d'une maternité). En revanche, la vérification du respect des conditions d'implantation prévues par l'autorisation ne relève pas de l'action de police, car il s'agit de vérifier l'exécution d'un engagement pris par l'établissement (cf M.-L. MOQUET-ANGER, « Les compétences de contrôle du service de contrôle médical », *Revue fondamentale des questions hospitalières* n°9, 2004, p. 61 et 62.).

1/ Le contrôle de conformité à l'autorisation dans le champ sanitaire : un contrôle de police lié à la planification

102. Les autorisations sanitaires sur les établissements de santé publics et privés ne sont plus de simples actes de police administrative, mais se révèlent être aussi des instruments de planification au sens économique du terme³⁹³, car « *en matière de santé, ce n'est pas la demande qui commande l'offre mais bien l'inverse* »³⁹⁴. L'autorisation sanitaire, comme l'autorisation sanitaire, constitue un outil de planification, « *à la fois quantitative et qualitative, à la fois impérative et incitative, à la fois autoritaire et concertée, à la fois ambitieuse et limitée* », comme l'a formulé le Pr LEMOYNE-DEFORGES³⁹⁵.

Dans la typologie des autorisations administratives proposée par Laurent SEUROT, l'autorisation sanitaire fait partie de ce que l'auteur nomme les « autorisation habilitations », parce-que leur régime juridique actuel déroge aux quatre caractères de la simple « autorisation de police » (unilatéralité, gratuité, précarité et incessibilité) et ne répond pas aux caractères de ce qu'il nomme par ailleurs les « autorisations allocations » qui visent à organiser l'accès à une ressource rare (créneaux aériens, sillons ferroviaires) ou un « droit à produire » (quotas laitiers, quotas d'émissions de gaz à effet de serre)³⁹⁶.

En effet, les autorisations sanitaires doivent être non seulement compatibles avec les objectifs du schéma régional de santé, mais aussi avec l'objectif de qualité et de sécurité pour les patients et les personnels, dans le respect des normes techniques prévues par les textes, et en tenant compte des impératifs financiers fixés par l'ONDAM. Nous ne rentrerons pas ici dans les détails du régime juridique des autorisations hospitalières issues de l'ordonnance du 4 septembre 2003³⁹⁷ qui ont été en partie modifiées par l'ordonnance du 3 janvier 2018³⁹⁸. Mais il s'avère que la visite de conformité constitue le « premier contrôle » sur une activité de soins ou un équipement, et que la place occupée par ce contrôle a évolué ces dernières années.

³⁹³ APOLLIS B., *Autorisations sanitaires et hospitalisation privée : Contribution à l'étude des autorisations administratives dans leurs rapports avec les personnes privées*, Université de Montpellier I, 2005, prec.

³⁹⁴ APOLLIS B., TERRIER E., « La réforme de la planification hospitalière », *AJDA* 2006 p. 422.

³⁹⁵ LEMOYNE-DEFORGES J.-M., « L'avenir de la planification hospitalière », *Administration* 1994, n° 165, p. 32.

³⁹⁶ SEUROT L., « Autorisations sanitaires et théorie générale des autorisations administratives », *RDSS* mai-juin 2020, p. 468.

³⁹⁷ Sur le sujet, voir la thèse de APPOLIS B., *Autorisations hospitalières et hospitalisation privée*, LEH, coll. Thèses, 2008 et la thèse de DUPUY O., *Le régime des autorisations administratives et la recomposition de l'offre hospitalière*, Paris VII, 2003.

³⁹⁸ Ordonnance n° 2018-4 du 3 janv. 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.

Les autorisations sanitaires relèvent désormais du DGARS et couvrent un champ très large au regard de la conception extensive de la notion d'ES donnée par les juges administratifs et judiciaires³⁹⁹. Les activités de soins sont répertoriées à l'article R. 6122-25 CSP et les équipements matériels lourds à l'article R. 6122-26 CSP. Les demandes d'autorisation sont adressées au DGARS selon un calendrier défini par les textes. A la lecture de l'article L. 6122-2 CSP, trois conditions cumulatives sont à prendre en compte pour que l'autorisation soit accordée : le projet doit répondre aux besoins de santé de la population identifiés par le projet régional de santé, il doit être compatible avec les objectifs fixés par ce schéma et il doit satisfaire à des conditions d'implantation et à des conditions techniques de fonctionnement dont le juge administratif a rappelé qu'elles doivent figurer dans la décision d'autorisation⁴⁰⁰. A ces trois conditions cumulatives vient s'ajouter celle prévue à l'article L. 6122-5 CSP qui dispose que l'autorisation est subordonnée au respect des engagements relatifs, d'une part, aux dépenses à la charge de l'assurance maladie ou au volume d'activité, et, d'autre part, à la réalisation d'une évaluation sur la réalisation des objectifs du CPOM, et aux conditions particulières imposées dans l'intérêt de la santé publique. Le contrôle de l'autorisation ne s'arrête donc pas au simple respect des conditions techniques d'organisation et de fonctionnement de l'établissement, mais a été élargi aux respects des indicateurs issus de la planification et de la contractualisation, ce qui, nous le verrons, interroge la dimension juridique de ce que l'on nomme aujourd'hui le « contrôle ».

La durée de l'autorisation qui était de cinq ans dans le domaine des établissements de santé ne peut plus être, sauf exception, inférieure à sept ans, en application de l'article 1 de l'ordonnance n° 2018-21 du 17 janvier 2018⁴⁰¹. L'opération matérielle qui consiste à contrôler la conformité d'un établissement de santé lors de l'autorisation ou lors de son renouvellement est décrite à l'article D. 6122-38 CSP sous le terme de « visite de conformité ». Celle-ci est effectuée par au moins deux personnes désignées par le DGARS parmi les six corps d'inspection et de contrôle des services du ministère de la santé mentionnés aux articles L. 1421-1 CSP et les agents régulièrement désignés en tant qu'inspecteurs ou contrôleurs par le DGARS en application de

³⁹⁹ Dans son ouvrage sur le « droit hospitalier » paru aux éditions LGDJ dans sa 5^e édition, le Pr. M.-L. MOQUET-ANGER rappelle qu'il a été jugé que des cabinets de ville pratiquant des endoscopies digestives ou une activité de chirurgie ambulatoire constituent des établissements de santé. Sur la question, V. CORMIER M., « La notion d'établissement de santé », in *De l'hôpital à l'établissement public de santé*, MOQUET-ANGER M.-L. (dir.), L'Harmattan, 1998, p. 6 et « Contrôle des investissements hospitaliers », in *Litec Droit médical et hospitalier*, fasc. 121, spéc. n° 7.

⁴⁰⁰ CAA Marseille, 3 févr. 2005, *Polyclinique Malartic*, n° 02MA02192, 02MA00221.

⁴⁰¹ Art. L. 6122-8 CSP.

l'article L. 1435-7 CSP (ICARS)⁴⁰², ainsi que par les praticiens conseils de l'assurance-maladie. Relevons ici la symétrie des agents chargés du contrôle de la conformité avec ceux en charge de l'inspection, en ce que cette dernière, comme nous le verrons, vise essentiellement le respect des textes relatifs à la qualité et à la sécurité. Cette symétrie entre les deux types de contrôles se retrouve dans les suites données à ceux-ci. Lorsque sont identifiés à l'occasion de la visite de conformité des risques tenant à la protection de la santé publique, à la sécurité des personnes et aux dépenses de santé, l'objectif est alors de prévenir ou sanctionner ceux-ci par des mesures coercitives d'injonction, de suspension ou de retrait⁴⁰³. Lorsque l'activité et les installations sont conformes aux attendus, l'ARS doit transmettre le résultat positif de la visite dans un délai d'un mois à l'établissement.

Néanmoins, nous allons constater que le législateur a introduit en janvier 2018 une novation juridique en articulant la procédure de police administrative de la visite de conformité avec la démarche qualité de certification.

2/ Le contrôle de conformité à l'autorisation dans le champ sanitaire : un contrôle remis en cause par la certification des établissements de santé ?

103. La procédure et la portée du contrôle de l'autorisation que constitue la visite de conformité a été profondément modifiée ces dernières années. Avant les décrets d'application de la loi HPST, la durée de validité de l'autorisation était comptée à partir de la visite de conformité qui avait lieu dans le mois qui suivait la signification par laquelle le titulaire énonçait au directeur d'ARH qu'il était en mesure de faire fonctionner ses installations. Dorénavant, cette visite de conformité doit se réaliser sur demande du titulaire dans les six mois qui suivent la mise en fonctionnement de ces installations, alors même que l'établissement accueille des patients. Cette dissociation entre le début de l'autorisation et la visite de conformité fait de celle-ci un contrôle « a posteriori » dans le sanitaire, contrairement à ce qui est en vigueur dans les ESSMS.

En outre, l'ordonnance du 3 janvier 2018 a fait entrer la démarche qualité dans la procédure d'autorisation à l'article L. 6122-2 CSP qui prévoit 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* ». Si les rapports de certification de la HAS

⁴⁰² CAA Versailles, 30 dec. 2014, *Clinique Sainte Isabelle*, n° 13VE02347 ; TA Montreuil, 10 dec. 2015, *Clinique du Landy*, n° 1306640.

⁴⁰³ Art. L. 6122-13 CSP.

ne sont pas opposables au DGARS, ce texte permet de les utiliser pour écarter une autorisation lorsque la qualité ou la sécurité sont mis en cause dans ces rapports, ce qui renforce le caractère de décision susceptible de faire grief de ces rapports de certification. Enfin, il ressort des articles L. 6122-4 CSP et D. 6122-38 CSP que la visite de conformité devient facultative, car le DGARS « peut décider qu'il sera fait une visite de conformité dans les six mois... »⁴⁰⁴.

Dans son rapport de présentation de l'ordonnance du 3 janvier 2018 au Président de la République⁴⁰⁵, la ministre de la santé rappelait sa volonté de *"simplifier le régime des autorisations sanitaires, notamment en réduisant les contraintes procédurales, mais également à le moderniser, en permettant une meilleure prise en compte des critères de qualité"*. Elle évoquait l'objectif de permettre au DGARS *"de tenir compte, lors de la décision d'autorisation, des conclusions de certification de la HAS, afin de lier régulation de l'offre de soins, d'une part, et qualité et sécurité des soins, d'autre part"*. Pour se convaincre de la mise à l'écart des visites de conformité, la ministre de la santé au sujet du nouvel article L. 6122-4 CSP que l'objectif était de *« rendre facultatives les visites de conformité actuellement requises pour toute nouvelle autorisation malgré leur caractère chronophage et souvent peu pertinent, dans un objectif d'efficacité et d'optimisation des moyens"*. Il faut rappeler ici l'objectif de réduction des effectifs qui sous-tend le concept sans cesse mis en avant de l'adéquation mission-moyen. L'ARS pourra ainsi selon la ministre *"cibler les situations ou activités nécessitant de telles visites"*.

Nous allons voir que dans le champ des établissements et services sociaux et médico-sociaux, le même mouvement est à l'œuvre.

B/ Les contrôles de l'autorisation sur les établissements et services sociaux et médico-sociaux

Le contrôle de l'autorisation dans le champ social est rendu complexe par la multiplicité des autorités ayant compétence pour délivrer l'autorisation (1). Il est relégué au second plan par l'évaluation dans le cadre des renouvellements d'autorisation, mais il pourrait retrouver un sens au travers du contrôle de l'activité (2).

⁴⁰⁴ Articles 1 de l'ordonnance n° 2018-4 du 3 janv. 2018 et article 1 du décret n° 2018-117 du 19 févr. 2018.

⁴⁰⁵ Rapport au Président de la République relatif à 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 du 4 janv. 2018.

1/ La complexité de la procédure d'autorisation et du contrôle de conformité au regard de la multiplicité des autorités ayant compétence pour délivrer l'autorisation dans ce champ.

104. Jusqu'à l'entrée en vigueur de loi HPST, la compétence de contrôle sur les ESSMS se partageait principalement entre le préfet de département et le président du Conseil général⁴⁰⁶. Ces deux autorités administratives exerçaient leur pouvoir de contrôle au regard de leur capacité à délivrer exclusivement ou conjointement des autorisations et en contrôler l'activité et la sécurité au titre du code de l'action sociale et des familles.

Cette répartition des pouvoirs a été bouleversée avec l'entrée en scène du DGARS⁴⁰⁷. En effet, la loi HPST a confié à ce dernier des pouvoirs d'autorisation, de contrôle et de fermeture de la plupart des établissements et services médico-sociaux autrefois sous compétence préfectorale. Cette attribution paraît cohérente au regard de la volonté du législateur de rapprocher le sanitaire et le médico-social et de confier au DGARS le pouvoir d'autoriser les établissements et services qu'il finance au titre des prestations de l'assurance maladie. Cependant, il s'avère, que la répartition des pouvoirs d'autorisation et de contrôle entre le DGARS, le préfet de département et le PCD reste difficile aujourd'hui à cerner pour les administrés et même l'administration, au risque de méconnaître le principe à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité des lois⁴⁰⁸. De surcroît, la multiplication des acteurs du contrôle, et particulièrement des agents des différentes autorités intervenant en matière de contrôle, rend la coordination entre eux complexe à mettre en œuvre⁴⁰⁹. L'ordonnance du 17 janvier 2018 relative au contrôle dans le champ du CASF et du code du tourisme, a tenté de simplifier les dispositions du contrôle, mais laisse encore subsister des zones d'ombre⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ Le conseil général est devenu « conseil départemental » avec la loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral, JO du 18 mai 2013 mise en application lors du renouvellement général des conseils généraux en mars 2015.

⁴⁰⁷ La loi HPST en effet attribué à l'ARS à l'article L. 1431-1 CSP la « mission de définir et mettre en œuvre un ensemble coordonné de programmes et d'actions concourant à la réalisation, à l'échelon régional et infrarégional [...] des principes de l'action sociale et médico-sociale énoncés aux articles L. 116-1 et L. 116-2 du CASF ».

⁴⁰⁸ Le principe d'accessibilité et d'intelligibilité des lois a été reconnu à valeur constitutionnelle en particulier au regard des articles 4, 5, 6 et 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen par le Conseil Constitutionnel (notamment Dec n° 2005-514 du 28 avril 2005 relative au registre international français).

⁴⁰⁹ VINSONNEAU A., « La régulation du secteur social et médico-social après la loi HPST : des règles de plus en plus complexes », *RDSS*, 2011, p. 41.

⁴¹⁰ Ordonnance n° 2018-22 du 17 janvier 2018 relative au contrôle de la mise en œuvre des dispositions du code de l'action sociale et des familles et de l'article L. 412-2 du code du tourisme et aux suites du contrôle. JO du 18 janvier 2018.

Pour aborder la répartition des contrôles de l'autorisation dans le champ social et médico-social, il convient de rappeler que les autorités compétentes pour délivrer les autorisations prévues à l'article L. 312-1 CASF figurent à l'article L. 313-3 CASF. Par parallélisme juridique, ces autorités ayant délivré l'autorisation, contrôlent leur activité en application des différents alinéas de l'article L. 313-13 CASF. Dans une partie ultérieure de notre recherche, nous porterons un regard particulier sur les contrôles relatifs à la sécurité des personnes accueillies dans ces types d'établissements et services. Ces contrôles relèvent depuis l'ordonnance du 17 janvier 2018 d'un pouvoir partagé entre les différentes autorités d'autorisation.

Étant donnée la diversité et le grand nombre d'ESSMS⁴¹¹, le législateur a retenu des compétences d'autorisation et de contrôle qui sont, soit exclusives, soit conjointes.

Au titre des compétences exclusives de contrôle de l'autorisation, le PCD conserve à l'article L. 313-3 a) CASF, le pouvoir exclusif d'autorisation sur les établissements et services prenant en charge habituellement des mineurs et des majeurs de moins de vingt et un ans (L. 312-1 1°), ainsi que les établissements ou services « non médicalisés » recevant des personnes âgées ou handicapées ou vulnérables relevant de prises en charge par les aides sociales du département⁴¹².

Le DGARS, quant à lui, possède depuis 2009 un pouvoir d'autorisation exclusif, en application de l'article L. 313-3 b) CASF, sur plusieurs établissements et services médico-sociaux dispensant des prestations susceptibles d'être prises en charge par les organismes d'assurance maladie. Il s'agit des établissements mentionnés aux 2°, 5°, 6°, 7°, 9°, 11°, et 12° du I de l'article L. 312-1 CASF et pour les lieux de vie et d'accueil mentionnés au III du même article⁴¹³.

⁴¹¹ Les chiffres du ministère comptabilisent environ 40 000 établissements et services sociaux et médico-sociaux répartis sur le territoire français, divisés en application de l'article L. 312-1 CASF en 15 grands types selon les catégories de population prise en charge et pouvant être subdivisés en 90 sous-types d'établissements selon les formes de prises en charge offertes.

⁴¹² Le Conseil départemental est également compétent en matière d'autorisation des services qui assurent des activités d'aide personnelle à domicile ou d'aide à la mobilité dans l'environnement de proximité et dont l'autorisation figure à l'article L. 313-3 g) CASF et renvoi au 16° du I de l'article L. 312-1 CASF.

⁴¹³ Au titre de l'article L. 313-3 b) CASF, la compétence exclusive d'autorisation du DGARS : 2° centres d'enseignement et d'éducation adaptée pour mineurs ou jeunes adultes handicapés ou présentant des difficultés d'adaptation, 5° Etablissements et services d'aide par le travail (ex centres d'aide par le travail qui relevaient de la compétence d'autorisation du préfet avant la loi HPST) ainsi que les centres de réadaptation, de préorientation et de rééducation professionnelle, 6° établissements et services qui accueillent des personnes âgées ou qui leur apportent à domicile une assistance..., 7° établissements et services d'accueil pour personnes handicapées ou porteuses de maladies chroniques, notamment les foyers d'accueil médicalisés, 9° centres d'accompagnement pour personnes dépendantes, notamment les appartements de coordination thérapeutiques et les structures dénommées " lits halte soins santé ", 11° centres d'information, de dépistage, aide et soutien ; 12° établissements ou services à caractère expérimental ; lieux de vie et d'accueils assimilés à des accueils familiaux de plus de 3 personnes figurant au III de l'article L. 312-1 CASF.

Enfin, de son côté, le préfet de département, par l'intermédiaire des DDCS précitées, détient à l'article L. 313-3 c) CASF une compétence exclusive d'autorisation sur toute une liste d'établissements et services ayant des raisons sociales différentes : les établissements ou services mettant en œuvre les mesures éducatives ordonnées par l'autorité judiciaire⁴¹⁴, les centres d'hébergement d'urgence et les centres de réinsertion sociale⁴¹⁵, les foyers de jeunes travailleurs⁴¹⁶, certains centres d'information, de dépistage, aide et soutien aux usagers⁴¹⁷, les centres d'aide pour demandeurs d'asile⁴¹⁸, sans oublier les services tutélaires mettant en œuvre les mesures de protection des majeurs ordonnées par l'autorité judiciaire (tutelles, curatelles et sauvegarde de justice)⁴¹⁹.

105. Cette répartition des compétences exclusives d'autorisation dans le champ social et médico-sociale est encore plus difficile à appréhender du fait de la coexistence de compétences conjointes d'autorisation et de contrôle.

En premier lieu, aux termes de l'article L. 313-3 d) CASF, le DGARS exerce conjointement avec le PCD son pouvoir d'autorisation sur les établissements, services et lieux de vie et d'accueil dont l'autorisation relève simultanément des a) et b) de l'article L. 313-3 CASF donnant lieu à des prestations prises en charge par l'aide sociale départementale et par l'assurance maladie. Cela concerne les établissements qui accueillent des personnes âgées (EHPAD pour l'essentiel) ou des personnes handicapées (foyers d'accueil médicalisés), ou des centres d'information, de dépistage, aide et soutien et enfin les centres à caractère expérimental.

En deuxième lieu, en application de l'article L. 313-3 e) CASF, le PCD et le représentant de l'État dans le département se partagent des compétences de contrôle sur les établissements et services dont l'autorisation relève conjointement du a) et du c) de l'article L. 313-3 CASF, ainsi que sur ceux qui mettent en œuvre les mesures éducatives ordonnées par l'autorité judiciaires au titre du 4° du I° de l'article L. 312-1 CASF.

En troisième lieu, le DGARS exerce également un pouvoir d'autorisation conjointe avec le préfet au titre de l'article L. 313-3 f) CASF sur les établissements, services et lieux d'accueil dont l'autorisation relève simultanément des b et c de cet article, lorsque des prestations sont prises en charge à la fois par l'assurance maladie et par l'État. Cette disposition concerne

⁴¹⁴ Art. L. 312-1 4° CASF.

⁴¹⁵ Art. L. 312-1 8° CASF.

⁴¹⁶ Art. L. 312-110° CASF.

⁴¹⁷ Art. L. 312-1 11° CASF.

⁴¹⁸ Art. L. 312-1 13° CASF.

⁴¹⁹ Art. L. 312-1 15° CASF.

essentiellement les centres d'information, de dépistage, aide et soutien, mais aussi les établissements ou services à caractère expérimental, ainsi que les associations tutélaires mettant en œuvre les mesures de protection des majeurs ordonnées par l'autorité judiciaire, ainsi que les mesures d'aides à la gestion du budget familial.

Nous le voyons, l'arrivée du DGARS dans le paysage médicosocial a rebattu les cartes en matière de droit des autorisations. Il s'impose comme une autorité de police administrative spéciale à part entière, au titre de sa compétence exclusive d'autorisation, comme de sa compétence conjointe, ce qui rend les contrôles complexes à mettre en œuvre.

Cette arborescence complexe des attributions de contrôle de conformité dans le secteur social et médicosocial a poussé le législateur dès 2002 à introduire en droit des autorisations, comme dans le secteur sanitaire, une part de démarche évaluative fondée sur le principe d'amélioration continue de la qualité.

2/ Le contrôle de conformité à l'autorisation dans le champ social et médico-social : un contrôle relégué en arrière-plan de la procédure d'évaluation des établissements et services.

106. La nécessité d'une autorisation préalable en cas de création, de transformation et d'extension a été réaffirmée par la loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale⁴²⁰. Cette loi a réduit la durée de validité de l'autorisation à quinze ans telle que prévue à l'article L. 313-1 CASF⁴²¹ au lieu d'une durée illimitée, comme le prévoyait la précédente loi de 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales. Nous avons eu l'occasion de présenter les différentes autorités administratives qui entrent dans la procédure d'autorisation en application de l'article L. 313-3 CASF. Il est nécessaire de se pencher sur cette procédure afin de mesurer à quel point, comme dans le domaine sanitaire, le contrôle de la conformité à cette autorisation se retrouve relégué en second plan, avec l'instauration de la démarche d'évaluation interne et externe initiée en 2002 et encadrée par la démarche planificatrice des schémas de l'offre sociale et médico-sociale, schémas dans lesquels ces autorisations doivent rentrer, en application de l'article L. 313-4 CASF.

⁴²⁰ Loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale (JO du 3 janvier 2002).

⁴²¹ Sauf pour les établissements et services mentionnés au 4° du I de l'article L. 312-1 CASF (établissement mettant en œuvre les mesures éducatives ordonnées par l'autorité judiciaire en application de 1945 relative à l'enfance délinquante).

Rappelons tout d'abord que le législateur, depuis 2002, n'a pas supprimé la visite de conformité préalable à l'autorisation initiale. En application de l'article L. 313-6 CASF, l'autorisation délivrée pour les projets de création, de transformation et d'extension supérieure à un certain seuil⁴²² est valable, sous réserve du résultat d'une visite de conformité aux conditions techniques minimales d'organisation et de fonctionnement fixées par décret aux articles D. 313-11 à D. 313-14 CASF. L'autorisation ou son renouvellement vaut, sauf mention contraire, habilitation à recevoir des bénéficiaires de l'aide sociale et, lorsque l'autorisation est accordée par le représentant de l'État ou le DGARS, seul ou conjointement avec le PCD, celle-ci confère autorisation de dispenser des prestations prises en charge par l'État ou les organismes de sécurité sociale.

En application de l'article D. 313-11 CASF, cette visite de conformité fait l'objet d'une préparation minutieuse. Au minimum deux mois avant la date d'ouverture d'un établissement ou d'un service autorisé au titre de l'article L. 313-1 CASF ou, en cas d'extension, deux mois avant la date d'entrée en service de la nouvelle capacité autorisée, le demandeur saisit l'autorité compétente afin de conduire la visite en lui envoyant un dossier comprenant plusieurs documents dont la liste figure à l'article D. 313-12 CASF⁴²³. Notons au passage que le CASF ne précise pas les agents compétents pour réaliser cette visite de conformité, à la différence du secteur sanitaire, article D. 6122-38 CSP. Cette question est importante pour les ARS et les services de cohésion sociale qui ne disposent pas toujours des agents juridiquement compétents. En l'absence de précision sur la composition de l'équipe de conformité, les services territoriaux procèdent par homothétie juridique en estimant que l'article L. 313-6 CASF relatif à la visite de conformité et l'article L. 313-13 CASF qui fixe les contrôles auxquels sont soumis les ESSMS et les agents chargés de les réaliser, figurent au sein du même Livre III du CASF. La visite de conformité est donc un contrôle qui entre dans le champ de l'article L. 313-13 CASF et les agents compétents pour l'exercer sont les mêmes⁴²⁴.

⁴²² V. article L. 313-1-1 I CASF.

⁴²³ Art. D 313-12 CASF : le projet d'établissement ou de service, le règlement de fonctionnement, le livret d'accueil, le modèle de contrat de séjour ou de document individuel de prise en charge (DIPC) et les instances de représentations des usagers (conseil de la vie sociale). Il est aussi nécessaire d'y adjoindre les plans des locaux, les budgets prévisionnels de la première année de fonctionnement en année pleine, les tableaux des emplois du personnel incluant un état des effectifs recrutés, le CV du directeur et enfin le PV de la visite de la commission de sécurité avec avis favorable.

⁴²⁴ L'article D. 313-13 précise en revanche que « *lorsque le financement de l'établissement ou du service est pris en charge en tout ou partie par l'assurance maladie* », l'échelon régional du service médical doit apporter son concours à la visite de conformité.

Pour la réalisation de cette visite de conformité, les autorités veillent à ce que ces éléments soient bien réactualisés, en particulier le projet d'établissement, y compris en cas d'extension de faible capacité. Une fois le dossier complet, l'autorité administrative peut procéder à la visite de conformité⁴²⁵. En pratique, la visite de(s) autorité(s) administrative(s) se déroule sur une demi-journée à une journée⁴²⁶. En fin de visite, si la conformité est retenue, l'équipe de contrôle peut dresser sur place le procès-verbal de conformité, précieux sésame qui permet l'accueil des usagers au sein de l'établissement⁴²⁷.

L'établissement ou le service social/médicosocial peut alors commencer à fonctionner immédiatement ou à la date accordée par les autorités. En revanche, si des adaptations sont à apporter, un procès-verbal de non-conformité est dressé et l'entrée en fonctionnement de l'équipement est subordonnée à la constatation de la conformité de l'équipement à l'issue d'une nouvelle visite, organisée dans les mêmes conditions et prévue à l'article D. 313-14 CASF⁴²⁸. Soulignons ici la différence avec la visite de conformité du domaine sanitaire qui se réalise a posteriori dans un délai de 6 mois suite à la demande de visite, alors que celle du domaine social et médico-social se réalise « à blanc » sans que l'établissement ou le service ne fonctionne encore.

Nous le voyons, la visite de conformité dans le champ social est une procédure lourde à mettre en œuvre. En outre, les conditions techniques minimales d'organisation de fonctionnement sont très sommaires dans le champ des social et médico-social⁴²⁹. Elles fondent pourtant non

⁴²⁵ Selon l'article D 313-13 CASF, celle-ci a lieu « *Au plus tard trois semaines avant la date d'ouverture, la ou les autorités mentionnées à l'article D. 313-11 organisent une visite de l'établissement ou du service ...* ». Le concours de l'échelon régional du service médical est nécessaire « *lorsque le financement de l'établissement ou du service est pris en charge en tout ou partie par l'assurance maladie* ». En revanche, il « *n'est pas requis lorsque la visite concerne un service mentionné au 14° du I de l'article L. 312-1* ».

⁴²⁶ L'équipe composée de deux à quatre représentants par autorité concernée commence par une présentation globale de la structure et de son projet en recueillant si nécessaire des précisions sur les éléments transmis préalablement. Le contrôle se poursuit par la visite des locaux, habituellement dans l'ordre le plus logique qui est celui du parcours de l'utilisateur, afin d'aborder les sujets relatifs à la vie des résidents, aux soins ou aux aspects d'animation. L'équipe de contrôle pose ses questions en présence des personnes ressources de la structure (le représentant de la direction et éventuellement un administrateur, le médecin coordonnateur ou le cadre de santé, les représentants des équipes administratives, éducatives et techniques).

⁴²⁷ Art. D. 313-14 CASF.

⁴²⁸ D 313-14 CASF : « *Lorsque l'équipement n'est pas conforme à tout ou partie des éléments énumérés à l'article D. 313-13, la ou les autorités compétentes mentionnées à l'article D. 313-11 font connaître au titulaire de l'autorisation, sous quinzaine et par écrit, les transformations et modifications à réaliser dans un délai prescrit pour en garantir la conformité. L'entrée en fonctionnement de l'équipement est subordonnée à la constatation de la conformité de l'équipement à l'issue d'une nouvelle visite, organisée dans les mêmes conditions dans la limite du délai prévu à l'article D. 313-7-2. Cette seconde visite intervient dans un délai de quinze jours courant à compter de la date d'expiration du délai mentionné au premier alinéa* ».

⁴²⁹ Art. D. 313-11 à D. 313-14 CASF précités.

seulement le contrôle lors de la visite initiale de conformité (L. 313-6 CASF), mais légitimement aussi en partie les contrôles effectués a posteriori exercés au titre de l'activité en application de l'article L. 313-13 CASF. Qui plus est, la loi du 2 janvier 2002 a expressément écarté la visite de conformité en cas de renouvellement de l'autorisation. L'article L. 313-1 CASF introduit une exception à la visite de conformité en disposant que : « *Le renouvellement, total ou partiel, est exclusivement subordonné aux résultats de l'évaluation externe mentionnée au troisième alinéa de l'article L. 312-8* ». Il s'agit des deux évaluations externes que les établissements et services sociaux et médico-sociaux soumis à autorisation doivent faire réaliser sur la durée de quinze ans par des organismes habilités par l'ANESM, fusionnée avec la HAS en 2018⁴³⁰.

Aussi, face à ce minimalisme des conditions techniques exigibles dans le secteur social et médico-social, il nous faudra étudier dans cette thèse le rôle que jouent les évaluations et les bonnes pratiques professionnelles sur ce secteur, tant en termes de renouvellement de l'autorisation que lors des contrôles a posteriori. Le contrôle de conformité semble en effet se dissoudre dans une procédure qualité dont la normativité pose question.

Après avoir étudié la question des contrôles de conformité, appelés aussi « visites de conformité » ou contrôles « a priori », car réalisés dans le but de délivrer une autorisation de police ou son renouvellement, nous allons nous pencher sur la question des contrôles de police dits « a posteriori », parce qu'ils sont diligentés hors cadre de la délivrance de l'autorisation, généralement à la suite d'un événement qui met en jeu la sécurité et la qualité des prises en charge.

§2 Les contrôles liés au respect des textes législatifs et réglementaires relatifs à la sécurité et à la qualité des prises en charge

107. Une fois l'autorisation délivrée, les établissements et services peuvent recevoir des usagers qui sont des patients, des résidents, des bénéficiaires de l'assurance sociale ou d'une habilitation départementale. Il arrive que la qualité de leur prise en charge, voire leur sécurité ne soient plus garanties. Afin d'assurer la qualité et la sécurité des usagers, différents types de

⁴³⁰ Art. L. 312-8 CASF.

contrôles sont prévus dans les textes dans le champ sanitaire (A) et dans le champ social et médico-social (B).

A/ Les contrôles relatifs à la sécurité et à la qualité des prises en charge dans les établissements et services sanitaires

Dans les établissements et services sanitaires, le DGARS est devenu le maître du jeu en matière de sécurité sanitaire, sans préjudice des pouvoirs accordés aux agences nationales sanitaires (1). Cependant, certains contrôles relevant de l'ARS présentent une nature juridique incertaine (2).

1/ Le directeur général d'ARS, maître du jeu en matière de sécurité sanitaire

Il ressort des missions des ARS définies aux 1° et 2° de l'article L. 1431-2 CSP que quatre grands types de missions de contrôle sont exercées par le DGARS, seul ou concurremment avec le préfet de département. Parmi ces missions de contrôle, deux missions de contrôle du DGARS sont spécifiquement liées au respect des textes législatifs et réglementaires relatifs à la sécurité et à la qualité des prises en charge.

108. La première mission de contrôle qui met le DGARS au centre du jeu en matière de sécurité sanitaire est relative au contrôle lié à « *la qualité et à la sécurité des actes médicaux et à la dispensation et l'utilisation des produits de santé* », et à « *la lutte contre la maltraitance le développement de la bientraitance dans les établissements et services de santé et médicaux-sociaux* » en application de l'article L. 1431-2 2° e) CSP ⁴³¹. A la lecture de ce texte, il ressort que le pouvoir de contrôle de la qualité et de la sécurité des actes médicaux et des produits de santé serait partagé entre le DGARS et le préfet de département. Nous pourrions parler de « pouvoir concurrent » en la matière si deux éléments ne penchaient pas fortement en faveur du DGARS.

Le premier élément se fonde sur le partage de compétences favorable au DGARS opéré par l'article L. 6116-1 CSP en matière de contrôle de « *l'exécution des lois et règlements qui se*

⁴³¹ Art. L. 1431-2 2° e) CSP : « *Elles (les ARS) veillent à la qualité des interventions en matière de prévention, de promotion de la santé, à la qualité et à la sécurité des actes médicaux, de la dispensation et de l'utilisation des produits de santé ainsi que des prises en charge et accompagnements médico-sociaux et elles procèdent à des contrôles à cette fin ; elles contribuent, avec les services de l'Etat compétents et les collectivités territoriales concernées, à la lutte contre la maltraitance et au développement de la bientraitance dans les établissements et services de santé et médico-sociaux* ».

rapportent à la santé publique » à l'intérieur des établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux. Nous l'avons vu, ce contrôle dit de « sécurité sanitaire » à l'époque des ARH⁴³², a évolué quant à l'autorité compétente pour l'engager (L. 6116-2 CSP). Il a d'abord relevé de la compétence exclusive du préfet, puis du pouvoir d'initiative concurrent entre ce dernier et le directeur d'ARH. L'article 19 I 29° de l'ordonnance de coordination du 23 février 2010 a modifié l'article L. 6116-2 CSP pour donner des pouvoirs quasi exclusifs au DGARS⁴³³ : « *A l'intérieur des établissements de santé et organismes exerçant les missions d'établissement de santé et des établissements médico-sociaux, le contrôle est exercé à l'initiative du directeur général de l'agence régionale de santé sans préjudice des pouvoirs reconnus au représentant de l'État dans le département en application du présent code et du livre III du code de l'action sociale et des familles* ».

Ce droit d'initiative du contrôle de sécurité au profit du DGARS ne peut d'ailleurs difficilement se réaliser au « *préjudice des pouvoirs reconnus au représentant de l'État dans le département* », du moins en établissement de santé, car ce dernier n'en a plus l'exercice, contrairement aux établissements sociaux et médicaux sociaux où il conserve les attributs de la lutte contre la maltraitance et du développement de la bientraitance, en application de l'article L. 1431-2 2° e) CSP par renvoi au Livre III du CASF. Nous verrons sur ce point que le pouvoir de contrôle exercé au titre de la maltraitance par le préfet de département dans le secteur médico-social n'est qu'apparent, car il a perdu avec l'ordonnance du 2018-22 du 17 janvier 2018 son monopole régalien de contrôle au titre de l'ordre public dans les établissements médicaux sociaux, ce qui réduit aujourd'hui considérablement la portée de ce renvoi.

Il faut par ailleurs souligner que la loi HPST a été la première à faire entrer dans la loi le concept de « maltraitance » en établissement de santé avec cet article L. 1431-2 2° e) CSP. En pratique, les ARS ne formalisent pas de contrôle à ce titre dans le secteur sanitaire, préférant procéder à des inspections ponctuelles dans le cadre des événements indésirables graves associés aux soins. A notre connaissance, la contribution du préfet de département à ces contrôles en établissement de santé, comme pourrait le laisse entendre cet article, n'a jamais été mise en œuvre.

⁴³² Ce contrôle de sécurité sanitaire réalisé sous l'égide du préfet de département et dévolu aux corps techniques des médecins, pharmaciens et agents de services environnement concernait la qualité et la sécurité des actes médicaux, à la dispensation et de l'utilisation des produits de santé et à la qualité des prises en charge et des accompagnements en général.

⁴³³ 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 relatives aux patients, à la santé et aux territoires.

Le second élément qui donne au DGARS le véritable pouvoir de contrôle de l'exécution des lois et règlements qui se rapportent à la santé publique sur les établissements de santé (et les autres types d'établissements et services étudiés) est d'ordre organisationnel. Ces contrôles sont désormais réalisés avec les effectifs propres de l'ARS relevant des articles L. 1421-1 et L. 1435-7 CSP, placés, non plus sous l'autorité hiérarchique du préfet, mais sous celle du DGARS. En cela, la question de la double subordination des agents précédemment abordée est dorénavant complètement résolue, même si les textes prévoient des mises à disposition des agents de l'ARS au profit du préfet de département pour assurer des contrôles de sécurité sanitaire dans des établissements sociaux.

109. La seconde mission de contrôle qui fait du DGARS le garant de la sécurité sanitaire est le contrôle des règles d'hygiène prévu à l'article L. 1431-2 1° *« Sans préjudice de l'article L. 1435-1 (compétences du préfet), elles (les ARS) établissent un programme annuel de contrôle du respect des règles d'hygiène, en particulier celles prévues au 2° de l'article L. 1421-4, en fonction des orientations retenues par le document visé à l'article L. 1434-1 et des priorités définies par le représentant de l'Etat territorialement compétent. Elles réalisent ou font réaliser les prélèvements, analyses et vérifications prévus dans ce programme et procèdent aux inspections nécessaires ».*

Le contrôle administratif et technique des règles d'hygiène est assuré par les corps spécialisés des services santé environnement placés sous l'autorité hiérarchique du DGARS (ingénieurs et techniciens sanitaires essentiellement). Lorsqu'il concerne des établissements recevant du public (établissements de santé et médico-sociaux), il porte essentiellement sur les thématiques de la légionellose, des déchets d'activité de soin à risque infectieux, de l'amiante et du radon. Il est ainsi lié au contrôle évoqué précédemment et relève de l'initiative du DGARS qui se fonde alors sur l'article L. 1431-2 2° e) CSP et l'article L. 6116-2 du CSP.

Cependant là encore, le représentant de l'État dans le département a conservé l'initiative du pouvoir de contrôle d'hygiène et de salubrité « hors établissements ». Pour ce faire, il s'appuie sur les services santé-environnement de l'ARS, soit pour assurer les suites administratives des contrôles réalisés par eux en son nom, soit pour les réaliser lui-même avec les agents des ARS mis à sa disposition. Dans le premier cas, nous pouvons citer, parmi ces contrôles d'hygiène « hors établissements », le contrôle sanitaire des eaux destinées à la consommation humaine⁴³⁴.

⁴³⁴ Art. L. 1321-5 CSP avec les suites prévues aux articles L. 1324-1A et L. 1324-1B CSP et la note de service n° DGS/EA4/2009/385 du 23 décembre 2009 relative à la diffusion de consignes pour la mise en conformité des unités de distribution d'eau destinée à la consommation humaine.

Dans le second cas, il conserve la gestion des grandes crises sanitaires, car les questions de salubrité et d'hygiène publique relèvent toujours de la compétence du préfet de département. L'article L. 1435-1 CSP, introduit par la loi HPST dans une section intitulée « *veille, sécurité et polices sanitaires* », dispose à cet effet que « *le directeur général de l'agence régionale de santé informe sans délai le représentant de l'Etat territorialement compétent ainsi que les élus territoriaux concernés de tout événement sanitaire présentant un risque pour la santé de la population ou susceptible de présenter un risque de trouble à l'ordre public. Pour l'exercice de ses compétences dans les domaines sanitaire et de la salubrité et de l'hygiène publiques, le représentant de l'Etat territorialement compétent dispose à tout moment des moyens de l'agence* ».

Les crises sanitaires sont donc gérées par les agents de l'ARS mentionnés aux articles L. 1421-1 et L. 1435-7 CSP et placés sous l'autorité fonctionnelle du préfet qui est compétent dans cette matière pour prendre une décision de police administrative. Le même article précise que « *les services de l'agence sont placés pour emploi sous l'autorité du représentant de l'Etat territorialement compétent lorsqu'un événement porteur d'un risque sanitaire peut constituer un trouble à l'ordre public* ».

Nous le voyons, les larges pouvoirs de police sanitaire du DGARS dans les établissements n'ont pas complètement effacé ceux du préfet de département en matière de santé publique, en particulier environnementale, qu'il exerce à titre direct ou indirect, en mobilisant les agents techniques de l'ARS, notamment, médecins pharmaciens, ingénieurs et techniciens sanitaires.

Les deux missions de contrôle e sécurité sanitaires dévolues au DGARS que nous venons de citer sont clairement rattachées à ses pouvoirs de police, ce qui ne semble pas être le cas d'autres missions de contrôle dont il a la charge.

2/ La nature ambivalente de certains contrôles sous compétence de l'ARS.

Pour d'autres missions de contrôles définies aux 1° et 2° de l'article L. 1431-2 CSP se pose la question de leur rattachement à la catégorie des « contrôles relatifs à la sécurité et à la qualité des prises en charge sur les établissements et services de santé ».

110. Il s'agit d'abord des contrôles prévus par l'article 21 de la loi du 10 août 2011 modifiant la loi HPST de 2009⁴³⁵ sur la politique de gestion du risque. Les URCAM qui assuraient autrefois ces contrôles ont été intégrées aux ARS qui continuent à les assurer dans le cadre du plan national de gestion du risque à travers un programme pluriannuel régional de gestion du risque intégré au PRS. Ces contrôles portent sur les modalités de recours aux soins et des pratiques des professionnels de santé en médecine ambulatoire et dans les établissements et services de santé et médico-sociaux en application de l'article L. 1431-2 2° g CSP⁴³⁶. Ils ont été élargis aux parcours de soins mis en place par la LMSS du 26 janvier 2016⁴³⁷. Il s'agit selon nous de contrôles portant sur l'analyse de l'activité des établissements mais ils ne concernent pas directement les contrôles relatifs à la qualité et à la sécurité et aucune mesure de police administrative n'est prévue dans ce cadre.

111. Il s'agit ensuite du contrôle sur le fonctionnement et les ressources des ES (et médico-sociaux), ainsi que sur les activités de chirurgie esthétique⁴³⁸ que l'ordonnance du 23 février 2010, confirmée par la LMSS, a confié au DGARS à l'article L. 1431-2 2° b) CSP. Ce contrôle est lié principalement au pouvoir d'autorisation et de financement du DGARS sur les établissements de santé⁴³⁹, cet article disposant que : « elles (les ars)...*autorisent la création et les activités des établissements et services de santé... ; elles contrôlent leur fonctionnement et leur allouent les ressources qui relèvent de leur compétence* »⁴⁴⁰. Si la porte d'entrée de ce type

⁴³⁵ Art. 21 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.

⁴³⁶ Art. L. 1431-2 2° g) CSP : « *Dans les conditions prévues à l'article L. 182-2-1-1 du code de la sécurité sociale, elles définissent et mettent en œuvre, avec les organismes d'assurance maladie et avec la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie, les actions régionales déclinant le plan national de gestion du risque et d'efficience du système de soins ou le complétant. Ces actions portent sur le contrôle et l'amélioration des modalités de recours aux soins et des pratiques des professionnels de santé en médecine ambulatoire et dans les établissements et services de santé et médico-sociaux. A ce titre, elles publient un bilan annuel, quantitatif et qualitatif, des séjours et de l'activité des établissements de santé, portant notamment sur les actes et interventions chirurgicales, sur la base des informations mentionnées à l'article L. 6113-8. La personne publique désignée par l'Etat et mentionnée au premier alinéa du même article L. 6113-8 en publie, chaque année, une analyse nationale et comparative par région* ».

⁴³⁷ Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé (JO du 27 janvier 2016)

⁴³⁸ Activité de chirurgie esthétique : articles L. 6322-1 à L. 6322-3 CSP.

⁴³⁹ L'article 28 de la loi HPST a en effet abrogé l'article L. 6115-1 CSP relatif au contrôle du fonctionnement des établissements de santé qui rendait compétent le directeur d'ARH.

⁴⁴⁰ Art. L. 1431-2 2° b) : « *Elles (les ars) autorisent la création et les activités des établissements de santé et des installations mentionnées aux articles L. 6322-1 à L. 6322-3 ainsi que des établissements et services médico-sociaux au b de l'article L. 313-3 du code de l'action sociale et des familles ; elles contrôlent leur fonctionnement et leur allouent les ressources qui relèvent de leur compétence ; elles attribuent également les financements aux porteurs de la méthode d'action pour l'intégration des services d'aide et de soins dans le champ de l'autonomie mentionnés à l'article L. 113-3 du même code ainsi qu'aux groupes d'entraide mutuelle mentionnés aux articles L. 114-1-1 et L. 114-3 du même code et s'assurent du respect des cahiers des charges mentionnés respectivement à l'article L. 113-3 et au I de l'article L. 14-10-5 du même code* ».

de contrôles est le fonctionnement et les ressources, nous verrons que le résultat de ces contrôles peut, nous semble-t-il, dans certains cas prévus par la loi, permettre de les rattacher aux contrôles liés à la qualité et la sécurité.

A ces contrôles du DGARS sur la qualité et sécurité en établissements et service sanitaires, il convient d'ajouter ceux diligentés par les agences nationales de sécurité sanitaires dont l'expertise ne concerne que la sécurité sanitaire des médicaments ou des produits de santé.

Il n'en va pas de même dans le champ social et médico-social où les notions de sécurité et de protection sont plus vastes.

B/ Les contrôles relatifs à la sécurité et à la qualité des prises en charge dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux

Dans les ESSMS, les contrôles de qualité et sécurité sont répartis entre différents autorités administratives qui ont entraîné une perte de pouvoir du préfet de département sur cette matière régaliennne (1). Mais ce dernier conserve un pouvoir de substitution et d'arbitrage dans les contrôles au titre de l'ordre public (2).

1/ La perte de pouvoir du Préfet de département en matière de sécurité des personnes

112. La réforme de l'organisation de l'administration régionale et départementale de l'État issue de la RGPP a donné lieu en 2010 à une redistribution des cartes entre, d'un côté, le préfet de région devenu « responsable de l'exécution des politiques de l'État dans la région sous réserve des compétences de l'agence régionale de santé »⁴⁴¹ et représente à ce titre « l'échelon de pilotage des politiques publiques », et, de l'autre côté, le préfet de département confirmé dans son rôle de « mise en œuvre des priorités gouvernementales, dans le cadre des instructions du préfet de région »⁴⁴². Toutefois, le décret n° 2010-146 du 16 février 2010 réaffirme dans son article 5 que « le préfet de département a la charge de l'ordre public et de la sécurité des populations », et l'autorité de principe reconnue au préfet de région par ce décret sur le préfet

⁴⁴¹ Art. 2 du décret n° 2010-146 du 16 février 2010 modifiant le décret n° 2004-374 du 29 avril 2004 relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'Etat dans les régions et les départements.

⁴⁴² Rapport au Président de la République sur le décret n° 2010-146 du 16 février 2010 modifiant le décret n° 2004-374 du 29 avril 2004.

de département, ne trouve pas à s'appliquer en matière d'ordre public⁴⁴³. Si le préfet de département demeure dans les textes le gardien de l'ordre public, nous allons voir qu'en réalité, ce principe a fortement évolué dans les textes relatifs aux ESSMS, et ce pour plusieurs raisons.

La première raison est relative au périmètre du pouvoir de maintien de l'ordre public par le préfet de département dans le champ social et médico-social. A ce titre, l'ordonnance n° 2018-22 du 17 janvier 2018⁴⁴⁴ a conservé au profit du préfet de département, au titre des « contrôles administratifs et mesures de police administrative » relatifs aux établissements et services sous autorisation⁴⁴⁵, un pouvoir général de contrôle direct et concurrent de ceux du DGARS et du PCD sur l'ensemble des ESSMS soumis à autorisation⁴⁴⁶. Ce pouvoir s'étend aux ESSMS soumis à agrément ou déclaration aux termes de l'article L. 331-1 CASF⁴⁴⁷, comme en disposait auparavant l'article L. 313-13 alinéa 6 CASF⁴⁴⁸.

Cependant, ce pouvoir général de contrôle direct et concurrent réservé au préfet de département était plus large avant précitée du 17 janvier 2018, car les textes lui reconnaissaient non seulement un pouvoir d'initiative du contrôle en établissement ou service autorisé, agréé ou déclaré au titre de l'activité ou de la sécurité et ce, quelle que soit l'autorité de délivrance, mais il conférait aussi au préfet le monopole de la fermeture d'un établissement ou service médicosocial au titre de la sécurité et de la protection des personnes⁴⁴⁹. Ce monopole s'exprimait, comme nous l'avons étudié, par le biais d'un pouvoir exclusif de fermeture directe ou après injonction, « *lorsque la santé, la sécurité ou le bien être moral ou physique des personnes accueillies sont menacés ou compromis* » au titre de l'article L. 313-13 alinéa 6

⁴⁴³ Art. 2 du décret n° 2004-374 modifié en 2010.

⁴⁴⁴ Ordonnance n° 2018-22 du 17 janvier 2018 relative au contrôle de la mise en œuvre des dispositions du code de l'action sociale et des familles et de l'article L. 412-2 du code du tourisme et aux suites de ce contrôle.

⁴⁴⁵ Section IV du chapitre III du Titre I du Livre III du CASF dans sa version de janvier 2018.

⁴⁴⁶ Art. L. 313-13 VI CASF : « *Quelle que soit l'autorité compétente pour délivrer l'autorisation, le représentant de l'État dans le département peut, à tout moment, diligenter les contrôles prévus à la présente section* ».

⁴⁴⁷ Art. L. 331-1 CASF nouveau : « *Le contrôle des établissements et services habilités à recevoir des bénéficiaires de l'aide sociale, agréés ou déclarés ... est exercé dans les conditions définies à la section IV du chapitre III du titre Ier du livre III* ».

⁴⁴⁸ Art. L. 313-13 alinéa 4 CASF ancien : « *Quelle que soit l'autorité qui a délivré l'autorisation, le représentant de l'État dans le département peut, à tout moment, diligenter les contrôles prévus au titre III du présent livre* ».

⁴⁴⁹ Le terme de « lutte contre la maltraitance institutionnelle » est employé par les services de l'État dans le cadre de leurs inspections mais la notion de maltraitance ne fait l'objet d'aucune définition juridique précise et renvoie à une réalité complexe et polymorphe difficile à appréhender. Elle est citée une fois seulement à l'article L. 311-4 CASF pour annoncer les droits objectifs reconnus aux usagers par la loi 2002-2 afin de « *prévenir tout risque de maltraitance* ». Selon Michel BORGETTO, elle peut prendre la forme de violences physiques, morales ou financières renvoyant ainsi aux infractions du code pénal. Elle peut aussi plus « simplement » prendre la forme de « *négligences, d'abandons et de privations d'ordre matériel ou affectif (manque répété de soins de santé, prises de risque inconsidérées, privation de nourriture, boisson ou d'autres produits d'usage journalier)* » qui peuvent se traduire par des mesures de police administrative, nonobstant des poursuites pénales ou disciplinaires (BORGETTO M., « La maltraitance en établissement », RDSS n° 6, novembre-décembre 2006, p. 967.).

CASF, qui renvoyait explicitement au Titre III, et notamment à l'article L. 331-5 CASF. Ce monopole obligeait ainsi le DGARS et le PCD à saisir le représentant de l'État dans le département pour qu'il le mette en œuvre, alors même que le contrôle était mené à l'initiative de ces deux autorités administratives, ensemble ou séparément, avec leurs propres agents⁴⁵⁰.

Pour autant, la loi HPST avait commis un premier crime de lèse-majesté en reconnaissant au DGARS une compétence de maintien de l'ordre public à titre d'exception sur les ESSMS relevant de la compétence d'autorisation exclusive de ce dernier, comme vu précédemment en application de l'article L. 313-16 CASF. Le même pouvoir lui avait été reconnu en matière de lutte contre la maltraitance et développement de la bientraitance dans le champ des établissements sanitaires et médico-sociaux⁴⁵¹. Depuis l'ordonnance n° 2018-22 du 17 janvier 2018, le pouvoir général de contrôle du préfet, direct et concurrent de ceux du DGARS et du PCD, demeure. Mais le préfet n'a plus le monopole d'injonction et de fermeture au titre du maintien de l'ordre public sur l'ensemble des établissements et services, y compris en cas d'urgence. Nous analyserons dans le titre 2 de notre recherche ce que cela implique en termes d'exercice des opérations de contrôle au titre de l'ordre public.

La deuxième raison a trait au contrôle de « l'exécution des lois et règlements qui se rapportent à la santé publique » et notamment aux contrôles relatifs à la sécurité sanitaire dans les établissements et services médico-sociaux. En effet, le préfet de département a perdu en 2010 un pouvoir exclusif de contrôle en la matière au sein des établissements et services médico-sociaux (sécurité des produits de santé, légionelloses...) que lui reconnaissait l'article L. 6116-2 CSP dans sa version datant de l'ordonnance du 4 septembre 2003. L'ordonnance du 23 février 2010 précitée a ainsi modifié cet article pour confier l'exercice de ce contrôle au DGARS dans le champ médico-social⁴⁵². En contrepartie, le préfet de département conserve l'initiative d'un contrôle de sécurité sanitaire dans les établissements et services sociaux⁴⁵³.

La troisième et dernière raison est matérielle. Par manque d'agents contrôleurs sous l'autorité hiérarchique directe du préfet, l'article précité renvoie à l'article L. 313-13 II CASF qui dispose

⁴⁵⁰ Sans préjudice du pouvoir de police du maire au titre de la sécurité des locaux ouverts au public dans sa commune (CE, 4 mars 1991, *Ville de Tourcoing c/ Debaillie*, n° 75632, RDSS, n° 4, 1991, p. 661.)

⁴⁵¹ Art. L 1431-2-2° e) du CSP qui dispose que les ARS « *contribuent, avec les services de l'Etat compétents et les collectivités territoriales concernées, à la lutte contre la maltraitance et au développement de la bientraitance dans les établissements et services de santé et médico-sociaux* ».

⁴⁵² Art. L. 6116-2 CSP: « *A l'intérieur des établissements de santé et organismes exerçant les missions d'établissement de santé et des établissements médico-sociaux, le contrôle est exercé à l'initiative du directeur général de l'agence régionale de santé sans préjudice des pouvoirs reconnus au représentant de l'Etat dans le département en application du présent code et du livre III du code de l'action sociale et des familles* ».

⁴⁵³ Art. L. 6116-2 CSP.

que ce dernier peut avoir recours à des « *personnels placés sous son autorité ou sous celle de l'agence régionale de santé ou mis à sa disposition par d'autres services de l'État ou par d'autres agences régionales de santé, mentionnés aux articles L. 1421-1 et L. 1435-7 CSP* ». Or, étant donné que les forces vives des services préfectoraux sont en déclin et que la mise à disposition d'inspecteurs provenant d'autres autorités est lourde à mettre en œuvre, l'exercice de ce pouvoir général de contrôle est pratiquement impossible.

Le DGARS a donc pris toute sa place en matière de contrôle médico-social, tant en matière de contrôle de l'activité, qu'en matière de contrôle visant la sécurité et la protection des personnes, mais également, nous le verrons, en matière de contrôle financier. Le préfet de département sort ainsi affaibli des réformes de 2009 et 2018 qui ont instauré un vrai partage des compétences de contrôle d'ordre public, et malgré qu'il conserve son pouvoir général de contrôle sur l'ensemble des ESSMS en application de l'article L. 313-13 VI CASF. Toutefois, le préfet de département conserve un pouvoir de substitution et d'arbitrage qu'il nous faut maintenant considérer.

2/ Le maintien d'un pouvoir de substitution et d'arbitrage du préfet de département dans les contrôles des ESSMS au titre de la puissance publique

A côté du pouvoir général de contrôle conservé par le préfet de département au titre de son « droit d'évocation » dans le champ des établissements sociaux et médico-sociaux, les textes attribuent au préfet de département un pouvoir de substitution en cas de carence des autres autorités administratives de contrôle (a), ainsi qu'un pouvoir d'arbitrage en cas de désaccord entre elles (b).

a) Le pouvoir de substitution du préfet de département en cas de carence de la décision à prendre dans le cadre des contrôles des ESSMS.

113. La substitution préfectorale implique de suivre une procédure de carence, caractérisée juridiquement par une mise en demeure infructueuse réalisée à l'égard de l'autorité compétente.

Comme toute action d'office, le pouvoir de substitution est très encadré. Depuis la décentralisation de 1982, il ne subsiste des trois tutelles que l'État avait sur les collectivités territoriales (annulation, approbation, substitution) que le pouvoir de substitution⁴⁵⁴. La substitution préfectorale n'est traditionnellement mise en œuvre qu'à l'égard d'un service

⁴⁵⁴ L'annulation et l'approbation ayant été remplacées par le déferé préfectoral devant le juge administratif du fait du principe de libre administration des collectivités territoriales. La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 a affirmé à l'article 72 de la Constitution que « *Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon* ».

décentralisé (maire, PCD, président du conseil régional, président d'un établissement public de coopération intercommunale)⁴⁵⁵ et s'exerce au titre des pouvoirs de police administrative générale du préfet de département⁴⁵⁶.

En matière de contrôle dans le champ médico-social, une telle procédure de substitution existait avant l'ordonnance n° 2018-22 du 17 janvier 2018 à l'article L. 313-16 alinéa 2 CASF en cas de carence du PCD sur un contrôle d'un service ou d'un établissement autorisé exclusivement par ce dernier⁴⁵⁷. A contrario, cette disposition ne conférait donc pas explicitement selon nous de pouvoir d'intervention du préfet en cas de carence du DGARS. Pourtant, selon Pierre NAITALI, « *la lecture du premier alinéa de cet article semble laisser planer un doute. En effet, l'alinéa 1er de l'article L. 313-16 CASF dispose que « l'autorité qui a délivré l'autorisation ou, le cas échéant, le représentant de l'État dans le département dans les conditions prévues au présent article prononce... »*⁴⁵⁸. L'auteur concluait ainsi que le préfet avait également un pouvoir de substitution en cas de carence du DGARS.

Cette position nous semble discutable, car le DGARS dispose depuis 2009 d'un pouvoir d'injonction et de fermeture, y compris en urgence sur les établissements autorisés exclusivement par lui. Par ailleurs, le nouvel article L. 313-16 II CASF, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2018-22 du 17 janvier 2018, confirme que la seule carence qui entraîne un pouvoir de substitution préfectorale s'exerce à l'égard des structures relevant de l'autorisation du PCD, y compris en cas de fermeture pour défaut d'autorisation⁴⁵⁹. A notre connaissance, le pouvoir de substitution n'a donc jamais été accordé au préfet à l'égard du DGARS, pas plus qu'à un autre service déconcentré de l'État.

- b) Le pouvoir d'arbitrage du préfet de département en cas de désaccord entre autorités administratives chargées de prendre une décision dans le cadre des contrôles des ESSMS.

114. Le préfet de département dispose d'un pouvoir d'arbitrage en cas de désaccord des deux autorités administratives de contrôle ayant des compétences de contrôle conjointes (autorisations conjointes). Ainsi, il intervient en cas de désaccord sur le prononcé d'une

⁴⁵⁵ V. les articles L. 2215-1, L. 3221-5, L. 5211-9-2, L. 4433-24-1-2, et LO.6462-2 CGCT.

⁴⁵⁶ TCHEN V., « La police administrative, théorie générale », *LexisNexis*, Fasc. 200.

⁴⁵⁷ Soit « *lorsque les conditions techniques minimales d'organisation et de fonctionnement [n'étaient] pas respectées* », soit lorsqu'étaient constatées « *des infractions aux lois et règlements susceptibles d'entraîner la mise en cause de la responsabilité civile de l'établissement ou du service ou la responsabilité pénale de ses dirigeants* ».

⁴⁵⁸ NAITALI P., « Les pouvoirs du directeur général de l'ARS en matière médico-sociale », *RDSS*, mai-juin 2016, p. 415.

⁴⁵⁹ Art. L. 313-15 alinéa 2 CASF.

cessation d'activité entre le PCD et le DGARS dans le cas d'un constat de défaut d'autorisation relatif à un ESSMS. L'article L. 313-15 CASF renvoie en effet au III de l'article L. 313-16 CASF qui dispose que « *Lorsque l'établissement, le service ou le lieu d'accueil relève d'une autorisation conjointe, les décisions prévues au I sont prises conjointement par les autorités compétentes. En cas de désaccord entre ces autorités, lesdites décisions peuvent être prises par le représentant de l'État dans le département* ». Sur le même fondement juridique, le préfet est également compétent pour trancher les désaccords concernant un défaut d'autorisation conjointe entre lui-même et le PCD.

Un raisonnement identique peut être adopté pour l'article L. 313-16 CASF relatif au contrôle de sécurité des personnes depuis la publication de l'ordonnance précitée de 2018. Lorsque l'établissement ou le service relève d'une autorisation conjointe, la décision de suspension ou de cessation d'activité prévue au I de cet article est prise conjointement par les deux autorités en cas d'autorisation conjointe⁴⁶⁰. Si le PCD et le DGARS se trouvent en désaccord sur ces décisions administratives qui peuvent relever de l'urgence, alors le préfet de département peut user de son pouvoir d'arbitrage et décider à leur place⁴⁶¹.

Notons au passage que le désaccord entre le préfet et le DGARS sur une autorisation conjointe n'était pas cité avant 2018. L'ordonnance de janvier 2018 laisse place à cette éventualité à l'article L. 313-16 III CASF, puisque le texte ne cite plus explicitement les autorités substituées comme c'était le cas auparavant, ce qui laisse à penser que le préfet aura le dernier mot.

En conclusion, il apparaît que les difficultés que les ex DDASS et les DRASS avaient connues sur le champ sanitaire avec la double subordination entre préfet et directeur d'ARH, soient maintenant reportées sur le champ de l'inspection des établissements médico-sociaux avec des compétences croisées et des mises à dispositions d'agents entre autorités de contrôle. Dans ce secteur, le préfet de département conserve des pouvoirs d'intervention en contrôle théoriquement importants. Une compétence générale de contrôle direct et concurrente sur l'ensemble de ceux-ci mais difficile à mettre en œuvre en pratique (L. 313-13 VI CASF) ; un pouvoir de substitution en cas de carence du PCD en matière de protection des personnes (L. 313-16 II CASF); et enfin un pouvoir d'arbitrage en cas de désaccord entre les deux autres

⁴⁶⁰ Par exemple pour les EHPAD (établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes), les ESAT (établissements et services d'aide par le travail) ou les MAS (maisons d'accueils spécialisées).

⁴⁶¹ Art. L. 313-16 III CASF.

autorités administratives de contrôle en matière de suites à donner en cas de défaut d'autorisation (L. 313-15 CASF).

En conséquence, les différentes autorités de contrôle territoriales doivent faire preuve d'écoute réciproque et d'anticipation afin de pouvoir mener chacune leurs actions de contrôle dans le sens de l'intérêt général, en se tenant mutuellement informées et en facilitant les mises à disposition d'agents des ARS vers les services déconcentrés dans le cadre des protocoles départementaux prévus par le décret du 31 mars 2010⁴⁶².

Les contrôles liés à la police administrative que nous venons de passer en revue sont complexes et enchevêtrés. Toutefois, cette typologie ne serait pas complète si nous n'abordions pas les contrôles liés à la gestion budgétaire, financière et à la tarification.

Sect. 2 - Les contrôles liés à la gestion budgétaire, financière et à la tarification

Les contrôles financiers liés au budget, à la tarification ou à la gestion dans les établissements et services sont exécutés régulièrement, car les établissements et services du champ étudié doivent l'essentiel de leurs recettes au budget de l'État et de l'assurance-maladie. Toutefois, des différences marquées apparaissent parmi ces contrôles, entre ceux qui concernent les établissements et services de santé (§1), et ceux qui concernent les établissements sociaux et médico-sociaux (§2).

§1 Les contrôles liés à la gestion budgétaire, financière et à la tarification dans le champ des établissements et services de santé

115. Les établissements et services de santé ont longtemps connu un contrôle qui relevait de la tutelle sur leur budget par l'autorité de tarification. Aujourd'hui, les contrôles se sont diversifiés et portent aussi bien sur le budget, la tenue comptable et la gestion financière (A), que sur les prestations médicales dans le cadre de la normalisation des actes de soins,

⁴⁶² Décret n° 2010-338 du 31 mars 2010 relatif aux relations entre les représentants de l'Etat dans le département, dans la zone de défense et dans la région et l'agence régionale de santé pour l'application des articles L. 1435-1, L. 1435-2 et L. 1435-7 du code de la santé publique.

notamment avec les contrôles de pertinence des soins qui visent à mettre en adéquation les besoins du patient aux recommandations de bonnes pratiques de la HAS (B).

A/ Un contrôle budgétaire et comptable renforcé sur les établissements de santé

Le contrôle budgétaire et comptable sur les établissements de santé publics et privés est devenu primordial afin de concilier gestion optimale des établissements et meilleure maîtrise des dépenses de santé. Ce contrôle allie des méthodes classiques de contrôle de tutelle à des méthodes plus modernes de certification de comptes et d'un contrôle de gestion qui peut aller jusqu'à une mesure de la performance financière de l'établissement. Nous aborderons le contrôle budgétaire et comptable qu'opèrent les autorités de tarification et le CAC (1), avant d'évoquer le rôle des juridictions financières en matière de contrôle financier sur les ES (2).

1/ Le contrôle budgétaire et comptable par les autorités de tarification et le CAC

116. Les contrôles budgétaires et comptables sont majoritairement réalisés sur pièces et ne nécessitent que très rarement une visite sur site. Force est de constater que l'encadrement des EPS en termes de contrôles budgétaires et comptables est bien plus contraignant que celui qui pèse sur les ESP. En effet, les EPS font l'objet d'un double contrôle : Un contrôle de la procédure budgétaire par l'autorité de tarification, et un contrôle de la comptabilité publique par le comptable public et le CAC.

117. Le contrôle budgétaire, que certains nomment encore « contrôle de tutelle »⁴⁶³, bien qu'il se réalise désormais surtout a posteriori, est exercé par le DGARS dans les établissements de santé publics. Son contentieux relève du tribunal interrégional de la tarification sanitaire et sociale, contrairement à d'autres actes relevant du conseil de surveillance ou du directeur d'un EPS qui sont soumis au contrôle du juge administratif⁴⁶⁴. Le contrôle budgétaire exercé par le DGARS porte sur l'EPRD et le plan global de financement pluriannuel (PGFP) qui relèvent

⁴⁶³ LAMI A, VIOUJAS V., « Droit hospitalier », Edition Bruylant, 2018, p. 138.

⁴⁶⁴ En application de l'article L. 6143-4 1° CSP, le directeur général d'ARS exerce un contrôle a priori sur les délibérations les plus importantes du conseil de surveillance énumérées aux 2°, 5°, 7° et 8° de l'article L. 6143-1 CSP (convention constitutive des CHU, rapport annuel d'activité de l'établissement, statuts des fondations hospitalières...). Il exerce un contrôle de légalité a posteriori sur les délibérations les moins importantes dites de « gestion courante » en application de l'article L. 6143-1 3° CSP (compte financier et affectation des résultats) et peut déférer au tribunal administratif ses délibérations dans un délai de deux mois.

d'une décision du directeur de l'établissement public⁴⁶⁵. Ils sont réputés approuvés tacitement si le DGARS ne se prononce pas dans un délai de 30 jours à compter de leur transmission en application de l'article L. 6143-4 2° CSP. Si l'EPRD n'est pas approuvé par le DGARS, le directeur de l'établissement doit proposer un nouveau projet tenant compte des motifs du rejet. A défaut, le DGARS arrête l'EPRD⁴⁶⁶.

A côté de ce contrôle régulier de l'EPRD par le DGARS, existe un contrôle beaucoup plus sporadique, mis en place par l'ordonnance n° 2005-406 du 2 mai 2005 modifiée et son décret n° 2005-1474 du 30 novembre 2005 pour faire face à des EPS « en difficulté ». L'article R. 6145-39 CSP prévoit que « *sous réserve de l'exercice de ses pouvoirs généraux de contrôle, le directeur général de l'ARS peut, à son initiative ou à la demande du conseil de surveillance ou du directeur de l'établissement, soumettre le fonctionnement et la gestion d'un établissement public de santé en difficulté à l'examen d'une mission d'enquête* ». A l'issue de cette dernière, le DGARS « *communique les conclusions de la mission au président du conseil de surveillance, au directeur et au comptable de l'établissement ; il propose les mesures de nature à remédier aux difficultés de fonctionnement ou de gestion constatées* ».

Nonobstant ces contrôles relatifs aux délibérations ou aux actes budgétaires des établissements publics de santé, les difficultés financières que connaissent les hôpitaux depuis 2006 et qui ont eu des répercussions sur leur déficit n'ont pas été suffisamment enrayerées⁴⁶⁷. C'est pourquoi la loi HPST du 21 juillet 2009 a autorisé le DGARS à leur imposer des plans de redressement⁴⁶⁸. Cette mesure de contrainte s'est doublée de la possibilité pour le DGARS de déclencher une procédure de mise sous administration provisoire prévue à l'article L. 6143-3-1 CSP lorsque l'hôpital ne présente pas de plan de redressement dans les délais impartis, ou que celui-ci ne permet pas de redresser la situation ou que l'hôpital ne l'exécute pas⁴⁶⁹. Nous avons déjà évoqué cette mesure administrative dans le cadre des contrôles liés au respect des textes législatifs et réglementaires relatifs à la sécurité et à la qualité des prises en charge. En effet, cet article

⁴⁶⁵ Art. L. 6143-7 CSP.

⁴⁶⁶ Cependant, le DGARS peut intervenir, soit par substitution du directeur lorsque ce dernier n'arrête pas l'EPRD dans les délais réglementaires en application de l'article L. 6145-1 CSP, soit par approbation expresse en application de l'article L. 6143-3 2° CSP, lorsque l'établissement de santé public connaît des difficultés financières et est soumis à un plan de redressement prévu à l'article L. 6143-3 CSP.

⁴⁶⁷ Le directeur général d'ARS depuis un décret de 2011 réalise un contrôle dans le cadre du recours à l'emprunt des établissements publics de santé qui ont été affectés par les dettes, notamment dues aux emprunts toxiques. L'ARS doit ainsi donner son autorisation préalable à l'emprunt en application des conditions prévues à l'article D. 6145-70 CSP.

⁴⁶⁸ Art. L. 6143-3 CSP.

⁴⁶⁹ En application de l'article L. 6143-3 CSP, le directeur général de l'ARS peut solliciter l'avis de la chambre régionale des comptes.

prévoit une autre hypothèse à l'administration provisoire qui est celle du « manquement grave portant atteinte à la sécurité des patients ». Il nous faudra examiner dans notre étude si ces deux hypothèses confèrent aux agents contrôleurs les mêmes droits en contrôle, et si les suites données à l'administration provisoire diffèrent selon que les causes en sont financières ou sécuritaires⁴⁷⁰.

118. Le contrôle budgétaire exercé par l'autorité de tarification sur les EPS se double également d'un contrôle sur la comptabilité de ces établissements. Il s'agit d'abord d'un contrôle interne par le comptable public de l'établissement en application de l'article L. 6145-8 CSP, comptable qui engage sa responsabilité sur ses propres deniers. Il s'agit ensuite d'un contrôle externe par un CAC mis en place de manière obligatoire, à l'instar des établissements de santé privés, par la loi HPST afin de procéder, à la certification des comptes de certains établissements publics qui dépassent le seuil de cent millions d'euros de total des produits du compte de résultat principal pendant trois exercices consécutifs⁴⁷¹.

Du côté des ESP et du fait de leur autonomie budgétaire, le contrôle financier est beaucoup plus léger. Comme les établissements publics, ils sont soumis depuis plus longtemps que les établissements publics à la certification de leurs comptes par un CAC⁴⁷². Les comptes certifiés ainsi que toutes les pièces comptables sont transmis par le commissaire aux comptes à l'autorité de tarification pour le besoin de son contrôle et le rapport de certification des comptes est transmis à la CDC en application des articles L. 132-4 et L. 141-12 CJF.

Il ne faut pas trop vite conclure que les ESP sont « hors contrôle financier » de l'ARS. Le Conseil d'État dans un arrêt de 2007 a reconnu la possibilité pour un directeur d'ARH de désigner un administrateur provisoire au titre de l'article L. 6161-3-1 CSP dans un établissement de santé privé associatif qui connaissait des difficultés financières⁴⁷³. La motivation porte sur le fait que *« la restriction apportée à l'autonomie des organismes gestionnaires d'établissements de santé, notamment à ceux qui sont constitués sous la forme d'associations, par la possibilité de nommer un administrateur provisoire en cas de difficulté financière prolongée, est justifiée par le souci d'éviter que des irrégularités graves ou la*

⁴⁷⁰ Une première réponse se trouve à l'article L. 6131-1 CSP qui permet au DGARS d'agir sur le volet de la coopération au sein du système de santé en afin de « garantir la qualité et la sécurité des soins » et « lorsque la procédure décrite à l'article L. 6143-3-1 n'a pas permis d'amélioration financière d'un établissement ».

⁴⁷¹ Art. D. 6145-61-7 CSP.

⁴⁷² Art. L. 6161-1 à L. 6163-10 CSP.

⁴⁷³ CE, 12 fév. 2007, *Crédit coopératif et FEHAP*, n° 286692, Rec T. 1089.

persistance de difficultés financières ne mettent en péril la continuité des soins dispensés aux assurés sociaux ».

A côté du contrôle budgétaire s'est développé le contrôle financier par les juridictions financières qui, comme nous allons le voir, participe indirectement du renforcement du contrôle relatif à la qualité et à la sécurité des prises en charges.

2/ Le contrôle financier par les juridictions financières

119. Les CRC mises en place par la loi de décentralisation de 1982 ont pris une place prépondérante en matière de contrôle financier sur les ES. Ces juridictions financières ont une triple fonction de contrôle : un contrôle juridictionnel sur le comptable public, un contrôle administratif sur les actes budgétaires et un contrôle plus large et très innovant sur la gestion des établissements de santé.

Dans sa fonction juridictionnelle, la chambre régionale des comptes juge tous les quatre ans en moyenne la régularité des comptes du comptable public des établissements de santé publics de son ressort et prononce des jugements sur les comptes du comptable public de l'EPS⁴⁷⁴. Elle donne décharge sur la gestion annuelle et quitus quand le comptable quitte l'EPS. Elle peut mettre en jeu la responsabilité personnelle et pécuniaire du comptable public ou déclarer comptables de fait certaines personnes qui se seraient immiscer dans les comptes publics

A côté de cette fonction juridictionnelle, les chambres régionales des comptes ont une fonction administrative sur deux volets.

Le premier volet est celui du contrôle des budgets hospitaliers. La CRC est censée assurer le contrôle des actes budgétaires des établissements publics de santé mais ce contrôle, qui n'était pas prévu pour les hôpitaux lors de la publication de la loi du 2 mars 1982, reste marginal⁴⁷⁵. Cependant, depuis 2009, en application de l'article L. 6143-3-1 CSP, elle peut être saisie par le DGARS pour donner un avis sur la situation financière et le cas échéant sur les mesures de redressement lorsqu'un EPS est susceptible d'être mis sous administration provisoire⁴⁷⁶. Le second volet concerne l'exercice par les CRC, sur délégation de la CDC, d'un contrôle de gestion sur les EPS. En application de l'article L. 211-3 CJF, le contrôle des comptes et de la gestion porte « *sur la régularité des actes de gestion, sur l'économie des moyens mis en œuvre*

⁴⁷⁴ Art. L. 211-1 CJF.

⁴⁷⁵ BERTUCCI J.-Y., DOYELLE A., « Le contrôle sur les établissements publics de santé », *AJDA*, 1997, p. 444.

⁴⁷⁶ Art. L. 6143-3-1 CSP, Art. R. 6143-41 CSP, Art. L. 232-5 CJF.

et sur l'évaluation des résultats atteints par rapport aux objectifs fixés par l'assemblée délibérante ou par l'organe délibérant. L'opportunité de ces objectifs ne peut pas faire l'objet d'observations ».

Si la CRC ne se prononce pas sur l'opportunité des objectifs et des choix politiques relatifs à la gestion de l'EPS, elle s'intéresse en revanche à la fiabilité des comptes et à l'équilibre financier des opérations et de la gestion. Ce contrôle des comptes et de la gestion donne lieu à un rapport ou une lettre d'observations envoyée en procédure contradictoire à l'ordonnateur, assorti de recommandations dont la mise en œuvre fait l'objet d'un suivi. En moyenne, les hôpitaux les plus importants sont contrôlés tous les six à sept ans à ce titre. Ces rapports d'observations peuvent aussi être publiés sur le site internet de la CDC pour les plus emblématiques d'entre eux, jouent ainsi un rôle pédagogique auprès des établissements du secteur.

120. Les juridictions financières, indépendantes des autorités sanitaires et expertes dans l'analyse de la gestion budgétaire et financière, ont rapidement vu le périmètre de ce contrôle de gestion s'élargir. L'article 109 de la loi de santé de 2016⁴⁷⁷ a étendu les pouvoirs de contrôle des juridictions financières aux établissements et services de droit privé. La CDC⁴⁷⁸ et les CRC⁴⁷⁹ peuvent désormais exercer leur contrôle de gestion sur les personnes morales de droit privé à caractère sanitaire, social ou médico-social mentionnées à l'article L. 312-1 CASF et à l'article L. 6111-1 CSP. Pour Michèle DELAUNAY, alors ministre déléguée chargée des personnes âgées et de la dépendance et qui a porté cet amendement⁴⁸⁰, « *ces établissements représentent une part significative de l'offre de soins et d'hébergement et reçoivent, à ce titre, d'importants financements publics, principalement de la Sécurité sociale (plus de 47 milliards d'Euros). Le contrôle permettra aussi une évaluation comparative des coûts et des modes de gestion et des pratiques des établissements financés par l'assurance maladie, qu'ils soient publics ou privés* ».

⁴⁷⁷ Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, JO du 27 janvier 2016.

⁴⁷⁸ Art. L. 111-7 CJP pour les personnes morales de droit privé à caractère sanitaire, social ou médico-social mentionnées à l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles et à l'article L. 6111-1 du code de la santé publique (ES privés d'intérêt collectif et privés) et financées par l'Etat, ses établissements publics ou l'un des organismes mentionnés à l'article L. 134-1 du présent code (assurance maladie notamment).

⁴⁷⁹ Art. L. 211-7 CJP pour les personnes morales de droit privé à caractère sanitaire, social ou médico-social mentionnées à l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles et à l'article L. 6111-1 du code de la santé publique (ES privés d'intérêt collectif et privés) et financées par une collectivité territoriale, un établissement public ou un groupement d'intérêt public relevant lui-même de la compétence de la chambre régionale des comptes ou par l'un des organismes mentionnés à l'article L. 134-1 du présent code (assurance maladie notamment).

⁴⁸⁰ Discours à l'assemblée nationale le 10 avril 2015.

Le Conseil constitutionnel dans sa décision du 21 janvier 2016 est allé dans le même sens en retenant que « *la nécessité pour l'État de contrôler l'emploi des ressources que ces personnes morales de droit privé perçoivent est de nature à justifier l'instauration d'un régime spécifique de contrôle* »⁴⁸¹. Mais les sages émettent une réserve à l'adresse du pouvoir réglementaire en précisant « *qu'il appartiendra toutefois au pouvoir réglementaire de veiller, en fixant les modalités de mise en œuvre de ces contrôles, au respect des principes constitutionnels de la liberté d'entreprendre ou de la liberté d'association des personnes morales de droit privé concernées* ».

Comme le fait remarquer Vincent VIOUJAS, l'autonomie dont bénéficient les établissements privés demeure supérieure à celle dont disposent les établissements publics⁴⁸². Toutefois, ce renforcement des contrôles par les juridictions financières sur les personnes morales de droit privé va, selon nous, contribuer au renforcement du contrôle par le ministère et les ARS, comme l'a souligné la CDC dans son référé de 2019 adressé à la ministre de la santé sur les contrôles des cliniques privées⁴⁸³. La Cour des comptes y relève une « *régulation trop distante par la DGOS et les ARS* », notamment par défaut de transmission par les cliniques privées de leurs comptes aux ARS⁴⁸⁴, et qui se limite au suivi par ces dernières des autorisations d'activités et d'équipement lourds. La CDC remarque en revanche dans son référé que les ARS « *ne suivent pas en général la mise en œuvre des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens, ni celles des reconnaissances contractuelles et des conditions techniques de fonctionnements une fois les autorisations accordées* » et cite pour exemple la fermeture de plateaux non conformes à la sécurité et à la qualité des pratiques (notamment en lien avec les recommandations issues de la certification par la HAS). Nous le constatons, le contrôle financier constitue bel est bien un instrument à part entière de mesure de la « performance » des établissements qui dépasse la simple gestion budgétaire pour aller sur la qualité des prises en charge⁴⁸⁵.

Aussi, au-delà du « mélange des genres » apparent souligné par Didier TRUCHET⁴⁸⁶ qui résulterait de l'introduction du comptable public dans le privé et du comptable privé dans le public, nous pensons que ces deux mouvements procèdent de la même intention. Celle de rendre

⁴⁸¹ Cons. Const., 21 janv. 2016, *Loi de modernisation de notre système de santé*, n° 2016-727 DC.

⁴⁸² VIOUJAS V., « Le renforcement du contrôle sur les établissements de santé », in les cahiers de la fonction publique hospitalière, n° 39, septembre 2016.

⁴⁸³ Référé de la Cour des Comptes n° S2019-0885 du 26 mars 2019 relatif aux « Constats issus des premiers contrôles des cliniques privées » (publié).

⁴⁸⁴ Art. L. 6113-8 et L. 6161-3 CSP.

⁴⁸⁵ ADVIELLE F., VAN HERZELE P., « Le contrôle de performance des établissements publics de santé par les chambres régionales des comptes », *AJDA* 2018, *op. cit.*, p. 2013.

⁴⁸⁶ TRUCHET D., *Droit de la santé publique*, mémento Dalloz. 9e éd., 2017 p. 215

efficace le contrôle financier de la dépense publique dans le secteur public comme pour le secteur privé, lorsque que cette dépense provient des prélèvements obligatoires.

Le contrôle financier par l'autorité de tarification, les comptables et maintenant les juridictions financières, ne porte pas sur la justification des actes médicaux et leur prise en charge par l'assurance maladie. Ce contrôle de l'activité médicale est spécifique au service du contrôle médical de la sécurité sociale et dorénavant, les ARS y contribuent pleinement.

B/ De l'activité médicale à la pertinence des soins : le renouveau du contrôle relatif à l'activité médicale ?

Le contrôle de l'activité médicale dévolu à la sécurité sociale recouvre une large gamme de contrôles allant de l'utilité de l'acte et la tarification de l'activité des ES (1) au contrôle émergent de pertinence des soins (2).

1/ Le contrôle de l'activité médicale : de l'utilité de l'acte à la tarification à l'activité

121. En tant que service national depuis 1967, le contrôle médical a vu ses compétences élargies avec l'ordonnance du 24 avril 1996 relative à la maîtrise médicalisée des dépenses de soins qui en fixe une définition à l'article L. 315-1 I et II CSS: « *le contrôle médical porte sur tous les éléments d'ordre médical qui commandent l'attribution et le service de l'ensemble des prestations de l'assurance maladie, maternité et invalidité ainsi que des prestations prises en charge en application des articles L. 251-2 et L. 254-1 du code de l'action sociale et des familles* ». Nous l'avons déjà abordé en citant les différents acteurs de contrôle mais il est nécessaire de revenir sur le sujet plus en détails.

Les deux formes de contrôle médical les plus connues sont, d'une part, celle qui porte sur les assurés sociaux afin de rechercher des abus en matière de soins, de prescriptions d'arrêts de travail qui se traduisent par des prestations disproportionnées ou inutiles⁴⁸⁷ et, d'autre part, celle qui porte sur l'analyse, sur le plan médical, de l'activité des professionnels de santé libéraux

⁴⁸⁷ Art. L. 315-1 II CSS.

qui dispensent des soins aux bénéficiaires de l'assurance maladie, notamment au regard des conventions signées avec cette dernière⁴⁸⁸.

Une troisième forme de contrôle médical se concentre sur l'activité médicale des ES et retient notre attention dans le cadre de cette étude. Au titre de l'article L. 315-1 III CSS : « *il (le contrôle médical) procède à l'analyse, sur le plan médical, de l'activité des établissements de santé* ». Le contrôle médical en établissement de santé se compose de trois variantes qui toutes tendent à une meilleure gestion du risque face au défi majeur que constitue la maîtrise des dépenses de santé.

En premier lieu, il consiste en l'analyse sur le plan médical, de l'activité des ES mentionnés aux articles L. 162-29 CSS et L. 162-29-1 CSS (ES publics et privés). Il utilise la méthode des coupes transversales ou longitudinales sur les services de soins afin de mettre en évidence d'éventuelles inadéquations de séjours ou des volumes de prescriptions atypiques. Le contrôle médical a été étendu également aux prises en charges des soins dans les établissements médico-sociaux au titre de l'article R. 166-1 CSS⁴⁸⁹ et utilise la coupe « Pathos » pour calculer les niveaux de soins des résidents⁴⁹⁰.

En deuxième lieu, le contrôle médical se fonde sur le respect des références opposables : l'article L. 162-12-15 CSS précise que les établissements qui accueillent des bénéficiaires de prestations sociales doivent respecter les références médicales opposables de la HAS et de l'ANSM, afin de concourir à la maîtrise des dépenses médicales. Comme l'a fait remarquer Marie-Laure MOQUET-ANGER⁴⁹¹, cette activité se rapproche de celle exercée par les experts visiteurs de la HAS au titre de l'accréditation des professionnels de santé et de la certification des établissements de santé. Toutefois, le professeur MOQUET-ANGER relève des différences quant à l'objet de ces contrôles (justification de la prise en charge sociale pour l'un, démarche de la qualité pour l'autre), quant à leur finalité (financement de la prestation d'une part, accréditation et certification d'autre part), et quant aux fondements juridiques de ces missions (législation sociale pour les unes, législation sanitaire pour les autres).

⁴⁸⁸ Art. L. 315-1 IV CSS. A ce titre, les praticiens conseils contrôlent le respect de règles d'établissement des ordonnances et des prescriptions de médicaments définis à l'article L. 162-4 CSS.

⁴⁸⁹ Art. R. 166-1 CSS : « *Pour effectuer les contrôles prévus respectivement par les articles L. 162-29, L. 162-29-1 et L. 162-30, les praticiens conseils mentionnés à l'article R. 166-8 ont librement accès à tout établissement, service ou institution sanitaire ou médico-sociale recevant des bénéficiaires de l'assurance maladie* ».

⁴⁹⁰ Le Pathos moyen pondéré (PMP) est une évaluation des moyens nécessaire à la réalisation des soins.

⁴⁹¹ MOQUET-ANGER M.-L., « Les compétences de contrôle du service du contrôle médical », *Revue fondamentale des questions hospitalières*, n°9, 2004, p. 64.

Au-delà de la gestion du risque qui reste modeste s'agissant des établissements de santé dont elle est le financeur principal⁴⁹², l'assurance maladie a vu son champ de contrôle élargi depuis 2004 à une troisième variante du contrôle médical en établissement. Il s'agit du contrôle de la facturation des actes et des séjours dans les établissements de santé publics et privés (ex OQN) en médecine, chirurgie et obstétrique⁴⁹³. La tarification à l'activité a été introduite par l'article 33 de la loi n° 2003-1199 du 18 décembre 2003 de financement de la sécurité sociale pour 2004 pour remplacer d'autres procédures de financements jugées trop inflationnistes⁴⁹⁴ dans le but *d'optimiser les pratiques médicales, en s'appuyant sur des règles de l'art formalisées et consensuelles, afin d'améliorer la qualité des soins et la maîtrise des dépenses*⁴⁹⁵. Cette tarification consiste à appliquer des tarifs spécifiques à des pathologies déterminées en fonction de *groupes homogènes de séjours* (GHS) tels que fixés dans le cadre du PMSI⁴⁹⁶.

122. La tarification à l'activité fait l'objet d'un contrôle spécifique. Le contrôle T2A est un contrôle externe de la régularité et de la sincérité de la facturation⁴⁹⁷. Il repose sur un système déclaratif et implique en contrepartie un contrôle du respect des règles de codage fixées aux articles L. 162-22-6 et L. 162-23-1 CSS. Ce contrôle n'est ni un audit de la qualité du codage, ni un contrôle de la pertinence des soins. Son objectif est de déceler des atypies ou des anomalies de codage pouvant donner lieu à des sous-facturations ou des sur-facturations au préjudice de l'assurance maladie. Une commission de programmation mixte assurance maladie et ARS élabore un programme régional de contrôle qui suit généralement des orientations fixées au niveau national⁴⁹⁸. Son exécution revient au DGARS en application de R. 162-35 CSS et ce dernier peut prononcer des sanctions financières à l'égard de l'établissement.

⁴⁹² BERGOIGNAN ESPER C., DUPONT M., *Droit Hospitalier*, Dalloz 2014, p.65.

⁴⁹³ Art. L. 162-22-6 CSS.

⁴⁹⁴ Depuis une Circulaire du 26 mars 1888, les hôpitaux assurant le service public hospitalier étaient financés sur la base d'un régime de tarification individuelle appelé « prix de journée ». Celui-ci considéré comme inflationniste à partir des années 1970 a été remplacé par la loi n° 83-25 du 19 janvier 1983 par le « budget global » pour les établissements de santé publics et privés assurant le service public hospitalier. Ce système consistait en un versement par l'assurance maladie d'une « dotation globale de fonctionnement » (anc. art. R. 714-3-26 CSP) qui se traduisait par une enveloppe budgétaire annuelle définie a priori, afin de freiner les dépenses de santé. (Alors que les établissements du secteur privés à but lucratif sous OQN conservaient un mode de tarification mixte « à l'acte » et « à la journée »). L'absence de lien entre le financement et l'activité réelle des établissements de santé et le défaut d'indicateurs d'activité ont mené à la facturation à l'activité mise en place en 2004 dans le court séjour (MCO).

⁴⁹⁵ VIOUJAS V., « L'hôpital et l'assurance maladie : les stratégies d'un aveugle pour recouvrer la vue », *RDSS* 2010, p. 677.

⁴⁹⁶ V. supra.

⁴⁹⁷ V. guide de contrôle externe T2A MCO de 2018 et Instruction n° DGOS/R1/DSS/MCGR/2014/105 du 10 avril 2014 relative aux priorités nationales des contrôles externes de la tarification à l'activité pour 2014.

⁴⁹⁸ Art. R. 162-35-1 CSS.

Dans le déroulé du contrôle T2A, les médecins contrôleurs de l'assurance maladie annoncent à l'établissement la date de leur visite de contrôle. Pour les besoins de ce contrôle, ils ont accès aux dossiers médicaux, ils produisent un rapport et l'envoient en procédure contradictoire à l'établissement⁴⁹⁹. A l'issue de la procédure contradictoire et du rapport définitif et en cas d'inobservation des règles de production des GHS, deux types de suites sont possibles. En premier lieu, la classique répétition de l'indû par les organismes d'assurance maladie en application de l'article L. 133-4 CSS dont le contentieux relève du juge judiciaire par le biais des tribunaux de contentieux de la sécurité sociale⁵⁰⁰. En second lieu peut s'ajouter une sanction financière prononcée par le DGARS en application de l'article L. 162-23-13 CSS⁵⁰¹. Cette sanction financière est modulable en fonction des sommes indûment perçues⁵⁰². Il s'agit d'une sanction administrative dont le contentieux relève du recours en annulation et non du plein contentieux, car elle est prise par l'ARS qui agit au nom de l'État et non plus en son nom propre comme c'était le cas pour les ARH⁵⁰³.

Considérée en 2005 comme une véritable révolution, la mise en place des contrôles T2A a été au départ mal perçue par les ES, car ressentie comme une recherche de fraude à leur encontre, alors que ceux-ci ne connaissaient en réalité pas bien les règles de codification et que l'absence de référentiels opposables ne permettait pas de mesurer de manière efficace la pertinence des prises en charge⁵⁰⁴. Aujourd'hui, le contrôle T2A est devenu plus mature, avec une phase d'expansion dans le secteur de la psychiatrie et des soins de suite et de réadaptation. Ce contrôle croisé avec le contrôle réalisé par l'ARS sur les actes budgétaires et le rôle des juridictions financières sur la gestion des ES, permettent au DGARS d'alimenter sa capacité d'analyse et de réaction, dans son double rôle d'autorité de tarification et d'autorité d'autorisation sur les ES publics et privés.

⁴⁹⁹ Art. R. 162-35-2 CSS.

⁵⁰⁰ PRETOT X., *Droit de la sécurité sociale*, les mémentos, Dalloz, 14^e éd. 2015, p. 108.

⁵⁰¹ Avec la procédure prévue à l'article R.162-35-4 CSS.

⁵⁰² La sanction est fixée en fonction de la gravité des manquements constatés et de leur caractère réitéré, à un montant au maximum égal au montant des recettes annuelles d'assurance maladie afférentes aux activités, prestations ou ensembles de séjours ayant fait l'objet du contrôle multiplié par le taux d'anomalies. Ce montant ne peut excéder dix fois les sommes indûment perçues par l'établissement.

⁵⁰³ CE, 16 mars 2015, *Hôpital privé de l'Estuaire*, n° 371465, RDSS, 2015, p. 517, concl. R. DECOUT-PAOLINI, RGDM, 2015, n° 56, p. 89, concl. R. DECOUT-PAOLINI et note V. VIOUJAS.

⁵⁰⁴ VIOUJAS V., « L'hôpital et l'assurance maladie : les stratégies d'un aveugle pour recouvrer la vue », *RDSS*, 2010, *op. cit.*, p. 677.

Notre recherche montre aussi qu'en matière de contrôle, les moyens peuvent justifier une fin qui est celle de la recherche de la qualité des soins dans le respect des orientations financières de l'ONDAM. Aussi, devons-nous évoquer le contrôle de la pertinence des soins.

2/ Le contrôle de la pertinence des soins : un nouveau type de contrôle ?

123. Un quatrième type de contrôle médical a vu le jour dans le cadre de la Stratégie nationale de santé 2018-2022 adoptée le 29 décembre 2017 par la ministre de la santé Agnès Buzyn⁵⁰⁵ : le contrôle de la pertinence des soins. Le « soin pertinent » est défini dans cette stratégie comme le soin « *dispensé en adéquation avec les besoins du patient, sur la base d'une analyse bénéfique / risques, et conformément aux données actuelles de la science, aux recommandations de la Haute autorité de santé, et des sociétés savantes, nationales et internationales* ». A partir de cet impératif de pertinence des soins, le législateur a décidé de subordonner le remboursement de certains produits de santé et actes médicaux en y intégrant de nouveaux motifs de contrôle.

L'article L. 162-19-1 CSS, issu de la loi de financement de la sécurité sociale de 2017⁵⁰⁶, subordonne en effet le remboursement d'un produit de santé et des prestations éventuellement associées à l'énoncé de mentions nouvelles sur l'ordonnance qui les prescrit, notamment « *au renseignement sur l'ordonnance par le professionnel de santé d'éléments relatifs aux circonstances et aux indications de la prescription lorsque ce produit et, le cas échéant, ses prestations associées présentent un intérêt particulier pour la santé publique, un impact financier pour les dépenses d'assurance maladie ou un risque de mésusage* ». Le non-respect de ces obligations peut donner lieu au constat d'un indu par le contrôle médical de l'assurance maladie. Pour Anne-Sophie GINON, la formalisation sur l'ordonnance des circonstances de recours aux produits et prestations doit permettre au service médical de mesurer le juste recours aux soins, c'est-à-dire d'évaluer le caractère approprié de la prescription produite⁵⁰⁷. Selon elle, ce nouveau contrôle constitue une voie inédite qui doit permettre la comparaison entre les prescriptions réalisées par des professionnels de santé.

Ce contrôle de la pertinence des soins ne peut pas être effectué au nom d'une ARS pour des prises en charge en établissement de santé, comme l'a rappelé le Conseil d'État dans un arrêt du 7 mars 2018, en considérant que les sanctions financières que « *l'agence régionale de santé*

⁵⁰⁵ Décret n° 2017-1866 du 29 déc. 2017 portant définition de la stratégie nationale de santé pour la période 2018-2022, JO 31 déc. 2017.

⁵⁰⁶ Loi n°2017-1836 du 30 décembre 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018 - art. 58 (V)

⁵⁰⁷ GINON A.-S., « La pertinence des soins, nouvelle valeur du système de santé ? » RDSS, 2018, p. 428.

peut prendre à l'encontre d'un établissement de santé dans le cadre de la tarification à l'activité ne peuvent pas reposer sur une appréciation de la pertinence médicale des soins »⁵⁰⁸.

Le contrôle de la pertinence des soins relève des praticiens-conseils de l'assurance maladie, seuls à même de fournir une expertise médicale sur les choix des médecins pris en concertation avec leurs patients en médecine de ville comme à l'hôpital.

Le secteur sanitaire est donc très encadré par les règles et les contrôles budgétaires et financiers, ce qui paraît logique quand on sait que les établissements de santé représentent à eux seuls près de 42% de l'ONDAM 2020 contre moins de 11% pour les établissements et services médico-sociaux⁵⁰⁹. Ces contrôles visent non seulement à l'équilibre des comptes mais aussi à la qualité des prises en charge.

Il en va de même pour le secteur des ESSMS confronté à la complexité de ce type de contrôles au regard du nombre d'autorités administratives compétentes et au manque de clarté dans la présentation juridique de ces contrôles.

§2 Les contrôles liés à la gestion budgétaire, financière et à la tarification dans le champ des établissements et services sociaux et médico-sociaux

Sur le secteur social et médico-social, les contrôles budgétaires et financiers sont beaucoup plus complexes à appréhender que sur le secteur sanitaire. Nous allons constater qu'un principe de distributivité du contrôle financier s'applique entre autorités de tarification en présence d'ESSMS gérés par des organismes de droit privé à but non lucratif (A). Pour autant, il subsiste des « missions d'enquête financière » qui font resurgir une concurrence entre DGARS et préfet de département (B).

⁵⁰⁸ CE, 7 mars 2018, *Société polyclinique Vauban*, n° 403309; *AJDA* 2018. p. 532.

⁵⁰⁹ Annexe 7 Ondam et dépenses de santé, PLFSS 2020 (82,5 Md€ pour les établissements de santé contre 21 Md€ pour le secteur médico-social).

A/ Le principe de distributivité du contrôle financier entre autorités de tarification sur les ESSMS gérés par des organismes de droit privé à but non lucratif

124. Dans le champ social et médico-social, le préfet du département, le PCD et le DGARS disposent de plusieurs pouvoirs de contrôle financier sur les ESSMS liés à leurs pouvoirs de tarification au titre de l'article R. 314-3 CASF.

Classiquement, ces autorités de tarification procèdent à un contrôle financier annuel sur les établissements et services, lors des campagnes budgétaires de fixation des tarifs et de contrôle des comptes administratifs. Elles ont accès, en application de l'article R. 314-56 CASF, à toutes les pièces qui attestent du respect de leurs obligations financières, sociales et fiscales. De même, elles peuvent demander à la personne morale qui assure la gestion d'un établissement ou service social ou médicosocial, de réaliser ou faire réaliser une étude portant notamment sur les conditions de gestion, l'intérêt d'une mise en œuvre d'actions de coopération ou de coordination avec des partenaires extérieurs notamment en termes de mutualisation de services⁵¹⁰.

Mais surtout, depuis la loi HPST de 2009, chacune de ces trois « autorités de tarification » bénéficie d'un pouvoir de contrôle financier prévu à l'article L. 313-14-1 CASF sur les établissements et services relevant de leur tarification, lorsque ceux-ci sont « *gérés par des organismes privés à but non lucratif* ». Ces pouvoirs de contrôles financiers sont « distribués à parts égales » entre eux, ce qui nous amène à parler de « distributivité » du contrôle financier sur le secteur privé à but non lucratif. En application de cet article, « *lorsque la situation financière fait apparaître un déséquilibre financier significatif et prolongé, ou lorsque sont constatés des dysfonctionnements dans la gestion financière de ces établissements et services [...] l'autorité de tarification compétente adresse à la personne morale gestionnaire une injonction de remédier au déséquilibre financier ou aux dysfonctionnements constatés et de produire un plan de redressement adapté, dans un délai qu'elle fixe* ». S'il n'est pas satisfait à cette injonction, ou en cas de refus de l'organisme gestionnaire de signer un avenant au CPOM, l'autorité de tarification peut désigner un administrateur provisoire pour une durée de six mois renouvelable une fois. En cas d'échec de l'administration provisoire, l'autorité de tarification peut saisir le commissaire aux comptes pour la mise en œuvre de la procédure l'alerte prévue à l'article L. 612-3 du Code de commerce.

⁵¹⁰ Art. R. 314-61 CASF.

Cette procédure particulière mise en place par la loi HPST⁵¹¹ a été inspirée par arrêt du Conseil d'État relatif au contrôle financier des établissements de santé privés à but non lucratif et transposé aux ESSMS privés à but non lucratifs⁵¹². Ce contrôle oblige les autorités de tarification à être vigilantes sur les financements versés aux associations gestionnaires d'établissements et constitue un indéniable levier d'action supplémentaire dans l'objectif des CPOM devenus obligatoires.

Cependant, la mission de contrôle de l'article L. 313-14-1 CASF peut rentrer en conflit avec les missions d'enquêtes financières.

B/ La concurrence entre DGARS et préfet de département sur les « missions d'enquête financière »

Le DGARS (1) et le préfet de département (2) conservent leurs propres pouvoirs d'enquête financière qui peuvent les mettre en situation de concurrence.

1/ La mission d'enquête financière dévolue au DGARS

125. Le contrôle sur les établissements et services sociaux et médico-sociaux a été complété à l'occasion d'un décret d'application de la loi HPST en 2011⁵¹³ par un autre type de contrôle. Il s'agit des « missions d'enquêtes » prévues à l'article R. 313-34 CASF diligentées par le seul DGARS et dont le périmètre d'application est plus large que le secteur privé à but non lucratif, car elles intéressent tout type d'établissement ou service médico-social, public ou privé, relevant, soit de la compétence d'autorisation exclusive du DGARS, soit de la compétence d'autorisation conjointe du DGARS et du PCD. Le DGARS a les pleins pouvoirs pour fixer la composition de la mission et a seulement pour obligation d'en avertir le conseil départemental lorsque ce dernier est concerné.

Très mal rédigé dans sa première version de 2011, l'article R. 313-34 CASF pouvait faire douter de la nature juridique de cette mission d'enquête qui portait largement sur des « difficultés de

⁵¹¹ Art. 124-I-27° de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009.

⁵¹² CE, 12 fév. 2007, *Crédit coopératif et FEHAP*, n° 286692, n° 286700, *Rec. T. 1089*.

⁵¹³ Décret n° 2011-70 du 19 janvier 2011 fixant les conditions de désignation des inspecteurs et contrôleurs des agences régionales de santé et relatif au contrôle des établissements et services médico-sociaux et de certains lieux de vie et d'accueil (art. 2).

fonctionnement » et était mise en œuvre par des inspecteurs et médecins inspecteurs « assermentés » pour recueillir « *les témoignages relatifs aux actes et traitements mettant en cause la santé ou l'intégrité physique des personnes ne peuvent être recueillis que par des médecins inspecteurs de santé publique* ». Heureusement, un décret du 17 décembre 2019 pris en application de l'ordonnance n° 2018-22 du 17 janvier 2018 est venu toiletter cet article pour lui conférer une nature d'enquête financière⁵¹⁴.

Cette enquête financière peut permettre au DGARS de proposer des « mesures de nature à remédier aux difficultés de fonctionnement constatées »⁵¹⁵. Cette formule très large devrait permettre à l'ARS de combiner son action avec celle de la mission de contrôle financier prise en application de l'article L. 313-14-1 CASF précité qui, elle, permet d'aboutir à une injonction et une administration provisoire par l'autorité de tarification. En effet, même si l'enquête financière de l'article R. 313-34 CASF s'applique largement aux établissements et services publics et privés, c'est bien dans le domaine privé à but non lucratif que les établissements médico-sociaux sont les plus nombreux, entraînant préférentiellement le déclenchement d'une mission de contrôle financier sur le fondement de l'article L. 313-14-1 CASF.

Aucune jurisprudence administrative n'a pour l'heure porté sur cette mission d'enquête financière de l'article R. 313-34 CASF, peut-être parce-que cette opération matérielle n'est pas utilisée par les ARS. Toutefois, malgré les corrections apportées par le décret du 17 décembre 2019 précité, on peut quand même émettre un doute sur la nature financière de ce type de contrôle. Dans le Livre III du CASF, cette enquête figure au chapitre III relatif aux droits et obligations des établissements sociaux et médico-sociaux et non au chapitre IV relatif aux dispositions financières, ce qui est confirmé par l'utilisation de la référence à « l'autorité d'autorisation » et non à « l'autorité de tarification ». Nous pouvons avancer une hypothèse d'explication. Le décret du 19 janvier 2011 pris en application de la loi HPST qui instaure les ARS a souhaité mettre en place de manière malhabile au profit du DGARS un contrepouvoir à un autre type d'enquête qui relève du préfet de département et qu'il nous faut ici aborder.

⁵¹⁴ Décret n° 2019-1382 du 17 décembre 2019 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2018-22 du 17 janvier 2018 relative au contrôle de la mise en œuvre des dispositions du code de l'action sociale et des familles et de l'article L. 412-2 du code du tourisme et aux suites de ce contrôle (art 1).

⁵¹⁵ Art. R. 313-34 III CASF.

2/ La mission d'enquête financière dévolue au préfet de département

126. En matière de contrôle financier dans le champ social et médico-social, les voies de droit sont encore moins simples qu'il n'y paraît. Il se trouve en effet que le préfet de département a conservé, en matière financière, un pouvoir de contrôle qui lui a été confié en 2003 en application de l'article R. 314-62 CASF pour mener des missions d'enquêtes financières sur des ESSMS ou services publics ou privés relevant de la tarification par l'État⁵¹⁶, puis élargi en 2010 aux ESSMS relevant de la compétence tarifaire du DGARS⁵¹⁷. Cette mission d'enquête préfectorale vise à remédier aux « *difficultés financières, de fonctionnement ou de gestion budgétaire* » qu'elle constate. Le préfet peut composer la mission avec une série de services déconcentrés ou avec l'ARS en tant qu'autorité de tarification, ou du service et inviter aussi l'assurance maladie. Il peut également s'adjoindre les compétences de la Direction générale ou départementale des finances publiques en matière d'analyse financière.

Constatons tout de suite le chevauchement de cette procédure de contrôle avec celle de l'article R. 313-34 CASF précité, et notons que le CD n'a étonnamment aucun pouvoir d'enquête financière sur les établissements et services relevant de son autorisation exclusive. L'article R. 314-62 I CASF exclut en effet tacitement ce dernier des autorités de tarification compétentes pour la diligenter. Tout juste lui accorde-t-on le droit de demander au préfet de département la constitution d'une enquête financière (R. 314-62 I alinéa 2), ou d'être « *convié à participer aux travaux de la mission d'enquête, ou à s'y faire représenter* » lorsque l'établissement fait, conjointement ou séparément, l'objet d'une tarification fixée par le président du CD (R. 314-62 I alinéa 4 CASF).

De plus, à l'instar de l'article R. 313-34 CASF, l'article R. 314-62 CASF a été toiletté par le décret du 17 décembre 2019 des scories juridiques qui l'encombraient sur l'assermentation et la maltraitance, d'autant que cet article figure bien dans un chapitre relatif aux dispositions financières des établissements et services sociaux et médico-sociaux et non dans celui de la police administrative⁵¹⁸.

⁵¹⁶ Décret n°2003-1010 du 22 octobre 2003 relatif à la gestion budgétaire, comptable et financière, et aux modalités de financement et de tarification des établissements et services sociaux et médico-sociaux mentionnés au I de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles, et des établissements mentionnés au 2° de l'article L. 6111-2 du code de la santé publique.

⁵¹⁷ Décret n° 2010-344 du 31 mars 2010 tirant les conséquences, au niveau réglementaire, de l'intervention 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.

⁵¹⁸ La sous-section 1 à laquelle elle se rattache dans le code de l'action sociale et des familles porte sur les dispositions générales relatives à la comptabilité, au budget et à la tarification.

127. Ainsi, ces procédures d'enquêtes budgétaires et financières diligentées par les autorités de tarification apparaissent encore trop complexes et risquées par leurs écritures imprécises, et leurs suites administratives indéterminées. Elles soulignent également le pouvoir encore prééminent du préfet de département dans un domaine qui normalement devrait relever de l'expertise de chaque autorité de tarification. Dans ce contexte « éclaté » du contrôle financier sur le champ des ESSMS, il est probable que le rôle des juridictions financières vont prendre un rôle de premier choix. Depuis la LMSS de 2016, elles sont potentiellement associées à tout type de contrôle financier, puisqu'en application de l'article L. 211-7 CJF, leur champ de compétence en matière de contrôle des comptes et de la gestion des établissements a été élargi, comme nous l'avons vu pour les établissements de santé, aux « *personnes morales de droit privé à caractère [...] social ou médico-social mentionnées à l'article L. 312-1 CASF* ».

Ce contrôle financier n'est pas obligatoire mais facultatif pour les 40 000 ESSMS relevant de l'article L. 312-1 CASF et ce, que le financement provienne de l'État, de ses établissements publics ou l'assurance maladie. Nous pouvons donc imaginer qu'une CRC soit sollicitée par un préfet, un DGARS ou un PCD pour exercer de manière indépendante un contrôle de la gestion financière d'un EHPAD ou d'un CHRS et peut être, comme dans les ES, contribuer à la mise en place d'une administration provisoire en vue d'un redressement financier.

Cette nouvelle disposition ne doit pas faire oublier l'empilement de dispositions financières et administratives mal écrites et mal toilettées du CASF qui pourrait nuire à la mise en application du contrôle dans le champ social médico-social. Nous faisons le constat d'une concurrence entre contrôles financiers et contrôles de tarification et d'une concurrence entre autorités de contrôles financiers, en particulier le préfet et le DGARS. Là encore, il vaudrait peut-être mieux une séparation claire des pouvoirs que des pouvoirs concurrents mal ordonnancés.

Conclusion du titre 1

128. En conclusion de ce premier titre, il nous est apparu qu'il existe une multiplicité d'autorités et d'agents de contrôle qui interviennent aussi bien au niveau local que national dans le champ de cette étude. Cette diversité des acteurs est à croiser avec l'évolution du contenu de contrôles qui tendent aujourd'hui plus vers le pilotage de l'efficacité et de l'efficience au sein des établissements et services.

Ce constat de diversité nous a amené à proposer une typologie des contrôles en vigueur dans le champ étudié. Nous avons essayé de la présenter sous une forme, sans doute trop simple, avec d'un côté les contrôles liés à la police administrative et, de l'autre côté, les contrôles liés à la gestion budgétaire, financière et à la tarification. Cette typologie permet aussi de confirmer que des zones de chevauchement entre autorités de contrôles apparaissent, surtout dans le champ social et médico-social, où les autorités se partagent les pouvoirs de contrôle par le biais de leur compétence d'autorisation et de tarification, mais également parce-que le préfet de département conserve théoriquement un pouvoir de contrôle général et un pouvoir d'évocation, alors que le champ sanitaire est plus exclusif, avec d'un côté l'ARS et de l'autre les agences de sécurité sanitaires, chacune dotées de pouvoirs de polices spéciales.

Nous allons maintenant étudier, dans un second titre de cette première partie consacrée à l'étude des différents contrôles, en quoi l'inspection est un contrôle particulier lié à des pouvoirs et une finalité étendus, en nous fondant sur la jurisprudence et la doctrine.

Titre 2 - L'inspection, un contrôle particulier lié à des pouvoirs et une finalité étendus.

129. L'énumération des autorités et agents de contrôle associée à la typologie des contrôles que nous avons proposée doivent nous aider à répondre à la question récurrente que se pose les praticiens de « l'inspection-contrôle ». Existe-t-il une différence entre l'inspection et le contrôle ? dans l'affirmative, quels sont les enjeux qui en découlent en termes juridiques ? La nécessité de sécuriser juridiquement cette pratique hautement sensible qu'est le contrôle justifie que nous nous posions la question.

Notre recherche nous amène à affirmer que si l'inspection est un contrôle parmi d'autres, c'est aussi un contrôle particulier qui tend à se singulariser par deux moyens qui sont, d'une part, les larges pouvoirs attribués aux agents qui l'exercent (Chapitre 1), d'autre part, sa finalité qui est essentiellement liée à la police administrative, au titre de la sécurité des prises en charge dans les établissements et services, même si cette finalité n'est pas exclusive d'autres finalités (Chapitre 2).

Chap. 1 - L'inspection, un contrôle particulier au regard des larges pouvoirs mis en œuvre.

130. Le sens juridique qu'il convient de donner au terme « inspection » est loin de faire l'unanimité, au point que, les auteurs, mais également les praticiens, se divisent régulièrement sur le sujet ainsi que nous allons le montrer. Cette question qui peut paraître purement théorique de prime abord ne l'est pas. L'indifférenciation entre l'inspection et le contrôle ne porte pas à conséquence si nous ne les considérons que sous l'angle procédural de simples opérations matérielles. En revanche, sous l'angle de la finalité poursuivie, il est important de savoir si l'inspection est l'opération de contrôle réservée à la police administrative. Aussi, il nous faut dégager des critères de différenciation entre ces deux notions, car, de cette clarification, découlent des enjeux juridiques importants relatifs à la nature juridique et au régime juridique des décisions prises à la suite d'une inspection.

Nous allons montrer dans un premier temps que la démarche « inspection » est difficile à caractériser dans la pratique et en droit positif (Sect. 1). Dans un second temps, nous verrons que l'inspection se définit essentiellement par l'attribution de pouvoirs particuliers aux agents qui en ont la charge (Sect. 2).

Sect. 1 – Une caractérisation difficile de l'inspection dans la pratique et en droit positif.

Pour savoir ce qui différencie éventuellement l'inspection du contrôle, il y a lieu d'interroger la pratique en vigueur et les textes (§1), puis d'analyser la doctrine et la jurisprudence (§2).

§1 L'inspection, une opération de contrôle aux contours indistincts dans la pratique et dans les textes en vigueur

L'absence de définition juridique de l'inspection tend à privilégier le critère organique sur le critère finaliste. Or, si l'on souhaite discriminer l'inspection et le contrôle, l'inspection ne doit pas se définir uniquement par rapport aux inspecteurs qui en assurent l'exercice, mais être interrogée quant à sa finalité et à ses procédures.

Pour cela, nous avons cherché le sens du mot « inspection » dans la pratique professionnelle et dans les textes généraux du champ sanitaire et social (A), avant de concentrer notre recherche sur les textes spécifiques au champ étudié (B).

A/ Une définition de l'inspection centrée sur le mode opératoire dans la pratique et les textes généraux des codes.

Dans un premier, nous avons comparé la définition que donnent les praticiens à la démarche d'inspection (1), avec celle que les textes du CSP et du CASF peuvent livrer par le biais d'une recherche par requêtes (2).

1/ Une approche fonctionnelle évolutive de « l'inspection » dans la pratique professionnelle, privilégiant le critère opératoire ou le critère finaliste.

131. Face à l'absence de définition juridique de l'inspection et du contrôle, les guides successifs de bonnes pratiques d'inspection successifs du champ sanitaire et social ont tenté de donner une définition de l'inspection afin d'en uniformiser et sécuriser la pratique opérationnelle. Cette définition a évolué dans le temps, reflétant les incertitudes qu'éprouvent les agents de l'inspection et de contrôle à fixer un périmètre à cette fonction, eu égard notamment aux autres types de contrôles qu'ils sont amenés à effectuer. Ainsi, en 2001, l'IGAS dans son Guide des bonnes pratiques d'inspection-contrôle, déterminait l'inspection comme un contrôle particulier au regard des trois critères. L'organe compétent pour l'exercer était l'État, la méthode utilisée se traduisait par des « investigations approfondies sur place », la finalité était alternative et donc très large, puisque l'inspection visait « *le respect des textes ou le devoir général de protection des personnes* »⁵¹⁹. Nous noterons au passage que l'IGAS faisait déjà se recouvrir le contrôle et l'inspection en précisant que le « contrôle » pouvait viser la régularité (règles) ou l'efficacité (prestations), et s'exercer sur pièces ou sur place, renvoyant dans ce cas à la notion d'inspection.

En mai 2012, l'IGAS a procédé à une refonte de son Guide national des bonnes pratiques d'inspection, pour délivrer une nouvelle définition de l'inspection et du contrôle⁵²⁰. Le rattachement de l'inspection à l'État avait disparu de la définition, laissant présumer que l'inspection pouvait aussi être réalisée par des collectivités territoriales, même si elle continuait encore à être rattachée à un pouvoir « régalien » dans ce guide et les guides ultérieurs⁵²¹. La méthode utilisée exigeait toujours un déplacement sur site, mais l'inspection était ici présentée comme un « contrôle spécifique » recentré sur les établissements et services connaissant une

⁵¹⁹ IGAS, Guide des bonnes pratiques d'inspection et de contrôle pour les services déconcentrés des DDASS et DRASS, 2001 (non publié) : « *Il s'agit d'investigations approfondies mettant en œuvre l'autorité de l'État, en vertu des textes ou du devoir général de protection des personnes. Elle est effectuée à partir de démarches sur place (entretiens, observations, examens de dossiers et de documents, vérifications de toute nature). Elle porte, le plus souvent, sur un organisme ou un établissement qui est l'objet même de l'inspection ou au sein duquel sont conduites les investigations* ».

⁵²⁰ Le contrôle « *visé à s'assurer qu'un service, un établissement ou un organisme se trouve dans une situation conforme à l'ensemble des normes qui constituent le référentiel d'organisation et de fonctionnement qui correspond à son statut.... il peut être sur pièces ou sur place* ».

L'inspection est un « *contrôle spécifique, diligenté lorsqu'il existe des signes ou indications qu'un programme ou une activité est mal géré ou que les ressources ne sont pas utilisées de façon rationnelle. A la différence du simple contrôle, elle suppose des présomptions de dysfonctionnement et ses recommandations sont essentiellement de nature corrective. L'inspection est toujours réalisée sur site* ».

⁵²¹ La plupart des conseils généraux commencent à mettre en place dans les années 2000 des cellules d'inspection spécialisées dans le champ de l'enfance et des personnes âgées.

« mauvaise gestion » ou des « dysfonctionnements »⁵²². En revanche, la finalité juridique de l'inspection ne concernait plus le respect des textes ou le devoir général de protection des personnes. Elle avait été remplacée par un objectif davantage opérationnel d'émission de « mesures correctives » (pour ne pas dire coercitives), qui laissait entrevoir une finalité de police administrative. Cette nouvelle définition, qui retenait encore deux des trois critères initiaux, a été rendue publique dans le Guide de l'IGAS sur les établissements de santé en 2013 et celui sur les établissements et services sociaux et médico-sociaux en 2014.

En outre, un tempérament important avait été apporté dans ces deux derniers guides accessibles aux établissements sur le site internet de l'IGAS et précisant que *« pour les réseaux territoriaux, il convient d'insister sur le fait que dans la terminologie actuelle, le terme inspection est utilisé dans des situations pour lesquelles il n'y a pas nécessairement présomption de dysfonctionnements (il peut ainsi s'agir d'activités nouvelles voire d'inspection « à visée préventive » selon la formule de certaines administrations centrales) »*⁵²³. Si l'on peut comprendre sur le plan juridique qu'une inspection soit « préventive » au regard notamment du but assigné dans le cadre d'une police administrative, il nous semble qu'il y a, sur le plan de l'opérationnalité, une contradiction entre un principe qui veut que seul le dysfonctionnement ou la mauvaise gestion soit l'élément déclencheur d'une inspection, et une exception générale qui admet qu'une inspection puisse être qualifiée de « préventive » en dehors de tout dysfonctionnement⁵²⁴. Ce tempérament a brouillé un peu plus le message délivré aux services territoriaux sur la nature même de l'inspection.

132. En 2019, l'IGAS a de nouveau modifié la définition de l'inspection qui demeure un « contrôle spécifique », mais elle ne se caractérise plus que par le seul critère de la méthode utilisée : un contrôle « sur site », et par un sous-objectif : le traitement des signaux de « dysfonctionnements », sans viser explicitement le respect des textes ou la protection des personnes⁵²⁵. Les critères organique et finaliste ont a priori disparu de cette définition

⁵²² Les administrations centrales et l'IGAS évoquent la nécessité de procéder au « ciblage par l'analyse de risques », conscients que des inspections systématiques sont difficiles au regard de la baisse des effectifs.

⁵²³ Guide de contrôle des établissements de santé (public) page 8 ; Guide d'aide à la préparation d'un contrôle en établissement et service social et médico-social, p. 13 (publié).

⁵²⁴ Cette position s'explique par l'histoire des programmes d'inspection de prévention de la maltraitance à personnes vulnérables déclenchés à partir de 2001 dans les établissements médico-sociaux accueillant des enfants handicapés puis ceux hébergeant des personnes âgées.

⁵²⁵ IGAS, GBPIC 2019 : *« L'inspection est un contrôle spécifique toujours réalisé à partir de démarches sur place (ou sur site), qui associe notamment entretiens, observations, examens et recueils de copies de dossiers et de documents, vérifications de toute nature. Elle peut notamment être diligentée à partir d'un signalement formulé par un professionnel ou par un organisme, ou d'une réclamation transmise par un particulier, mais également lorsqu'il existe des présomptions de dysfonctionnements, suite à une analyse de risques. Une inspection peut être programmée ou déclenchée en urgence, elle peut être inopinée ou annoncée »*. (non publié).

fonctionnelle, ce qui semble confirmer un effacement de la notion d'inspection derrière celle plus générique de « contrôle ». La définition que retient l'IGAS de l'inspection est devenue essentiellement processuelle : un signal déclenche un déplacement sur site. En pratique, les conséquences de ces ajustements sémantiques sont importantes. L'inspection réduite à la notion de contrôle sur site, se traduit par des « *entretiens, observations, examens et recueils de copie de dossiers et de documents, vérifications de toute nature* », qui caractérisent des modalités particulières d'un contrôle.

Pour autant, certains textes d'organisation de la fonction inspection-contrôle n'ont pas abandonné les critères organique et finaliste, pour spécifier que « *le contrôle, tout comme l'inspection, consiste en investigations approfondies mettant en œuvre l'autorité publique en vertu de textes (notamment Code de la santé publique et Code de l'action sociale et des familles) et des pouvoirs particuliers du préfet en matière de protection et de sécurité des populations*⁵²⁶ ».

Aussi, face à cette indifférenciation des termes dans la pratique professionnelle qui tend plutôt à réduire l'inspection à un simple mode opératoire du contrôle, il nous faut chercher dans les textes, la doctrine et la jurisprudence, ce qui peut caractériser l'inspection au regard des autres contrôles sur le champ qui nous intéresse.

2/ Une approche textuelle de « l'inspection » dans le CSP et CASF centrée sur le critère opératoire.

133. Pour étudier la place de l'inspection dans le champ étudié, il nous a paru judicieux de faire une analyse statistique par occurrences des termes utilisés par le législateur et le pouvoir réglementaire dans les codes concernés, sans se limiter dans un premier temps aux seuls textes du champ étudié. Pour cela, nous avons utilisé la base *Légifrance* en juillet 2017 en ne ciblant que les textes « en vigueur », pour nous concentrer dans un premier temps sur quatre termes : inspection, contrôle, inspecteurs, contrôleurs.

⁵²⁶ Décret n° 2010-146 du 16 février 2010 modifiant le décret n° 2004-374 du 29 avril 2004 relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'État dans les régions et départements.

Nous avons constaté qu'en données brutes, le terme « inspection » est beaucoup moins présent que le terme « contrôle » dans le CSP et dans le CASF⁵²⁷. En revanche, le terme « inspecteur » est davantage présent que le terme « contrôleur » dans ces deux codes⁵²⁸.

Afin d'affiner cette recherche, nous avons croisé ces termes. Nous avons regardé si nous pouvions rattacher le terme « inspection » à un organe particulier (inspecteurs et/ou contrôleurs), à un processus (un déplacement sur site, l'utilisation d'une méthode particulière de prélèvement, de mesure, etc), ou à une finalité (la norme prise au sens générique de loi ou règlement, ou à un concept qui peut être plus ou moins normé, comme la qualité ou la sécurité).

Il ressort de cette recherche un certain nombre de constats.

134. Si l'on considère l'éventuel rattachement du terme « inspection » à un organe particulier, « inspecteur ou contrôleur », nous observons que ce rattachement n'est pas établi de manière certaine. Dans le CSP, l'occurrence « inspection » se rattache moins à l'organe⁵²⁹ qu'à l'activité matérielle, aux missions et aux pouvoirs accordés aux inspecteurs⁵³⁰. Ceci s'explique par le fait que dans ce code, le terme « inspection » constitue parfois à lui seul l'intitulé de sections, de chapitres, voire de titres⁵³¹. Ce constat s'inverse dans le CASF où le terme « inspection » est lié à l'organe « inspecteurs » dans huit articles sur les dix référencés⁵³², et dans deux cas seulement, il se rattache à une activité matérielle. Notons que contrairement au CSP, le CASF ne fait figurer dans aucun de ses titres, chapitres ou sections, le terme « inspection ».

⁵²⁷ 221 occurrences « inspection » pour 898 occurrences « contrôle » dans le CSP ; 10 occurrences « inspection » pour 244 occurrences « contrôle » dans le CASF.

⁵²⁸ 130 occurrences « inspecteur » pour 28 occurrences « contrôleur » dans le CSP ; 20 occurrences « inspecteur » pour 3 occurrences « contrôleur » dans le CASF.

⁵²⁹ 82 occurrences « inspection » concernent l'organe détenteur du pouvoir d'inspection, dont certaines plusieurs fois citées dans le même article, notamment inspection générale des affaires sociales, inspection de la pharmacie et inspecteurs du travail.

⁵³⁰ 222 occurrences « inspection » concernent une activité matérielle dont certaines plusieurs fois citées dans un même article.

⁵³¹ Chapitre relatifs aux services centraux et inspection (L. 1421-1 à L. 1421-7 et D. 1421-1 et R. 1426-2) ; Section relative à l'inspection des agences régionales de santé (L. 1435-7 à L. 1435-7-2 et R. 1435-10 à R. 1435-15) ; Chapitre relatif à l'inspection de la pharma dans le cadre du médicament à usage humain (L. 5127-1 à -6 et R. 5127-1 à -7) ; Chapitre relatif à l'inspection dans le cadre du médicament vétérinaire (L. 5146-1 à -5 et R. 5146-1 à -4) ; Chapitre relatif à l'inspection pour l'Agence nationale du médicament et des produits de santé (L. 5313-1 à -4 et R. 5313-1 à -8) ; Chapitre inspection de la pharmacie (médoc à usage humain) : L. 5425-1 ; Titre relatif aux inspections des laboratoires de biologie médicale (L. 6231-1 à -2 et R. 6231-1).

⁵³² Inspection générale des affaires sociales, inspection du travail, ou un des corps d'inspection figurant à l'article L. 1421-1 CSP.

Aussi, nous ne sommes pas en mesure de rattacher la fonction « inspection » à un organe particulier qui en aurait l'exclusivité. Le terme « contrôle » est celui qui est le plus souvent accolé au terme « inspecteur » (le terme « contrôleur » étant rare). Les inspecteurs peuvent réaliser des « contrôles », ou « vérifier » ou « s'assurer de la conformité » (souvent) et/ou des « inspections » (plus rarement). A titre d'illustration, les six corps d'inspecteurs statutaires de la fonction publique de l'État *« contrôlent dans le cadre de leurs compétences respectives l'application des dispositions du présent code et, sauf dispositions spéciales contraires, des autres dispositions législatives et réglementaires relatives à la santé publique »*⁵³³. Les PHISP, dans leur décret statutaire, sont *« chargés de l'exécution et du contrôle de cette politique »*⁵³⁴, comme les MISP⁵³⁵. Les agents sont « désignés » inspecteurs et contrôleurs en ARS (ICARS) *« pour remplir au même titre que les agents mentionnés à l'article L. 1421-1 les missions (de contrôle) prévues à cet article »*⁵³⁶, et les modalités de cette « désignation » figurent dans une section du CSP relative aux « inspections et contrôles »⁵³⁷. Cette différenciation textuelle entre inspection et contrôle au sein d'un même intitulé est néanmoins rare. Nous la retrouvons par exemple à propos des *« contrôles et inspections prévus dans le cadre de leurs missions mentionnées à l'article L. 1435-7 CSP »* au sein des hôpitaux des armées⁵³⁸.

135. Si nous considérons les textes généraux du CSP en matière d'inspection et de contrôle, la nature processuelle de l'inspection se confirme. En effet, pour réaliser les contrôles de conformité aux textes, les inspecteurs et contrôleurs vont procéder à des opérations matérielles qui se traduisent souvent par l'emploi du terme « inspection ». l'ABM diligente des inspections donnant lieu à un « rapport d'inspection » sur des personnes titulaires d'une autorisation en vue d'une mise en conformité aux dispositions législatives et réglementaires et possibilité d'une suspension immédiate. Dans le cadre de leurs pouvoirs d'inspection, les pharmaciens inspecteurs possèdent des pouvoirs de consignations, et mènent des « enquêtes », ils procèdent à « l'inspection » des officines et pharmacies.

De même, si les pharmaciens inspecteurs de l'Agence nationale du médicament vétérinaire (ANMV) « contrôlent l'application des textes », ils « procèdent à des inspections dans les

⁵³³ Art. L. 1421-1 CSP.

⁵³⁴ Art. R. 1421-13 CSP.

⁵³⁵ Art. R. 1421-14 CSP.

⁵³⁶ Art. L. 1435-7 CSP.

⁵³⁷ Art. R. 1435-10 à R. 1435-15 CSP.

⁵³⁸ Art. L. 1435-7-3 CSP.

locaux, lieux, installations et véhicules » aux moyens de la « lettre de mission » et du « rapport d'inspection ». Il en va de même des inspecteurs de l'ANSM qui « contrôlent l'application des lois et règlements » relatifs aux médicaments et produits de santé en réalisant des inspections « conformément aux bonnes pratiques définies par le directeur général de l'agence », « dans les locaux lieux, installations et véhicules », et utilisent les procédés de la « lettre de mission » et du « rapport d'inspection ».

136. Il ressort ainsi de l'analyse des textes codifiés, non limités aux seuls établissements et services du champ étudié, que la différenciation terminologique de l'inspection par rapport au contrôle semble trouver son origine dans le critère matériel, celui d'un processus particulier, d'une méthode particulière, ce qui confirme à ce niveau la définition actuelle de l'IGAS. Le terme « contrôle » est utilisé dans le sens de la mesure d'un écart à une norme, d'une vérification de conformité aux textes législatifs et réglementaires assurée par les inspecteurs. Le terme « contrôle » n'indique donc pas par lui-même un processus particulier pour assurer cette vérification, contrairement au terme « inspection » qui est lié à l'objet contrôlé (lieu, installation...), ou à une procédure utilisée (enquête, lettre de mission, consignation, rapport).

Nous verrons qu'en droit administratif, la doctrine évoque peu « l'inspection » qui se rattache selon elle plus à un corps de professionnels dans un champ donné⁵³⁹ qu'à un acte ou à un processus. En revanche, elle distingue, au sein de la police administrative, les actes juridiques et les actes non juridiques qui revêtent différentes terminologies. Les Pr FRIER et PETIT⁵⁴⁰ et Charles-Edouard MINET⁵⁴¹ évoquent une « opération matérielle » liée à des « procédés de police », ces opérations matérielles pouvant être, selon Didier TRUCHET, « parfois minutieusement réglementées, parfois non »⁵⁴².

Nous pouvons à ce stade de la réflexion avancer une hypothèse. Si le contrôle consiste en une vérification fondée sur des textes législatifs ou réglementaires, réalisée par des agents juridiquement compétents et poursuivant des finalités qui varient selon la volonté du législateur ou de l'autorité administrative, l'inspection en serait l'un des modes opératoires dont les conditions sont fixées par des textes spéciaux. Pour confirmer cette hypothèse, il nous faut dès

⁵³⁹ Les corps d'inspections générales ont généralement la primeur sur tous les autres corps d'inspection dans les ouvrages et chroniques de droit administratif.

⁵⁴⁰ FRIER P.-L., PETIT J., *Droit administratif*, LGDJ 14^e éd. 2020, p. 346.

⁵⁴¹ MINET C.-E., *Droit de la police administrative*, Vuibert, 2007.

⁵⁴² TRUCHET D., « Droit administratif », PUF, 8^e éd. 2019 p. 346.

lors regarder plus précisément les textes relatifs du CSP et du CASF à l'inspection et au contrôle dans le champ des établissements et services que nous étudions.

B/ Une recherche de critères de définition de l'inspection dans les textes spécifiques au champ étudié.

Si nous considérons les textes spécifiques à l'inspection et au contrôle dans les établissements et services sanitaires, sociaux et médico-sociaux, objets de notre étude, nous allons nous rendre compte que le critère processuel n'est pas l'apanage de l'inspection, et que le critère finaliste de sécurité souvent rattaché au terme « inspection » peut également être associé au terme de « contrôle ».

Nous nous attacherons en premier lieu à l'étude des textes du CSP (1), puis à ceux du CASF (2).

1/ Une différenciation peu marquée entre inspection et contrôle dans le champ étudié au titre du CSP.

137. La sixième partie du CSP consacrée aux « établissements et services de santé » présente un chapitre spécifique très court relatif au « contrôle » et composé seulement des trois articles L. 6116-1 à L. 6116-3 CSP. Ces derniers évoquent au titre de ces contrôles, *« l'exécution des lois et règlements qui se rapportent à la santé publique »*. Ces contrôles sont ici pris dans le sens d'une vérification de conformité aux textes législatifs et réglementaires et sont rattachés organiquement aux inspecteurs des articles L. 1421-1 et L. 1435-7 CSP ainsi qu'à l'IGAS⁵⁴³.

En revanche, les termes « contrôle » ou « inspection » n'apparaissent pas dans la procédure d'autorisation des établissements et services de santé⁵⁴⁴, où seul le terme *« visite de conformité »* est visé⁵⁴⁵. Et même lorsque le DGARS met en œuvre ses pouvoirs de police administrative au titre de l'article L. 6122-13 CSP lorsqu'un *« manquement aux lois et règlement pris pour la protection de la santé publique ou à la continuité des soins assurée par le personnel médical »* est imputable à la personne titulaire de l'autorisation, ou que *« la sécurité des patients ou du personnel »* est en jeu, le législateur n'utilise ni le terme « contrôle »,

⁵⁴³ Art. L. 6116-1 à L. 6116-3 CSP.

⁵⁴⁴ Art. L. 6122-1 à L. 6122-21 CSP.

⁵⁴⁵ Art. L. 6122-4 CSP.

ni celui d'« inspection », alors que les mesures prises dans ce cadre sont clairement des mesures de police administrative comme nous le verrons.

138. Aussi, à propos des établissements et services visés par le CSP, notre étude sur les textes montre trois positions différentes vis-à-vis du terme « inspection ».

D'abord, certains textes fondateurs de la démarche inspection-contrôle témoignent d'une indifférenciation des termes inspection et contrôle vis-à-vis du critère processuel (lié à un objet, un lieu, une méthode). Les missions confiées aux ARS par le législateur en 2009 sont éloquentes sur ce point. Si l'article L. 1431-2 CSP associe le terme « contrôle » au fonctionnement des établissements et services et à l'autorisation qui leur est délivrée⁵⁴⁶, le législateur utilise aussi dans ce même article les termes « contrôle » et « inspection » en tant qu'opération matérielle, lorsque la finalité est celle de protection de la santé. Ainsi, en application de l'article L. 1431-2 2° e), « *elles (les ARS) veillent ... à la qualité et à la sécurité des actes médicaux, de la dispensation et de l'utilisation des produits de santé ainsi que des prises en charge et accompagnements médico-sociaux et elles procèdent à des contrôles à cette fin* », alors qu'en application de l'article L. 1431-2 1° c), elles « *procèdent aux inspections nécessaires* » au regard du programme annuel de contrôle de respect des règles d'hygiène dont elles ont la charge.

Cette indifférenciation des termes transparait également dans d'autres articles du CSP relatifs aux ES. L'ordonnance n° 2018-20 du 17 janvier 2018 relative au service de santé des armées et à l'institution nationale des invalides prévoit dans son article 9 que les inspecteurs des ARS peuvent « *procéder à des contrôles et à des inspections au sein des formations militaires et des établissements sous la tutelle du ministère de la défense* » qui donnent lieu à des « *rapports de contrôle et d'inspection* » transmis au ministre de la défense et le cas échéant aux autres ministres intéressés⁵⁴⁷. Nous retrouvons cette indifférenciation dans le domaine de l'aide médicale à la procréation où les différents opérateurs, dont les établissements de santé, autorisés à pratiquer ce type d'activités « *font l'objet d'une inspection ou d'un contrôle* » par les agents visés à l'article L. 1421-1 CSP⁵⁴⁸. C'est également le cas de l'ABM qui doit obligatoirement procéder à la synthèse de ses « *rapports de contrôle et d'inspection* »⁵⁴⁹.

⁵⁴⁶ Art. L. 1431-2 2° b) « *Elles autorisent la création et les activités des établissements de santé et installations [...] ainsi que les établissements et services médico-sociaux [...] elles « contrôlent leur fonctionnement... »* ».

⁵⁴⁷ Art. L. 1421-3-1 CSP.

⁵⁴⁸ Art. R. 2143-33 CSP.

⁵⁴⁹ Art. R. 2143-34 CSP.

Ensuite, nous constatons que rares sont les textes qui, dans la sixième partie du CSP relative aux établissements de santé, utilisent le terme « inspection » en tant qu'opération matérielle à finalité purement sécuritaire. Seul le texte relatif aux inspections de laboratoires de biologie médicale rattache⁵⁵⁰ le terme « inspection » à la fois au processus (notamment aux droits reconnus aux inspecteurs en matière d'accès aux documents et aux locaux), et à une finalité sécuritaire. En l'espèce, à l'issue de « l'inspection » prévue à l'article L. 6231-3 CSP, le DGARS, « *en cas d'urgence tenant à la sécurité des patients ou du personnel... peut prononcer une interruption immédiate* » du fonctionnement des moyens techniques nécessaire à la réalisation de l'activité, ce que corrobore la notion de « *danger imminent* » de l'article R. 6231-1 CSP qui justifie ce type de mesures. Nous nous rendons compte dans ce cas que le lien entre inspection et sécurité n'est pas forcément exclusif. Le texte rappelle davantage, au travers de l'usage du terme « inspection », les prérogatives reconnues aux inspecteurs dans l'exercice de leurs missions de contrôle lorsqu'il emploie le terme « inspection », qu'une finalité particulière liée à la sécurité.

Enfin, dans un troisième cas, plus rare, le terme « inspection » est utilisé dans le sens de la visite de conformité. Ce cas semble à première vue éloigner l'inspection du critère finaliste de sécurité. Il concerne l'autorisation des installations de chirurgie esthétique où le DGARS peut faire « *procéder à une inspection des installations à l'occasion de l'instruction d'une demande de renouvellement d'autorisation ou à l'occasion de l'instruction de la demande de confirmation d'autorisation* »⁵⁵¹. En réalité, ce cas est, selon nous, à rattacher à la police administrative de la sécurité des installations, car cette « inspection de conformité » a lieu lors de la demande de renouvellement de l'autorisation de chirurgie esthétique pour laquelle le DGARS voit son délai de réponse à la demande de renouvellement passer de quatre à six mois afin de pouvoir diligenter une inspection des installations. Cette prorogation de délai est motivée par la nécessité de s'assurer de la sécurité des installations et l'utilisation du terme « inspection » vise pleinement dans ce cas la garantie de sécurité.

Il ressort donc du CSP que bien que l'inspection traduise une opération matérielle, elle soit le plus souvent associée à la police administrative, même si la lecture des textes n'est pas toujours claire à ce propos. Le CASF a été soumis à la même recherche.

⁵⁵⁰ CSP, Titre III « Inspections » du Livre II de la Partie VI.

⁵⁵¹ Art. R. 6322-6 CSP et R. 6322-13 CSP.

2/ La prédominance de la notion de contrôle, ou l'inspection réduite à sa dimension organique et processuelle dans le CASF.

139. Comme nous l'avons noté précédemment, aucun titre relatif à l'inspection ne figure dans le CASF, ce qui explique que le terme « contrôle » y soit majoritairement employé. Les contrôles de l'aide sociale des articles L. 133-1 à L. 133-7 CASF visent « *l'application des lois et règlements relatifs à l'aide sociale de l'Etat* », renvoyant ainsi à la notion classique de « contrôle de conformité » à un texte. Si nous concentrons notre recherche sur le livre troisième du CASF consacré aux « établissements et des services », nous constatons naturellement la prédominance du terme « contrôle ». Toutefois, au sein de ce livre troisième, le chapitre III « Droits et obligations des établissements et services sociaux et médico-sociaux » soumis à autorisation a vu l'intitulé de sa section 4 « *Contrôle* » modifié par l'ordonnance du 2018-22 du 17 janvier 2018 dans un sens plus finaliste de « *Contrôle administratif et mesures de police administrative* ». Au sein de cette section, le terme « contrôle » est employé de manière quasi-exclusive aux articles L. 313-13 à L. 313-20 CASF.

En revanche, le terme « inspection » n'y apparaît qu'une seule fois, au titre des « visites d'inspection » qui doivent être conduites par un médecin inspecteur de santé publique ou un inspecteur de l'action sanitaire et sociale pour les établissements et services relevant de l'autorisation du représentant de l'État dans le département⁵⁵². Cette assertion est paradoxale, car le préfet de département ne dispose plus de MISP dans les services de cohésion sociale. Cette disposition de 2018 est une scorie juridique qui révèle en réalité un ancien pouvoir de police administrative « réservé » à ces deux corps professionnels MISP et IASS. Ils étaient jusqu'alors les seuls à pouvoir légalement conduire⁵⁵³ des inspections de protection des personnes dans le domaine social et médico-social⁵⁵⁴.

Cette survivance, dans l'ordonnance n° 2018-22, d'un monopole de la conduite des inspections « maltraitance » au bénéfice des seuls corps de IASS et de MISP, lorsque l'inspection porte sur un établissement ou un service social relevant du pouvoir d'autorisation du préfet de département, est loin d'être anecdotique. Elle est due à l'intervention du syndicat professionnel majoritaire au sein du corps des IASS auprès du législateur, au moment de la rédaction de l'ordonnance de janvier 2018, qui a fait valoir que le rôle « régalien » de conduite d'une mission d'inspection devait naturellement leur revenir, la présence de MISP aux côtés des IASS s'avérant

⁵⁵² Art L. 313-13 II CASF précité.

⁵⁵³ Au sens de « coordonner ».

⁵⁵⁴ Art L. 313-13 alinéa 7 CASF ancien.

nécessaire à la révélation et la résolution de conduites maltraitantes notamment au sein des Centres d'hébergement et de réinsertion sociale (CHRS). Pour autant, un tel monopole de conduite d'une inspection par ces deux corps n'a pas été retenu dans le champ du contrôle des établissements et services médico-sociaux relevant de l'autorisation du DGARS⁵⁵⁵. Il faut croire que le symbole du pouvoir régalien attaché au pouvoir d'ordre public du préfet de département dans le champ social est encore très fort.

Enfin, au sein des établissements et services habilités à recevoir des bénéficiaires de l'aide sociale, agréés ou soumis à déclaration, tels que les accueils pour mineurs ou pour majeurs, les règles sont les mêmes. L'article L. 331-1 CASF, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 17 janvier 2018, renvoie aux « contrôles » prévus par la section quatre précitée. Là aussi, nous pouvons noter que cet article L. 331-1 CASF a été dépouillé de sa fonction de « surveillance » que lui conférait le législateur avant 2018 et qui nourrissait un objectif exclusivement sécuritaire. Il reste là aussi une survivance de la notion de surveillance à l'article R. 331-5 CASF de la section II intitulée « surveillance des établissements ». Mais sa portée est désormais limitée, puisque ce dernier article oblige le maire à apposer une cotation et un paraphe⁵⁵⁶ sur le registre des entrées et des sorties prévu à l'article L. 331-2 CASF mis à disposition permanente des autorités judiciaires et administratives notamment dans le cadre de leurs contrôles.

140. Ainsi, dans le CASF, le terme « inspection » est essentiellement utilisé dans un sens organique⁵⁵⁷ ou processuel⁵⁵⁸, alors que comme souligné précédemment elle est plus attachée à la finalité de police administrative dans le CSP.

En outre, la pratique et les textes reflètent une certaine porosité entre inspection et contrôle rendue encore plus complexe par l'utilisation de termes connexes comme « surveillance » ou « enquête », ce qui rend les définitions et les postures instables pour les acteurs de terrain. Nous pouvons alors poser la question de savoir si une inspection est *lato sensu*, une opération matérielle de contrôle, y compris à visée sécuritaire, ou si une inspection est, par sa nature juridique, *stricto sensu*, un contrôle uniquement à visée sécuritaire.

⁵⁵⁵ Art. L 313-13 III CASF.

⁵⁵⁶ La cotation consiste à appliquer un numéro de référence sur chaque page du registre et le paraphe consiste en l'apposition sur la première et dernière page d'un cachet, d'une signature et d'une date pour éviter la falsification par destruction, par ajout ou par remplacement.

⁵⁵⁷ Par renvoi aux inspecteurs et contrôleurs de l'article L. 1421-1 CSP.

⁵⁵⁸ Par renvoi de l'article L. 313-13-1 CASF aux articles L. 1421-2 et L. 1421-3 CSP relatifs à l'accès aux locaux et aux documents.

Pour y répondre, il convient d'examiner maintenant ce que disent la doctrine et la jurisprudence de la notion d'inspection.

§2 La recherche de critères de différenciation de l'inspection dans la doctrine et la jurisprudence

La doctrine et la jurisprudence ont dessiné par petites touches une définition « en creux » de l'inspection qui permet, d'une part, de différencier l'inspection d'autres types de contrôles par l'objet auquel elle s'applique (A), et, d'autre part, de dégager des critères procéduraux qui permettent de distinguer l'inspection d'autres types de contrôles (B).

A/ La différenciation de l'inspection par l'objet auquel elle s'applique : La distinction entre le contrôle des actes dans le cadre de la tutelle et le contrôle des activités en inspection

141. L'étude de l'objet sur lequel porte l'inspection nous aide à mieux saisir les pouvoirs que celle-ci confère aux autorités administratives, mais aussi les frictions avec d'autres types de contrôles.

L'inspection est un contrôle des activités des établissements et services du champ étudié et non un contrôle des actes émanant de ces derniers. La distinction entre actes et activités peut sembler simple de prime abord. Le contrôle des actes est un contrôle exercé par l'autorité administrative dans le cadre de la « tutelle » que l'État exerce sur un établissement public (ou une collectivité territoriale). Bien qu'elle ait été allégée depuis 1982, cette tutelle à caractère essentiellement budgétaire se traduit, comme nous l'avons vu dans le premier titre de notre recherche, soit par un contrôle a priori d'opportunité sur les actes dits « stratégiques », soit par un contrôle a posteriori de légalité sur les actes dits « de gestion courante », notamment par la voie du déferé préfectoral.

Si les effets du contrôle de tutelle sur les actes peuvent se rapprocher parfois de ceux d'une inspection, notamment en termes d'annulation et de suspension d'un acte, ils s'en écartent le plus souvent lorsque l'autorité de tutelle témoigne de son accord par la voie de l'approbation ou de l'autorisation expresse d'un acte. L'approbation et l'autorisation expresses ne font pas

partie de la procédure d'inspection, qui se concentre sur la conformité d'une activité aux normes et dont les résultats se traduisent généralement par des mesures correctives. Une autre différence avec l'inspection est que le contrôle de tutelle ne concerne que les personnes publiques et non les personnes privées, soumises à d'autres types de contrôle de la part de l'État⁵⁵⁹.

La différence la plus nette relevée par la doctrine se traduit par le fait que le contrôle de tutelle sur les actes ne se manifeste pas par un déplacement de l'autorité administrative sur le site de l'établissement, comme c'est le cas en matière d'inspection⁵⁶⁰ (sauf à considérer que la présence d'un représentant du DGARS, par exemple au conseil de surveillance de l'hôpital, constitue à lui seul un déplacement sur site, mais les modalités de ce déplacement dans le cadre d'une inspection sont encadrées par la loi). En réalité, dans le contrôle de tutelle, l'autorité de tutelle joue ce que Guillaume DE BEZIN appelait un « rôle passif » au sens où, non seulement, l'autorité ne participe pas à l'élaboration de l'acte contrôlé, mais elle se fait communiquer cette décision sans être obligée de se transporter sur site⁵⁶¹.

142. Si le contrôle de tutelle sur les actes n'est pas une opération aussi complexe qu'une inspection qui vise le fonctionnement des activités d'un établissement, il ne désigne pas non plus « *la plus faible intensité de l'acte de contrôle* » comme l'écrit Serge REGOURD à propos de la typologie des contrôles dressée par le politiste Gérard BERGERON que nous avons cité en introduction de cette étude⁵⁶². En effet, le contrôle de tutelle ne se limite pas à un simple acte d'enregistrement, car il peut, nous l'avons précisé, aller jusqu'à la suspension ou l'annulation de l'acte. Toutefois, il est des cas où le contrôle de tutelle sur les actes, et le contrôle du fonctionnement sur les activités, se rejoignent dans le champ étudié, au moins par leur rapport de successivité dans le temps et leur caractère « à charge » sur le fond. Il en va ainsi des contrôles sur le fonctionnement financier réalisés suite à des difficultés financières perçues par l'autorité administrative dans le cadre d'un contrôle de tutelle sur les actes des établissements.

Ces contrôles sur le fonctionnement financier nommés « enquêtes budgétaires »⁵⁶³ peuvent se traduire par des mesures de police administrative lorsque les carences financières sont de nature à entraîner des risques pour la santé ou la sécurité des usagers⁵⁶⁴. L'autorité administrative passe

⁵⁵⁹ REGOURD S., « *L'acte de tutelle en droit administratif français* », 1982, p. 266. (Thèse sous la direction de Marcel WALINE).

⁵⁶⁰ LAMI A., VIOUJAS V., « *Droit hospitalier* » Ed. Bruylant, 2018, p. 140 : « *Le contrôle de sécurité sanitaire, contrairement à la tutelle, se fait dans les établissements et implique une mission d'inspection* ».

⁵⁶¹ DE BEZIN G., « *Des autorisations et approbations en matière de tutelle administrative* », Thèse pour le doctorat, Faculté de droit de Toulouse, 1906.

⁵⁶² BERGERON G., « *Fonctionnement de l'État* », éd. A. Colin, 1965, p. 78.

⁵⁶³ Art. R. 6145-39 CSP, Art. R. 314-62 CASF, Art. R. 313-34 CASF.

⁵⁶⁴ Art. L. 6143-3 CSP pour les établissements publics de santé.

ainsi du contrôle de l'acte au contrôle de l'activité, ce qui n'est pas sans poser la question de la nature juridique des décisions prises à la suite de ces contrôles dont les causes financières produisent des effets d'ordre public.

L'application du critère matériel de l'objet sur lequel porte le contrôle (*rationae materiae*) est donc nécessaire mais insuffisante pour qualifier l'inspection aux regard des autres contrôles. Nous verrons que le critère finaliste peut nous aider à préciser la place de l'inspection au regard des autres contrôles. Mais avant cela, nous allons essayer de dégager d'autres critères de différenciation entre les processus de contrôle.

B/ La différenciation de l'inspection par l'analyse des processus de contrôle

La doctrine et la jurisprudence sont venues caractériser les contours processuels de l'inspection avec l'application d'un critère organique relatif aux personnels d'inspection (1), et l'application de critères temporels et géographiques permettant de différencier l'inspection d'autres types de contrôles (2).

1/ L'application du critère organique : les inspecteurs (*rationae personae*).

143. L'inspection est un contrôle particulier diligenté par des fonctionnaires de l'État énumérés aux articles L. 1421-1 CSP et L. 313-13 CASF, par des agents des collectivités territoriales de l'article L. 133-2 CASF ou par des agents expressément habilités dans le cadre de l'article L. 1435-7 CSP⁵⁶⁵.

Mais à lui seul, le critère organique ne permet pas de connaître le but poursuivi par un contrôle. En effet, ces mêmes catégories d'agents peuvent également procéder à d'autres types de contrôles, comme une visite de conformité dans le champ des établissements de santé ou dans celui des établissements sociaux et médicaux-sociaux, ou un contrôle de la facturation des établissements de santé pour les praticiens conseils de l'assurance maladie. L'exercice de ces divers contrôles peut se faire avec des prérogatives plus limitées que l'inspection⁵⁶⁶, ou parfois

⁵⁶⁵ Dont peuvent faire partie des agents de l'assurance-maladie, notamment des praticiens-conseils, affectés dans une ARS.

⁵⁶⁶ V. les visites de conformité en établissement de santé (D. 6122-38 CSP) ou en établissement social et médico-social (D. 313-13 CASF).

proches de celles-ci⁵⁶⁷, ce qui est source de confusion pour les agents quant à la finalité poursuivie.

Par ailleurs, comme l'écrit Maxence CORMIER, « *il ne saurait y avoir d'inspection sans texte* »⁵⁶⁸, et nous pourrions rajouter, sans texte spécial. Il n'est donc pas suffisant de procéder à une référence aux articles génériques de l'inspection sus-cités pour être assuré de dérouler la procédure adéquate. La légalité d'une décision administrative ne saurait être retenue que si l'autorité administrative compétente en matière d'inspection fait application du bon texte relatif au domaine inspecté, par renvoi aux articles relatifs aux agents compétents. Il en va ainsi par exemple pour le contrôle de « *l'exécution des lois et règlements qui se rapportent à la santé publique* » à l'intérieur des établissements, sanitaires, sociaux et médico-sociaux⁵⁶⁹, du contrôle de la bonne exécution des analyses de biologie médicale⁵⁷⁰, du contrôle des « conditions d'installation, d'organisation ou de fonctionnement », ainsi que des « *risques susceptibles d'affecter la prise en charge* » des personnes pour les ESSMS⁵⁷¹.

144. Si le critère organique est un critère nécessaire mais insuffisant pour distinguer l'inspection d'autres types de contrôles, comme le contrôle de tutelle, la visite de conformité, le contrôle d'ordre public et ses mesures administratives coercitives, ou le contrôle judiciaire qui exigent également des inspecteurs qu'ils soient habilités par des textes, il ressort aussi que l'inspection doit être entendue comme un « contrôle externe ». L'inspection diffère ainsi des contrôles internes que les établissements peuvent mettre en place avec leurs propres agents sous la forme des contrôles de gestion ou des audits internes. Le critère organique est principalement associé à la notion de prérogative de puissance publique attachée, comme nous le verrons, à la notion de police administrative, et à l'indépendance des inspecteurs, nécessaire à l'exercice de leurs missions d'inspection. Les textes qui encadrent les pouvoirs d'inspection des inspecteurs sont nombreux et garantissent cette indépendance, gage d'objectivité et d'impartialité.

Pourtant, les inspecteurs peuvent être amenés à devoir réaliser une inspection dans les établissements publics sur lesquels leur autorité administrative est partie prenante dans le pilotage, ce qui pose la question de l'indépendance. C'est le cas pour les établissements sociaux rattachés à une collectivité territoriale relevant de la compétence de contrôle du département.

⁵⁶⁷ V. le contrôle de la facturation des établissements de santé par les praticiens conseils de l'assurance-maladie qui peut aboutir à une sanction financière adressée par le DGARS à l'établissement de santé (R. 162-35 à R. 162-35-6 CSS).

⁵⁶⁸ CORMIER M., « Le statut de l'inspecteur » *Revue fondamentale des questions hospitalières*, n° 9, 2004 p. 68.

⁵⁶⁹ Art. L. 6116-1 et L. 6116-2 CSP.

⁵⁷⁰ Art. L. 6231-1 et R. 6231-1 CSP.

⁵⁷¹ Art. L. 313-13 CASF.

Ainsi, dans un établissement public départemental tel un EHPAD public départemental, le conseil d'administration est présidé par le PCD ou son représentant, et le PCD nomme le directeur de l'EHPAD départemental. La pression politique est alors très forte pour ne pas diligenter une inspection qui aboutirait à des suspensions d'activités dans un contexte économique local difficile. C'est la raison pour laquelle le président d'un CD préfère souvent laisser les représentants de l'État, préfet ou directeur général d'ARS, faire leur office d'inspection dans ce type d'établissement.

2/ L'application des critères temporels et géographiques.

La distinction entre l'inspection et d'autres types de contrôles nous paraît devoir être facilitée par le biais de l'utilisation d'un critère temporel (a) et d'un critère géographique (b).

a) L'application d'un critère temporel : L'inspection, un contrôle a posteriori : exclusion des visites de conformité (rationae temporis)

145. La distinction entre l'inspection et la visite de conformité n'est pas évidente, car ces deux contrôles concernent un acte de police administrative qui est l'acte d'autorisation, de déclaration ou d'agrément.

Certains auteurs rangent sous le terme « inspection » un ensemble de contrôles tendant à vérifier la conformité aux lois et règlements. Selon Marie-Laure MOQUET-ANGER, « *plusieurs types d'inspection peuvent être réalisées (lors de l'instruction d'un dossier d'autorisation, la visite de conformité, les inspections en urgence sur risque avéré)* »⁵⁷². La finalité de police administrative de l'inspection transparaît derrière les exemples cités et cette position présente un avantage matériel d'unifier sous le terme « inspection » l'ensemble des contrôles qui exigent un déplacement sur site, y compris les visites de conformité, ce qui facilite au passage, la comptabilisation du temps passé à cette activité par les inspecteurs. Cette position va aussi dans le sens du cas cité précédemment des visites de conformités en matière d'installations de chirurgie esthétique qui utilise le terme « inspection »⁵⁷³.

D'autres auteurs font de l'inspection un contrôle « a posteriori » diligenté une fois l'acte d'autorisation délivré, alors que la visite de conformité constitue un contrôle « a priori » qui vise à la délivrance de cette autorisation ou à son renouvellement au regard des normes

⁵⁷² MOQUET-ANGER M.-L., *Droit hospitalier*, LGDJ, 5^e éd., 2018, p. 200.

⁵⁷³ Art. R. 6322-6 CSP et R. 6322-13 CSP.

techniques, et ceci dans un cadre contraint d'organisation de l'offre en schémas et programmes qui fait de ce contrôle de conformité un contrôle lié à la planification⁵⁷⁴. Selon Michèle BRUAIRE, « *l'inspection n'est pas une visite de conformité, qui, comme son nom l'indique, a pour principal objet de vérifier la conformité entre l'autorisation accordée sur dossier et sa réalisation (ou le renouvellement d'une autorisation et la poursuite de l'activité) et relève d'une autre logique, puisqu'elle vaut de plein droit non seulement autorisation de fonctionner, mais aussi autorisation à rembourser des soins aux assurés sociaux ou habilitation à recevoir des bénéficiaires de l'aide sociale ou, si l'autorisation est accordée par le représentant de l'État ou conjointement avec le président du conseil général, à dispenser des prestations prises en charge par l'État ou les organismes de Sécurité sociale, ces organismes ayant leurs propres corps techniques de contrôle* »⁵⁷⁵.

Cette application d'un critère temporel qui fixe l'inspection en aval du contrôle de l'autorisation nous paraît justifiée tant au niveau juridique que pratique. Si la visite de conformité et l'inspection, s'exercent toutes les deux sur le terrain de la police administrative au sens large, comme nous l'avons abordé dans le titre 1, la police administrative ne s'y exprime pas dans les mêmes conditions. La visite de conformité joue avant tout la carte de la police de planification quand l'inspection joue « a minima » celle de la police de protection. Cette différence a des conséquences sur l'instrumentum du contrôle. La visite de conformité est demandée par l'établissement en vue de l'autorisation ou de son renouvellement quand l'inspection est imposée par l'autorité administrative suite à des dysfonctionnements qui peuvent dépasser le cadre de la simple autorisation. La visite de conformité fait l'objet d'un procès-verbal quand l'inspection donne lieu à un rapport qui accompagne des mesures coercitives.

146. Mais au-delà de ces différences d'instrumentum, la visite de conformité et l'inspection se rejoignent sur leur résultat, car elles peuvent aboutir toutes deux à un refus d'autorisation au titre de la police administrative⁵⁷⁶. Dans le cadre d'un recours en annulation, le juge administratif opérera un contrôle identique lorsque le constat d'insécurité est observé à l'occasion d'une visite de conformité ou d'une inspection dans un établissement de santé par exemple. La visite de conformité a la nature d'une mesure de police administrative, car elle

⁵⁷⁴ ESPER C., DUPONT M., *Droit hospitalier*, Dalloz 10^e éd. 2017, p. 361

⁵⁷⁵ BRUAIRE M., « Les suites administratives d'inspection », *Revue fondamentale des questions hospitalières*, n°9 2004 p. 101.

⁵⁷⁶ Art. D. 313-14 CASF et D. 6122-38 CSP.

porte notamment sur la vérification des conditions techniques de fonctionnements imposées par la réglementation⁵⁷⁷. Sous cet aspect, la visite de conformité est une visite de sécurité⁵⁷⁸.

Au-delà de cette finalité identique concernant la sécurité des deux types de contrôles, l'IGAS, chargée d'élaborer les bilans annuels d'activité inspection des services territoriaux, exclut de sa comptabilité annuelle les visites de conformité pour ne retenir que les inspections réalisées une fois l'autorisation délivrée. En procédant ainsi, elle concentre son étude sur les inspections réalisées a posteriori, soit au titre de programmes nationaux, soit hors programme, quand elles sont commandées par l'urgence de certaines situations. Ce choix est naturellement critiqué par certains professionnels qui y voient une négation du temps passé à réaliser les visites de conformité rendues obligatoires par la loi, même si le législateur, nous l'avons vu et nous y reviendrons, a considérablement allégé la portée de ces dernières.

A côté du critère temporel, un critère géographique permet de distinguer l'inspection d'autres types de contrôles.

b) L'application d'un critère géographique : l'inspection, un contrôle sur place (rationae loci)

147. Un autre critère dégagé par la doctrine pour qualifier l'inspection par rapport à d'autres contrôles est le critère géographique qui suppose un déplacement sur site. Etymologiquement, l'inspection suppose de « regarder dedans »⁵⁷⁹. Le critère formel de contrôle sur place associé au critère organique d'inspecteurs habilités permet de distinguer, selon Maxence CORMIER, l'inspection d'autres types de contrôle⁵⁸⁰, ce que confirment notamment des auteurs comme Claudine ESPER et Marc DUPONT pour lesquels « *le contrôle peut prendre la forme d'une inspection. Celle-ci est une procédure administrative qui consiste à effectuer des investigations approfondies sur l'établissement (ou tel aspect de son activité) et prend nécessairement la forme d'un contrôle réalisé sur place* »⁵⁸¹. Les auteurs citent à ce propos le Guide IGAS de bonnes pratiques d'inspection et contrôle de 2001 qui évoquent des « *investigations approfondies* », et celui de 2012, confirmé en 2019, qui précise que « *L'inspection est toujours*

⁵⁷⁷ Par exemple en application de l'article D. 6122-38 CSP pour la visite de conformité dans un établissement de santé.

⁵⁷⁸ V. CAA Lyon, 8 avr. 2010, *Association des usagers des services de santé du Haut-Nivernais*, n° 08LY00155, concernant le refus de renouvellement d'autorisation d'une maternité par manque de personnel soignant.

⁵⁷⁹ Loc. lat : « In spectro ».

⁵⁸⁰ CORMIER M., « *Le statut de l'inspecteur* », *RFQH* N°9 2004 p. 67, prec.

⁵⁸¹ ESPER C., DUPOND M., *Droit hospitalier*, Dalloz 10^e éd. 2017, p. 415 ; NAITALI P., « Les pouvoirs du directeur général de l'ARS en matière médico-sociale », *RDSS*, mai-juin 2016, p. 415 ; LAMI A., VIOUJAS V., *Droit hospitalier*, Ed. Bruylant, 2018, page 140.

réalisée sur site ». Le critère géographique et le critère temporel procèdent de la même intention, celle de permettre une activité de contrôle en adéquation avec la situation. Plus le danger est grand, plus les moyens d'y remédier doivent être importants. Le critère organique des inspecteurs habilités et le critère matériel qui fait de l'activité des établissements et services l'objet même de l'inspection, concourent à dessiner les spécificités de l'inspection en tant que contrôle particulier.

Nous avons ainsi examiné quatre types de critères dégagés par la doctrine et la jurisprudence qui permettent de mieux distinguer l'inspection d'autres types de contrôles dans le champ étudier. Le critère « *rationae personae* » qui définit l'inspecteur compétent, le critère « *rationae materiae* » qui détermine l'activité des établissements et services comme objet de l'inspection plutôt que les actes, le critère « *rationae temporis* » qui désigne l'inspection comme un contrôle *a posteriori*, et enfin le critère « *ratioane loci* » qui exige un déplacement sur site.

Ces quatre critères doivent être complétés par un cinquième critère à rattacher au critère organique. Il s'agit de l'attribution de pouvoirs particuliers aux agents assurant les missions d'inspection.

Sect. 2 - La caractérisation de l'inspection par l'attribution de pouvoirs particuliers attribués aux agents qui en ont la charge.

Si dans les textes, l'inspection n'est pas seulement liée à une finalité sécuritaire, comme nous l'avons signalé dans la section 1, mais englobe d'autres contrôles au sens large, nous allons voir que les pouvoirs attribués aux inspecteurs traduisent une volonté du législateur de leur permettre de s'assurer avant tout de la qualité des prestations et de la sécurité des usagers. Cela passe par des pouvoirs très larges liés à la police administrative (§1), mais aussi à la police judiciaire (§2).

§1 L'attribution de pouvoirs en vue d'une décision administrative à titre principal

Dans le cadre de leurs missions de contrôles, qu'ils soient budgétaires, techniques ou de police administrative, les inspecteurs ont été dotés de pouvoirs très larges justifiés par la finalité ultime de puissance publique que peuvent revêtir leurs missions (A). La contrepartie de ces pouvoirs tient dans les obligations qui s'imposent à eux et qui visent non seulement à protéger les personnes physiques et morales soumises à ces contrôles, mais également à garantir le principe de loyauté à l'égard de leur autorité administrative (B).

A/ Des pouvoirs étendus en inspection justifiés pas une finalité ultime de police administrative dans le champ étudié

148. Les prérogatives d'inspection sont avant tout exercées au titre d'une finalité légitime de sécurité au titre des prérogatives de puissance publique et reconnues à des agents juridiquement compétents. Dans son ouvrage sur « La sécurité sanitaire », Didier TABUTEAU cite, à propos de l'inspection des produits de santé, la formule d'un pharmacologue pour qui « L'inspection est la clé de voûte du système car c'est la garantie ultime de la fiabilité et de l'authenticité des résultats des essais »⁵⁸². Pourtant, on le verra, cette garantie ultime qu'est l'inspection ne se résume pas à la sécurité, et elle n'empêche pas l'existence d'autres types de contrôles internes ou externes qui concourent à la qualité et la sécurité.

Pour exercer l'opération matérielle de contrôle qu'est l'inspection⁵⁸³, les inspecteurs et contrôleurs disposent de prérogatives importantes que leur reconnaissent les textes. Ces prérogatives sont désormais identiques dans le champ sanitaire et le champ social et médico-social depuis l'ordonnance n° 2018-22 du 17 janvier 2018⁵⁸⁴ qui a procédé à leur alignement par renvoi législatif du nouvel article L. 313-13-1 CASF vers l'article L. 1421 CSP.

⁵⁸² JAILLON P., « Quelle inspection », *La lettre du pharmacologue*, janvier 1994, in D. TABUTEAU, *La sécurité sanitaire*, Ed. berger-levrault, 2002, p. 298.

⁵⁸³ Le terme « contrôle » est ici employé au sens large, englobant la notion d'inspection.

⁵⁸⁴ L'art. 1^{er}-7° de l'ordonnance n° 2018-22 du 17 janvier 2018 relative au contrôle de la mise en œuvre des dispositions du code de l'action sociale et des familles et de l'article L. 412-2 du Code du tourisme est venu corriger une différence relative aux horaires légaux d'inspection qui étaient de 6 heures à 21 heures dans le CASF et 8 heures à 20 heures dans le CSP.

La réunion de compétences d'action des agents (1) est un préalable à la mise en œuvre des prérogatives de contrôle par ces derniers (2).

1/ La réunion préalable de compétences nécessaires au déclenchement des prérogatives de contrôle.

149. Afin de mettre en œuvre leurs prérogatives de contrôle, les agents doivent réunir trois types de compétences. Simples en apparence, les règles de compétences qui déclenchent leurs prérogatives sont parfois mal appréciées des autorités, en raison des différences existantes entre les types d'agents et les types d'autorités administratives en charge du contrôle, ainsi que des extensions de compétences apportées par le législateur. Aussi, le risque subsiste de mettre en défaut les résultats d'un contrôle si ces trois compétences suivantes ne sont pas réunies.

La compétence est d'abord matérielle. Le champ matériel de la compétence des agents de contrôle est délimité par le champ des attributions de leur service d'affectation⁵⁸⁵, par celui de leurs corps d'affectation⁵⁸⁶, ou par la lettre de désignation pour ce qui concerne les inspecteurs ou contrôleurs « désignés » par leur autorité hiérarchique⁵⁸⁷. En outre, certains textes peuvent préciser ou limiter une compétence à certains corps particuliers⁵⁸⁸. Pour autant, aux yeux du juge administratif, la présence dans l'équipe d'inspection d'autres catégories d'agents ne rend pas irrégulière en la forme la décision prise à la suite de l'inspection, dès lors que l'un des deux corps prévus par la loi est présent sur les lieux⁵⁸⁹.

La compétence est ensuite temporelle. L'activité de contrôle est réalisée par des personnels déclarés compétents, soit à compter de leur affectation dans une agence nationale, régionale, ou en service déconcentré dans le champ de la cohésion sociale, soit à compter de leur « désignation » en tant qu'inspecteur ou contrôleur, comme c'est le cas pour les agents de l'ANSM⁵⁹⁰, les inspecteurs et contrôleurs désignés d'une ARS⁵⁹¹, et pour les agents d'un CD⁵⁹².

⁵⁸⁵ Différent par exemple pour un pharmacien inspecteur de santé publique affecté en ARS ou à l'ANSM.

⁵⁸⁶ Différent par exemple pour un médecin inspecteur de santé publique, un pharmacien inspecteur de santé publique ou un ingénieur d'étude sanitaire.

⁵⁸⁷ Par exemple les inspecteurs ou contrôleurs désignés par le directeur général d'une ARS au titre de l'article L. 1435-7 CSP.

⁵⁸⁸ Par exemple, la visite d'inspection est uniquement conduite par un IASS ou par MISP en ce qui concerne les contrôles des établissements et services relevant de la compétence d'autorisation du préfet de département au titre de l'article L. 313-13 II al. 2 CASF.

⁵⁸⁹ CAA Douai, 15 mars 2007, *Mme Agnès W.*, n° 06DA01123, *AJDA* 2007, p. 2161, note H. RIHAL ; TA Nîmes, 5 dec. 2006, *SARL Les Banquest*, n° 0501797.

⁵⁹⁰ Art. L. 5313-1 CSP.

⁵⁹¹ Art. L. 1435-7 C SP.

⁵⁹² Art. L. 133-2 CASF.

La compétence est enfin géographique. En principe, l'activité de contrôle s'exerce dans le cadre du ressort territorial de l'autorité administrative de rattachement des personnels⁵⁹³. Cependant, face à la carence du nombre d'inspecteurs dans le champ social relevant des préfets de département, le législateur a prévu, à l'article L. 313-13 II CASF, que les contrôles relatifs à l'autorisation et à la sécurité des établissements et services sociaux puissent être réalisés par des inspecteurs ou contrôleurs affectés dans un autre département ou une autre région (service déconcentré de cohésion sociale ou ARS), dans le cadre d'une mise à disposition pour le compte d'un préfet de département qui le demande⁵⁹⁴. Ce dispositif doit permettre notamment de contrôler « *les autres services de leurs organismes gestionnaires qui concourent, dans le cadre de l'autorisation, à la gestion desdits établissements, services et lieux de vie et d'accueil* »⁵⁹⁵.

150. En réalité, cette mutualisation d'agents contrôleurs entre départements ou entre régions reste ponctuelle et ne donne pas aux inspecteurs une compétence géographique nationale. Par ailleurs, ces mises à disposition demeurent faibles, du fait du manque de temps disponible des inspecteurs et de la faible volonté de leur autorité hiérarchique d'affectation pour les mettre à disposition d'une autre autorité de contrôle. Notons par ailleurs que ce dispositif n'existe pas pour le moment dans le CSP en matière de contrôle sanitaire, où, il faut le rappeler, les effectifs sont plus importants, surtout ceux de santé environnement qui réalisent la majorité de l'activité d'inspection-contrôle des ARS.

Le cumul de ces trois compétences permet classiquement à l'agent de procéder à un contrôle sur place prenant la forme de l'inspection. Mais la méconnaissance des procédures par les autorités administratives, alliée à la faiblesse des contrôles dans le champ des établissements, et la rotation interne et externe élevée des personnels spécialisés, ne permettent pas toujours de garantir une sécurisation juridique « a priori » de la procédure d'engagement du contrôle.

Une fois réunies, ces trois compétences permettent aux agents de contrôle de mettre en œuvre leurs prérogatives de contrôle qui s'avèrent très larges.

⁵⁹³ Le territoire national pour l'IGAS ou les agences nationales, la région pour une ARS ou une DRDJSCS, le département pour une DDSCS.

⁵⁹⁴ Art. L. 313-13 II CASF (dans sa rédaction issue de l'article 64 de la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement).

⁵⁹⁵ Art. L. 313-13 I CASF (dans sa rédaction issue de l'article 1^{er} – 6° de l'ordonnance n° 2018-22 du 17 janvier 2018 relative au contrôle de la mise en œuvre des dispositions du code de l'action sociale et des familles et de l'article L. 412-2 du code du tourisme).

2/ Les prérogatives de contrôle très larges reconnues aux inspecteurs dans le champ étudié.

Les agents disposent de prérogatives très larges dans le cadre des missions d'inspection qu'ils réalisent en se déplaçant sur site. A maxima, c'est la sécurité des usagers de l'établissement ou du service qui légitime ces prérogatives. Toutefois, celles-ci peuvent être mises en œuvre lors de contrôles qui ne présentent pas de facteurs de risque aux personnes, comme en matière budgétaire par exemple.

Nous distinguerons dans la présentation de ces prérogatives, les droits d'accès aux locaux (a), puis les droits d'accès aux documents (b).

a) Le droit d'accès aux locaux à usage professionnel ou d'habitation.

151. Nous avons vu que l'étymologie du mot « inspection » suppose un déplacement sur site et un droit de regard le plus étendu possible sur les choses et les personnes, justifié par le but ultime de la police administrative. Aussi, pour les besoins de leur mission, les agents mentionnés à l'article L. 1421-1 CSP (et par renvoi, les agents mentionnés à l'article L. 1435-7 CSP) peuvent opérer sur la voie publique⁵⁹⁶ et pénétrer entre 8 heures et 20 heures dans les locaux, lieux, installations et moyens de transports à usage professionnel. Ils peuvent également y pénétrer en dehors de ces heures « *lorsque l'accès au public est autorisé ou lorsqu'une activité est en cours* »⁵⁹⁷. Lorsque l'occupant refuse l'accès, celui-ci peut être autorisé par le juge des libertés et de la détention dans les conditions prévues à l'article L. 1421-1-2 CSP, sans préjudice de la mise en œuvre du délit d'obstacle à inspection prévu à l'article L. 1427-1 CSP.

En outre, en application de l'article L. 1421-2 alinéa 2 CSP, les locaux « à usage d'habitation » peuvent également être contrôlés entre 8 heures et 20 heures après autorisation par l'autorité judiciaire dans les conditions prévues à l'article L. 1421-1-2 CSP. Cette disposition intéresse particulièrement le logement de fonction d'un directeur d'hôpital ou d'établissement médico-social, dans lequel se trouveraient des documents de nature à concerner le contrôle, ou, en dehors des établissements, le logement que pourrait occuper un pharmacien d'officine dans le même bâtiment que cette dernière, et dans lequel pourraient être entreposés des stocks de médicaments. Le Conseil d'Etat a justifié en 2016 les prérogatives de contrôle des pharmaciens inspecteurs de santé publique au motif que : « *l'ingérence que constitue la mise en œuvre de ces*

⁵⁹⁶ Citons par exemple le contrôle par l'ARS des transports sanitaires terrestres prévus à l'article L. 6312-4 CSP.

⁵⁹⁷ Citons par exemple un service d'urgence ouvert au public ou une unité d'hospitalisation de nuit.

pouvoirs doit s'apprécier au vu de leur finalité légitime, qui est notamment d'assurer la santé publique et la sécurité sanitaire des particuliers ». Dans cet arrêt, la haute juridiction a déclaré ces prérogatives compatibles avec le respect des droits fondamentaux de la personne et notamment le droit à la vie privée et familiale visé à l'article 8 de la CEDH⁵⁹⁸.

Notons que l'ordonnance n° 2018-22 du 17 janvier 2018 précitée sur le champ social et médico-social, a procédé à un aménagement notoire des modalités de contrôle dans les domiciles, notamment des mandataires individuels à la protection des majeurs. Cette compétence de contrôle relève du préfet de département et amène les inspecteurs des services de cohésion sociale à se rendre chez le mandataire individuel pour consulter les dossiers des majeurs. L'article L. 313-13-1 CASF introduit par l'ordonnance de 2018 dispose que : « *l'autorisation par l'autorité judiciaire n'est pas requise lorsque le contrôle est effectué en présence de l'occupant et avec son accord écrit ou celui de son représentant légal, recueilli par un agent habilité et assermenté dans les conditions prévues à l'article L. 331-8-2 CASF* ».

152. En pratique, les « inspections-contrôles » ne sont pas systématiquement annoncés à l'établissement ou au service et ce, pour des raisons d'efficacité, notamment en cas de suspicion de dysfonctionnement par signalement de professionnels ou de réclamations de la part d'usagers. Dans le silence des textes, la jurisprudence retient que les inspections inopinées sont possibles⁵⁹⁹. Cependant, si l'information préalable de l'organisme inspecté n'est pas obligatoire, une information sur le déroulement du contrôle doit être donnée et la présence du directeur ou de son représentant est demandée pendant la visite sur site⁶⁰⁰. En tout état de cause, la loi a prévu que le conseil de surveillance d'un établissement de santé et le directeur de l'établissement doivent être tenus informés des conclusions de ces contrôles⁶⁰¹.

Ce droit d'accès très étendu en matière de locaux à usages professionnels s'accompagne d'un droit d'accès aussi large aux documents et aux personnes.

⁵⁹⁸ CE, 21 nov. 2016 *M.C.*, n° 386249 ; voir aussi : CE, 6 nov. 2009, *Société Inter Confort*, n° 304300, p. 448 s'agissant des pouvoirs de visite de la CNIL ; CE, 20 janv. 2016, *Caisse d'épargne et de prévoyance du Languedoc-Roussillon*, n° 3749510, s'agissant de ceux de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution.

⁵⁹⁹ Les laboratoires d'analyse de biologie médicale « *ne sauraient se prévaloir d'un droit à être informés par préavis de la date à laquelle les opérations de contrôle doivent se dérouler* ». (V. CE, 1er oct. 1986, *Synd. nat. des méd. biol.*, n° 54677).

⁶⁰⁰ Obs. M. CORMIER sur l'article R. 162-32-2 du Code de la sécurité sociale, *RDSS 2001*, p. 741.

⁶⁰¹ Art. L. 6116-1 alinéa 2 CSP.

b) Le droit d'accès aux documents et aux personnes.

153. Le droit d'accès aux documents et aux personnes s'avère très étendu. En application de l'article L. 1421-3 CSP⁶⁰², les agents peuvent recueillir sur place ou sur convocation⁶⁰³, tout renseignement, toute justification ou tout document utile à leur mission. Pour ce faire, ils peuvent exiger la communication et obtenir ou prendre copie de ces documents en version papier ou sur support informatique⁶⁰⁴, ils peuvent se faire mettre à disposition des moyens indispensables pour effectuer leurs vérifications⁶⁰⁵ et procéder à des saisies de documents de toute nature. Ils ont le pouvoir de prélever des échantillons et de les faire analyser par un laboratoire de l'État ou agréé par lui.

Une exception notable concerne toutefois l'accès aux données médicales qui est réservé, « lorsqu'elles sont nécessaires à l'exercice de leurs missions », aux agents ayant la qualité de médecin⁶⁰⁶ et aux agents ayant la qualité de pharmacien pour les missions relatives à l'exercice de la pharmacie et aux produits de santé⁶⁰⁷. Le contentieux de l'annulation pour incompétence est réel sur ce sujet en inspection, car le nombre de médecins inspecteurs diminuant dans les ARS, il arrive que des infirmier(e)s les remplacent en mission, au risque d'une utilisation illégale des données médicales individuelles. Au risque de contentieux en annulation vient d'ajouter le risque disciplinaire pour des agents ayant obtenus ces informations médicales en dehors des règles citées, sans préjudice d'une poursuite pénale qui reste possible pour atteinte au secret professionnel⁶⁰⁸.

154. Par ailleurs, le législateur a reconnu à l'article L. 1421-1 alinéa 2 CSP, que les agents de contrôle peuvent être également assistés par une « *personne qualifiée* » désignée par l'autorité administrative dont ils dépendent et qui peut les accompagner lors de leurs contrôles. Cette personne est généralement externe à l'autorité administrative, mais il arrive qu'un agent relevant de cette dernière soit « qualifié » sur un sujet précis. La personne qualifiée bénéficie

⁶⁰² Et de l'article L. 313-13-1 CASF par renvoi à l'article L. 1421-3 CSP.

⁶⁰³ La convocation de personne a lieu dans les locaux de l'autorité de contrôle, pour protéger la personne d'éventuelles représailles (généralement un membre du personnel de l'établissement en arrêt maladie, ou licencié, ou en conflit avec l'établissement).

⁶⁰⁴ Accès aux ordinateurs professionnels, aux progiciels et dossiers informatisés. Emport de données sur clés USB en double exemplaire.

⁶⁰⁵ Bureau, imprimante, téléphone.

⁶⁰⁶ En matière de police administrative : Art. L. 1112-1 III CSP, L. 1421-3 al. 3 CSP, L. 1435-7 CSP, L. 6231-1 al. 3 CSP (Laboratoire de biologie médicale), L. 313-13-1 CASF (établissements et services sociaux et médico-sociaux). En matière de police judiciaire : Art. L. 5413-1 CSP, En matière de législation sociale : Art. L. 162-30-1 CSP.

⁶⁰⁷ Art. L. 1421-3 al. 4 CSP en matière de police administrative. Art. L. 5411-1 CSP en matière de police judiciaire.

⁶⁰⁸ Art. 226-13 et 226-14 du Code pénal.

des mêmes droits que les inspecteurs d'accès aux locaux et aux documents, y compris les documents médicaux, sous réserve que celle-ci ait la qualité de médecin. En pratique, n'étant pas inspecteur, elle ne signe pas le rapport, mais une note qui vient éclairer la mission sur un point particulier⁶⁰⁹.

Afin de garantir l'indépendance de la personne qualifiée à l'égard de l'inspecté, celle-ci signe une déclaration d'intérêt et, si elle est « professionnel de santé », elle bénéficie d'une protection renforcée en terme de poursuites disciplinaires⁶¹⁰. L'adjonction d'une personne qualifiée à une mission de contrôle n'est pas une nouveauté, mais cette dénomination a remplacé en 2013⁶¹¹ la notion d'« expert » qui figurait à l'article L. 1421-1 CSP et qui apparaît paradoxalement encore dans certains articles du code de santé publique⁶¹², alors que la notion « d'homme de l'art » de l'ancien article L. 331-3 CASF a disparu avec l'ordonnance précitée du 17 janvier 2018, remplacée par celle de « personne qualifiée »⁶¹³.

155. Les pouvoirs d'accès aux locaux et aux documents par les inspecteurs ne seraient rien sans deux autres fonctions qui y sont rattachées.

La première fonction porte sur le pouvoir de rédiger un rapport d'inspection dont on pourrait penser avec Gilles GUIHEUX qu'il présente une « nature juridique incertaine »⁶¹⁴, à tout le moins ambivalente. En effet, il est un acte préparatoire d'une décision administrative⁶¹⁵, et à ce titre il ne modifie pas l'ordonnancement juridique et n'est donc pas susceptible de recours en annulation⁶¹⁶, son « éventuelle irrégularité ne peut être invoquée qu'à l'appui de conclusions à fin d'annulation des mesures prises »⁶¹⁷. Par ailleurs, le rapport d'inspection ne peut pas faire

⁶⁰⁹ La personne qualifiée est généralement un médecin hospitalier dont la discipline n'est pas représentée au sein de la mission : psychiatre, anesthésiste, chirurgien...

⁶¹⁰ Art. L. 1421-1 alinéa 3 : « Lorsque ces personnes qualifiées ou ces agents sont des professionnels de santé, ils ne peuvent être traduits pour des faits relevant de leur contribution à ces missions d'inspection, devant la juridiction disciplinaire de l'ordre dont ils relèvent, que par le ministre chargé de la santé, le procureur de la République ou le directeur général de l'agence régionale de santé ».

⁶¹¹ Ordonnance n° 2013-1183 du 19 décembre 2013 relative à l'harmonisation des sanctions pénales et financières relatives aux produits de santé et à l'adaptation des prérogatives des autorités et des agents chargés de constater les manquements (article 17-I-2°).

⁶¹² Art. L. 1435-7 CSP.

⁶¹³ Par renvoi de l'article L. 313-13-1 CASF à l'article L. 1421-1 CSP. La notion de « personnes susceptibles de les [inspecteurs] assister » qui figure à l'article L. 313-13 du CASF pour les établissements et services du secteur social et médico-social, fait également référence aux personnes qualifiées de l'article L. 1421-1 CSP.

⁶¹⁴ GUIHEUX G., « Le rapport d'inspection », RFQH, n°9, 2004, p. 90.

⁶¹⁵ CE, 9 juill. 2003, *Min. de l'Intérieur c/ GISTI*, n° 243246, Rec. T. 787, A.J.D.A., 2003, p. 1791.

⁶¹⁶ CAA Nantes, 17 oct 2003, *Monsieur X*, n° 97NT02248.

⁶¹⁷ CE, 6 mai 1988, *Chérif*, n° 65630, Rec. 558 : « L'inspection d'un enseignant et le rapport d'inspection qui en découle constituent des mesures qui ne sont pas susceptibles d'être directement attaquées par la voie du recours pour excès de pouvoir. Leur éventuelle irrégularité ne peut être invoquée qu'à l'appui de conclusions à fin d'annulation des mesures prises à l'égard de l'enseignant intéressé au vu de ce rapport ».

l'objet d'une communication qui ne s'applique qu'à des « documents achevés » en application de l'article L. 311-2 CRPA. Toutefois, l'autorité administrative aura une obligation de communiquer le rapport d'inspection « achevé » une fois la décision administrative prise, à toutes personnes qui en font la demande⁶¹⁸, sachant que ces destinataires peuvent aussi être des journalistes qui peuvent les utiliser sous leur responsabilité « à d'autres fins que celles de la mission de service public »⁶¹⁹.

A côté de cette transmission particulière à une personne le demandant, une autre possibilité peu utilisée par les autorités de contrôle est celle de la transmission au sens large du rapport sous forme de sa « diffusion », notamment sur le site public internet d'une ARS ou d'une DDCE, en application de l'article L. 312-1 CRPA. Constatons que cette faculté de diffusion prévue par les textes est encore parcimonieuse en ce qui concerne les services territoriaux, alors que des agences nationales comme l'ABM, l'ASN, et encore plus l'ANSM, l'utilisent comme un levier de police administrative supplémentaire, sous l'influence incontestable de la HAS dans son utilisation du « label » qualité qu'elle tire de l'accréditation et de la certification. Ainsi que l'a bien souligné Aline KUREK à propos des inspections générales, « *la diffusion des travaux des inspections en tant que données publiques pourrait en effet constituer le prolongement d'une mission de service public, et à ce titre devenir obligatoire* »⁶²⁰.

La seconde fonction attachée aux pouvoirs des inspecteurs est de pouvoir proposer à leur commanditaire des injonctions ou des mises en demeure à la suite de la rédaction de leur rapport. Il s'agit de mesures correctives, comme l'a montré Alix PERRIN dans sa thèse relative à « *l'injonction en droit public français* » en 2007⁶²¹. Elles imposent une obligation de faire ou de ne pas faire et s'opposent en cela aux actes invitatifs, aux recommandations, qui sont des mesures correctives non coercitives. Il existe une grande variété d'injonctions et de mises en demeure sur le plan juridique comme la souligne Alix PERRIN, avec un degré coercitif plus ou moins fort selon qu'elles réitèrent une obligation préexistante, sont rédigées de manière plus ou moins impérative et sont assorties ou non de délais, dont le juge apprécie l'adéquation à la mise

⁶¹⁸ L. 311-2 CRPA » sauf les limites précitées relatives notamment au secret relatif en application de l'article L. 311-6 CRPA.

⁶¹⁹ Art. L. 321-1 CRPA relatif à la réutilisation des données publiques : « *Les informations publiques figurant dans des documents communiqués ou publiés par les administrations mentionnées au premier alinéa de l'article L. 300-2 peuvent être utilisées par toute personne qui le souhaite à d'autres fins que celles de la mission de service public pour les besoins de laquelle les documents ont été produits ou reçus* ».

⁶²⁰ KUREK A., « L'application de la transparence administrative aux rapports des inspections générales ministérielles », *RFDA* 2003, p. 1175.

⁶²¹ PERRIN A. *L'injonction en droit public français*, Thèse soutenue à l'Université Paris 2 le 26 septembre 2007.

en œuvre de l'obligation⁶²². Christian LAVIALLE⁶²³ avait pu distinguer parmi les mises en demeures administratives celles qui sont « instituées » par un texte et qui obligent l'autorité administrative à passer par elle avant de tirer les conséquences juridiques d'une situation⁶²⁴, et les mises en demeure « spontanées » qui permettent à l'autorité de réprimer sans passer par un texte⁶²⁵. Pour autant, leur régime juridique est complexe, car le juge administratif peut sanctionner une administration qui ne respecte pas une mise en demeure instituée ou considérer qu'il s'agit d'une simple mesure procédurale qui ne modifie pas l'ordonnancement juridique et donc insusceptible de recours⁶²⁶. Au contraire, une mise en demeure spontanée peut être regardée comme une décision faisant grief. Le Conseil d'Etat a admis à partir de 1957 que les actes comminatoires devaient faire l'objet d'un contrôle dès lors qu'ils étaient assortis d'une menace de sanctions⁶²⁷. Puis, le Conseil d'État a franchi en 1991 une étape supplémentaire en considérant que l'impérativité dans la rédaction de la mise en demeure justifie sa justiciabilité⁶²⁸.

Les injonctions et mises en demeure sont ainsi soumises à l'obligation de motivation et, dans la pratique actuelle des inspecteurs, feront l'objet d'une procédure contradictoire préalable permettant à l'inspecté de faire des observations sur les « propositions d'injonctions » que le commanditaire lui soumet. Elles font donc normalement grief et sont susceptibles de recours en excès de pouvoir⁶²⁹.

En contrepartie de ces prérogatives importantes en matière de contrôle, les agents sont soumis à des obligations dans l'exercice de leurs missions d'inspection-contrôle.

⁶²² CE, 18 fév. 1998, *Sté Carrières Vallée Heureuse*, n° 181342, Rec. 54, *DA* 1998, n°126.

⁶²³ LAVIALLE Ch., « Les mises en demeure administratives », *AJDA* 1980, p. 267.

⁶²⁴ Les mises en demeure peuvent être instituées dans le cadre de relations unilatérales comme la tutelle administrative ou la police administrative, mais également dans le cadre de sanctions contractuelles.

⁶²⁵ Les mises en demeures spontanées sont facultatives pour l'autorité administrative.

⁶²⁶ V. Théorie de l'opération administrative complexe COLLIARD C.-A., « La notion d'acte détachable et son rôle dans la jurisprudence du Conseil d'État », in *Mélanges Mestre*, p. 115 ; Charles H., *Actes rattachables et actes détachables en droit administratif français*, préface P. Weil, L.G.D.J. 1968.

⁶²⁷ CE, Ass., 13 déc. 1957, *Rouleau*, n° 34382, Rec. 678 ; D. 1958, p. 62, concl. C. Lasry.

⁶²⁸ CE, Sect., 25 janv. 1991, *Confédération nationale des associations catholiques et autres*, n°s 103143, 107100 et 107101, Rec. 30 ; *RFDA* 1991, p. 285, concl. B. Stirn et p. 525, note J.-M. Auby ; *AJDA* 1991, p. 362, chron. C. Maugué et R. Schwartz.

⁶²⁹ CE 8 mai 1970, *Société Nobel-Bozel*, Rec. 312.

B/ Les obligations imposées aux agents dans le cadre de leurs missions de contrôle technique et de police administrative

Les obligations qui pèsent sur les agents dans le cadre de leurs missions de contrôle sont la traduction des obligations générales faites aux fonctionnaires ou agents publics de l'État⁶³⁰ ou de la fonction publique territoriale⁶³¹. Le non-respect de celles-ci expose les agents à des sanctions disciplinaires, voire à des sanctions pénales.

Avant de présenter les obligations procédurales existantes en matière de décision prise à la suite du contrôle (cf infra), il nous faut préalablement examiner les obligations qui pèsent sur les agents de contrôle lorsqu'ils réalisent cette opération matérielle. Ceux-ci doivent satisfaire à des obligations relatives à leur qualité de contrôleurs (1), et à des obligations relatives à la qualité des personnes soumises à leurs contrôles (2).

1/ Les obligations relatives à la qualité des agents exerçant le contrôle.

Les bureaucraties administratives ont en partie légitimé leur action sur les obligations faites à leurs représentants de garantir une égalité de traitement aux administrés dans le respect des droits de ceux-ci. Parmi les obligations auxquelles sont soumis les fonctionnaires et les autorités publiques constituées et qui assurent cette égalité de traitement, nous allons aborder, à l'aune de l'activité de contrôle, d'une part, l'obligation d'indépendance et d'impartialité des agents de contrôle (a), d'autre part, le devoir de réserve et de discrétion professionnelle (b).

a) L'obligation d'indépendance et d'impartialité des agents de contrôle : des notions fondamentales qui se heurtent à de fortes disparités institutionnelles.

156. L'indépendance et l'impartialité s'imposent à tout fonctionnaire et agent public dans l'exercice de leurs missions et revêtent une importance accrue en matière de contrôles qui peuvent donner lieu à un contentieux en matière de police administrative ou de police judiciaire. Longtemps, dans le champ étudié, ces obligations sont restées très théoriques et interprétées diversement par les autorités administratives et par l'IGAS. Ce n'est que très récemment que l'obligation d'indépendance et d'impartialité a été renforcée avec l'obligation de déclaration de

⁶³⁰ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le PORS. (JO du 14 juillet 1983).

⁶³¹ Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale (JO du 27 janvier 1984).

conflits d'intérêt, qui n'élude pas la notion pratique de « conflit de mission » dans le champ étudié.

Le principe d'indépendance largement évoqué par les praticiens de l'inspection contrôle du champ sanitaire et social ne figure pas en tant que tel dans la loi du 13 juillet 1983 relative aux droits et obligations des fonctionnaires⁶³². Cette loi rappelle néanmoins l'interdiction faite aux agents publics de cumuler plusieurs activités professionnelles⁶³³, et la doctrine a abondamment traité la question de l'éthique et de la déontologie des fonctionnaires dans l'exercice de leurs missions⁶³⁴. Le principe d'indépendance est une application indirecte de l'obligation d'impartialité⁶³⁵ qui s'inscrit parmi les différentes obligations de l'article 25 de la loi de 1983 : « *Le fonctionnaire exerce ses fonctions avec dignité, impartialité, intégrité et probité. Dans l'exercice de ses fonctions, il est tenu à l'obligation de neutralité...* »⁶³⁶. L'« indépendance » à l'égard de l'entité contrôlée a été mis en exergue dans les différents guides de bonnes pratiques d'inspection contrôle des services de l'État, parfois au risque d'occulter les obligations fixées par l'article 25 de la loi de 1983 de dignité, d'impartialité, d'intégrité et de probité qui engendrent cette indépendance. En contrôle, ces obligations exigent des agents habilités une garantie maximale d'objectivité⁶³⁷ dans leurs comportements pendant le contrôle, dans les constats et analyses qu'ils sont amenés à faire dans le rapport qu'ils signent, et dans les mesures correctives qu'ils proposent à leur hiérarchie.

157. Soulignons qu'à côté de cette indépendance à l'égard de l'entité inspectée, fondée sur les obligations de la fonction publique, les praticiens du contrôle sanitaire et social intervenant

⁶³² Loi 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée par l'article 1 de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

⁶³³ Article 25 septies de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 : « *Le fonctionnaire exerce l'intégralité de son activité professionnelle aux tâches qui lui sont confiées. Il ne peut exercer, à titre professionnel, une activité privée de quelque nature que ce soit (...)* ».

⁶³⁴ Sur l'obligation d'indépendance des fonctionnaires dans l'exercice d'une mission de contrôle, voir notamment CE, 19 mars 1997, *M. Cannard*, n° 133338, Rec. T, p. 900; JEAN-PIERRE D., « L'éthique du fonctionnaire civil », *Bibliothèque de droit public*, t. CCII, 1999, p. 304 ; VIGOUROUX C., « Quelle déontologie pour les médecins inspecteurs de santé publique ? », *Échanges Santé-Social*, 1997, n° 86, p. 49 ; SAISON-DEMARS J., « Le médecin inspecteur de santé publique : contribution à la réhabilitation d'un fonctionnaire méconnu », *RDSS 2007*, p. 458.

⁶³⁵ JEAN-PIERRE D., « L'éthique du fonctionnaire civil : son contrôle dans les jurisprudences administrative et constitutionnelle françaises », Thèse soutenue en 1996 à l'Université d'Aix en Provence – Marseille ; MITARD E., « L'impartialité administrative », *AJDA 1999*, p. 478.

⁶³⁶ L'impartialité implique que des contrôleurs une absence de préjugé dans leurs constatations et leurs analyses, afin que le rapport soit rédigé à charge et à décharge. L'intégrité exige un exercice désintéressé de l'agent (ne pas utiliser à des fins personnelles un véhicule de service), quand la probité constitue une « *qualité de quelqu'un qui observe parfaitement les règles morales, qui respecte scrupuleusement ses devoirs, les règlements, etc* » selon le dictionnaire Larousse en ligne (la non acceptation d'invitation à déjeuner pendant le contrôle en est l'exemple type). La neutralité commande le devoir de réserve de l'agent et le traitement égalitaire des administrés, quelles que soient leurs opinions ou origines.

⁶³⁷ Définition de l'objectivité : « *Qualité d'une personne impartiale, qui se fonde sur la réalité* », Encyclopaedia Universalis en ligne : <http://www.universalis-edu.com.passerelle.univ-rennes1.fr/recherche/l/1/q/26218>.

au nom de l'État, avaient pris l'habitude d'évoquer une « indépendance technique » existante entre les inspecteurs et leur « commanditaire » qui semble cependant n'avoir aucune base juridique⁶³⁸. Cette indépendance technique faisait de l'inspection une « chasse gardée » des inspecteurs qui ne rendaient pas toujours compte des résultats de leurs investigations et des suites données à leur commanditaire, et s'érigaient parfois en décisionnaire, en intégrant dans le rapport les injonctions exécutoires sans respect de la procédure contradictoire préalable à la prise d'une décision administrative individuelle⁶³⁹. Il faut reconnaître que, de leur côté, certains commanditaires étaient tentés d'orienter la rédaction du rapport dans un sens qui leur était favorable.

Le principe d'indépendance technique a évolué sous l'impulsion de l'IGAS en 2015⁶⁴⁰, afin de distinguer, dans le processus administratif, ce qui relève de l'acte préparatoire de la décision (le rapport) et ce qui se rapporte à la décision administrative finale. Le principe d'indépendance technique n'a donc pas disparu dans la pratique, mais il replace les acteurs face à leur responsabilité et laisse aux inspecteurs la liberté de leurs constats, analyses et propositions. En contrepartie, le commanditaire n'est pas lié par les propositions de mesures correctives qui lui sont faites. Il peut en garder toute ou partie, et même en rajouter, puisque lui seul est responsable de la décision administrative finale. Cette pratique n'entre pas en conflit avec les textes généraux de droit administratif. Elle remet à leur place l'inspecteur en tant que technicien et le commanditaire en tant que décisionnaire.

158. Par ailleurs, l'exigence de transparence administrative est devenue une « *question centrale des démocraties contemporaines* »⁶⁴¹. L'existence de conflits d'intérêts dans la fonction publique moderne nuit gravement au principe d'indépendance et d'impartialité. En présence d'un lien d'intérêt le concernant, un fonctionnaire est soumis, au nom des principes d'impartialité et de neutralité posés par la loi de 1983, à l'obligation de soulever un conflit potentiel devant sa hiérarchie et demander le déport de sa mission, quel que soit le type d'intérêt

⁶³⁸ CORMIER M., « Le statut de l'inspecteur » *Revue fondamentale des questions hospitalières*, n° 9, 2004 p. 68.

⁶³⁹ Au risque de méconnaître le principe d'obéissance hiérarchique imposé par l'article 28 de la loi du 13 juillet 1983 au fonctionnaire qui « *doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public* ». La subordination hiérarchique impose de se soumettre au contrôle hiérarchique de l'autorité supérieure et de faire preuve de loyauté dans l'exercice de ses fonctions.

⁶⁴⁰ Modification du Guide des bonnes pratiques d'inspection contrôle pour les services territoriaux ARS et cohésion sociale (non publié).

⁶⁴¹ DEBAETS E., « Publicité des processus : l'exemple de la prévention des conflits d'intérêts en matière sanitaire », *RDSS 2017*, p. 1065.

en jeu⁶⁴². Le conflit d'intérêts a été défini par la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence publique comme « *toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif des fonctions* »⁶⁴³. Au départ appréhendés sous l'angle répressif⁶⁴⁴, les conflits d'intérêts sont de plus en plus soumis à « déclaration obligatoire » dans la fonction publique, ce qui permet aujourd'hui d'en faire un instrument de prévention des conflits nécessaire à la transparence administrative⁶⁴⁵.

Suite à différents événements touchant à la sécurité sanitaire⁶⁴⁶, le domaine de la santé a rapidement réagit en instaurant des déclarations obligatoires. Selon Martin HIRSCH, « *c'est dans le domaine le secteur sanitaire [qu']a été élaborée la politique de prévention des conflits d'intérêts la plus aboutie* »⁶⁴⁷. L'obligation de fournir une déclaration d'intérêt dans le domaine sanitaire a été instaurée à l'article L. 1451-1 CSP par la loi du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé⁶⁴⁸.

Sont essentiellement concernées, pour le champ qui intéresse notre étude, les ARS⁶⁴⁹, l'ABM⁶⁵⁰ et l'ANSM⁶⁵¹. Le décret du 9 mai 2012⁶⁵² pris en application de la loi de 2011, dresse la liste des agents dont les fonctions justifient la déclaration d'intérêt. Parmi eux figurent « *les agents exerçant des fonctions d'inspection, d'évaluation, de surveillance et de contrôle relatives aux activités techniques ou produits entrant dans le champ de compétence en matière de santé*

⁶⁴² Le lien d'intérêt peut être réel (si le conflit en présence ne permet pas de garantir l'impartialité), potentiel si l'évolution de la situation de l'agent constitue un conflit) ou apparent si la situation de l'agent peut être perçue ou interprétée comme partielle (CAA Paris, 4 juill. 2013, *Centre d'action sociale de la ville de Paris*, n° 10PA01954, à propos de la confirmation par les juges de la décision du département de Paris de mettre fin à l'affectation d'un médecin contractuel de droit public recruté par ce département pour assurer des vacations médicales dans plusieurs centres de santé du département, dont un se trouvait à proximité du cabinet libéral dans lequel il pratiquait également).

⁶⁴³ Art. 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique (JO du 12 octobre 2013). Art. 25 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (modifiée).

⁶⁴⁴ Voir la notion de prise illégale d'intérêt prévue à l'article 432-12 du code pénal.

⁶⁴⁵ ROUSSET G., « La transparence administrative comme outil de prévention des conflits d'intérêt », *RGDM 2014*, n° 57, spéc. p. 58.

⁶⁴⁶ Au sujet des essais cliniques (V. TABUTEAU D., « L'expert en santé publique et les conflits d'intérêts, in LAUDE A., TABUTEAU D. (dir.), « Essais cliniques quels risques ? », PUF 2007, p. 87) ; Au sujet du Médiateur (LAUDE A., MATHIEU B., TABUTEAU D., *Droit de la santé*, PUF, 3ème éd., 2012, spéc. p. 103).

⁶⁴⁷ HIRSCH M., *Pour en finir avec les conflits d'intérêts*, éd Stock, 2010, p. 77.

⁶⁴⁸ Loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé (JO du 30 décembre 2011).

⁶⁴⁹ Art. L. 1431-1 CSP.

⁶⁵⁰ Art. L. 1418-1 CSP.

⁶⁵¹ Art. L. 5311-1 CSP.

⁶⁵² Décret n° 2012-745 du 9 mai 2012 relatif à la déclaration publique d'intérêts et à la transparence en matière de santé publique et de sécurité sanitaire (JO du 10 mai 2012).

publique et de sécurité sanitaire... »⁶⁵³ et « les personnes invitées à apporter leur expertise dans les domaines de santé publique et de la sécurité sanitaire... »⁶⁵⁴ .

159. La déclaration d'intérêt remise par l'agent à l'autorité compétente doit mentionner les liens d'intérêts « *de toute nature, directs ou par personne interposée, que le déclarant a, ou qu'il a eus pendant les cinq années précédant sa prise de fonctions, avec des entreprises, des établissements ou des organismes dont les activités [...] entrent dans le champ de compétence de l'autorité sanitaire au sein de laquelle il exerce ses fonctions [...] ainsi qu'avec les sociétés ou organismes de conseil intervenant dans les mêmes secteurs* »⁶⁵⁵ . Les déclarations d'intérêts des agents sont rendues publiques⁶⁵⁶ sur le site unique de télédéclaration « DPI.sante.gouv.fr », et toute information mensongère qui porte atteinte à la sincérité de la déclaration est réprimée pénalement⁶⁵⁷ . Cependant, le dispositif de déclaration d'intérêt ayant été jugé par la CDC lacunaire au sein des institutions depuis son instauration en 2011⁶⁵⁸ , plusieurs circulaires sont venues préciser les conditions d'instauration des déclarations d'intérêts, notamment au sein des agences régionales de santé⁶⁵⁹ .

En pratique, la mise en place d'une procédure de prévention des conflits d'intérêts garantit l'objectivité des avis donnés dans le cadre de l'expertise sanitaire⁶⁶⁰ . Dans son arrêt *Formindep* du 27 avril 2011, le Conseil d'État a annulé un avis de la HAS au motif que « la Haute Autorité de santé n'a pas été en mesure de verser au dossier l'intégralité des déclarations d'intérêts dont l'accomplissement était pourtant obligatoire [...] »⁶⁶¹ , permettant ainsi au juge administratif de contrôler la bonne application du système déclaratif⁶⁶² .

Cette objectivité est aussi particulièrement requise en opération de contrôle. Elle permet de pallier les risques d'une endogamie innée dans le secteur sanitaire et médicosocial, qui s'est

⁶⁵³ Art. R. 1451-1 III 2° CSP.

⁶⁵⁴ Art. R. 1451-1 II CSP.

⁶⁵⁵ Art. L. 1451-1 I alinéa 2 CSP.

⁶⁵⁶ Art. L. 1451-1 I alinéa 4 CSP.

⁶⁵⁷ Art. L. 1454-2 CSP.

⁶⁵⁸ Cour des comptes, *La prévention des conflits d'intérêts en matière d'expertise sanitaire*, mars 2016, notamment p. 36 : « par défaut de contrôle institutionnalisé, l'effectivité du dispositif de sanctions risque de demeurer illusoire ».

⁶⁵⁹ V. Instruction n° DAJ/POLE DEONTOLOGIE/2017/337 du 11 décembre 2017 concernant la mise en œuvre des dispositions relatives à la déclaration publique d'intérêt et à la prévention des conflits d'intérêts dans les agences régionales de santé.

⁶⁶⁰ HOUSSIN D., « Indépendance et expertise, santé publique et prévention des conflits d'intérêts », *Revue Pouvoirs* n° 147, 2013, p. 111.

⁶⁶¹ CE, 27 avr. 2011, *Association Formindep*, n° 334396, Rec. 168, *AJDA* 2011, p. 877 ; *ibid.* p. 1326, concl. C. LANDAIS ; D. 2011, p. 1287 ; *ibid.* 2565, obs. A. LAUDE ; *RDSS* 2011, p. 483, note J. PEIGNE.

⁶⁶² GINOCCHI D., « La transparence : un outil au service de la prévention des conflits d'intérêts dans le secteur de la santé », in *RDSS Hors-série* mars 2018, Déontologie et santé, p. 117.

accrue au sein des agences avec le recours croissant aux agents contractuels ou détachés d'établissements de santé ou médico-sociaux pour exercer des missions de contrôle et de police administrative⁶⁶³, ou décider de leur engagement et des suites à y donner⁶⁶⁴. Nous constatons que dans bon nombre de cas, ces agents contractuels exerçaient antérieurement des fonctions au sein d'ES ou d'établissements médico-sociaux, voire de fédérations d'établissements, dans le même ressort territorial que l'ARS dans laquelle ils sont affectés par la suite⁶⁶⁵. Leur expertise acquise porte en elle-même le germe du conflit d'intérêt. Aussi, la déclaration d'intérêt obligatoire et publique ne doit pas empêcher une vigilance constante de l'autorité hiérarchique, chaque fois qu'un avis technique à enjeux économiques ou juridiques est demandé à ces agents.

160. Pour ce qui concerne les contrôles réalisés dans le champ des établissements et services sociaux sous compétences actuelles du préfet de département ou du PCD, en l'absence de texte spécifique, les règles applicables en matière de conflits d'intérêts relèvent du droit général de la fonction publique. L'article 2 de la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires⁶⁶⁶ a consacré à l'article 25 bis de la loi de juillet 1983 le principe de prévention des conflits d'intérêts : « *Le fonctionnaire veille à faire cesser immédiatement ou à prévenir les situations de conflit d'intérêts dans lesquelles il se trouve ou pourrait se trouver* ». Pour les agents de ces institutions, la déclaration d'intérêt n'est pas automatique. L'article 25 ter I. de la loi de 1983 dispose que : « *La nomination dans l'un des emplois dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifient, mentionné sur une liste établie par décret en Conseil d'Etat, est conditionnée à la transmission préalable par le fonctionnaire d'une déclaration exhaustive, exacte et sincère de ses intérêts à l'autorité investie du pouvoir de nomination* »⁶⁶⁷.

Le décret n° 2016-1967 du 28 décembre 2016 relatif à l'obligation de transmission d'une déclaration d'intérêt, fixe, en application de l'article 25 ter de la loi de 1983, les emplois soumis à l'obligation de transmission de déclaration d'intérêt, et ce pour les fonctionnaires et agents

⁶⁶³ V. la notion d'inspecteurs ou contrôleurs désignés par le DGARS. Art. L. 1435-7 CSP.

⁶⁶⁴ Dans les ARS, un certain nombre de directeurs hospitaliers ont été recrutés au poste de directeurs de l'offre de soins.

⁶⁶⁵ Agents appartenant aux corps des directeurs d'hôpital, attachés d'administration hospitalière, médecins ou pharmaciens hospitaliers, cadres supérieurs de santé, agents contractuels d'EHPAD, etc.

⁶⁶⁶ Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires (JO du 21 avril 2016).

⁶⁶⁷ En cas de constatation de conflit d'intérêt, l'autorité hiérarchique prend les mesures nécessaires pour y mettre fin ou enjoint au fonctionnaire de faire cesser la situation. Si l'autorité hiérarchique ne s'estime pas en mesure d'apprécier la situation de conflit d'intérêt, elle transmet la déclaration d'intérêt à la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (article 25 ter II al. 2).

contractuels de droit public ou de droit privé des trois versants de la fonction publique⁶⁶⁸. Parmi ces emplois figurent des chefs de services, des secrétaires généraux, des emplois de directeur départemental interministériel et directeur départemental interministériel adjoint⁶⁶⁹, et les inspecteurs généraux dont les membres de l'IGAS mentionnés à l'annexe du décret n° 85-344 du 18 mars 1985 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique d'État⁶⁷⁰.

161. En revanche, ne sont pas cités dans ce décret, les agents assurant des missions d'inspection et de contrôle, ce que confirme la circulaire du ministère de l'action et des comptes publics en date du 4 décembre 2018 et relative à l'obligation de transmission d'une déclaration d'intérêts dans la fonction publique d'État⁶⁷¹, « *les membres d'autres corps d'inspection ou de corps de contrôle, ne figurant pas à l'annexe du décret du 18 mars 1985, ne sont pas concernés par l'obligation de transmission d'une déclaration d'intérêt au titre du 1° de l'article 5 du décret du 28 décembre 2016 modifié* ».

Cette disposition est diversement appréciée par les autorités administratives de l'État et les collectivités territoriales intervenant dans le champ des établissements et services sociaux. En effet, l'article 2-3° du décret de 2016 rend obligatoire la déclaration d'intérêt lorsque des compétences spécifiques sont reconnues à certains agents pour prendre les décisions qui exposent leur auteur à un risque particulier de conflit. A ce titre, citons « *la décision de délivrer, de suspendre ou de retirer un agrément à une personne morale* »⁶⁷² et « *l'autorisation de suspension ou l'interdiction d'une activité exercée par une personne morale* »⁶⁷³.

Certains agents issus des corps de contrôle et occupant des postes de chefs de services, se retrouvent ainsi à signer une déclaration pour les décisions qu'ils prennent, mais pas pour les contrôles qu'ils réalisent. Toutefois, le principe d'indépendance technique précédemment évoqué en matière de contrôle, doit en théorie empêcher ce mélange des genres, mais la transparence administrative est loin d'être assurée dans le secteur social.

162. En conclusion, et au regard de l'état actuel des textes relatifs aux déclarations d'intérêts, nous constatons une inégalité de traitement du lien d'intérêt entre, d'un côté le champ

⁶⁶⁸ Décret n° 2016-1967 du 28 décembre 2016 relatif à l'obligation de transmission d'une déclaration d'intérêt prévue à l'article 25 ter de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et modifié par le décret n° 2018-127 du 23 février 2018.

⁶⁶⁹ Art. 2-5° du décret du 28 décembre 2016 modifié. Ces emplois fonctionnels, au rang desquels figurent les DDCS et DDCSP, empêchent en pratique ceux qui les occupent de participer à des contrôles, quand bien même leur statut d'inspecteur les y autoriserait.

⁶⁷⁰ Art. 5-1° du décret du 28 décembre 2016 modifié.

⁶⁷¹ NOR : CPAF1831466C.

⁶⁷² Art. 2 3° d) du décret du 28 décembre 2016.

⁶⁷³ Art. 2 3° e) du décret du 28 décembre 2016.

sanitaire et médicosocial qui relève d'un droit très protecteur avec des déclarations d'intérêts obligatoires et publiques, et de l'autre, le champ social pour lequel les agents de contrôle sont soumis aux textes généraux de la loi de 1983, sans exigence d'une matérialisation par une déclaration d'intérêt publique, et avec pour seule obligation de soulever le conflit d'intérêt quand il se présente et de demander à sa hiérarchie le déport de la mission considérée. Le risque de conflit d'intérêt est pourtant très présent dans le secteur social avec le recours à des agents contractuels dans les services, à l'instar des agences sanitaires et médico-sociales. Les textes relatifs à la transparence administrative sont aujourd'hui trop nombreux et enchevêtrés, rendant leur compréhension difficile pour les autorités. Une harmonisation du droit entre le secteur santé et le secteur social serait bienvenue.

163. Une autre proposition serait soit de réglementer la déontologie des inspecteurs à l'image des Codes de déontologie prévus réglementairement pour l'inspection du travail⁶⁷⁴ ou celui élaboré pour les agents de la Direction générale de finances publiques⁶⁷⁵, soit de permettre l'élaboration de « chartes de déontologie » qui comme l'a fait remarquer Benoit APOLLIS sont, de par leur appartenance au droit souple, « en deçà des codes de déontologie »⁶⁷⁶, mais peuvent utilement compléter et expliciter les droits et obligations des agents participant à des contrôles, en particulier dans le secteur social, à l'instar de la charte de l'IGAS⁶⁷⁷ et celle de l'ANSM⁶⁷⁸.

Enfin, et c'est une question qui peut être résolue dans le cadre évoqué précédemment, il faudrait selon nous éviter la notion de « conflit de mission », caractéristique des emplois occupés par les inspecteurs et contrôleurs du champ sanitaire et social, en préférant l'encadrer par des règles de bonnes pratiques déontologiques que par de nouveaux textes. En effet, nous avons évoqué la « double casquette » des inspecteurs des ARS et services de cohésion sociale chargés à la fois de la gestion des établissements et de leur contrôle. Or, il nous semble que le conflit de mission peut aussi constituer un conflit d'intérêt potentiel, alors même que les différentes missions dont un inspecteur a la charge créent une « interférence », au sens que la déontologie prête à ce terme, entre les missions menées par lui au titre de l'accompagnement (conduites de

⁶⁷⁴ Décret n° 2017-541 du 12 avril 2017 portant code de déontologie du service public de l'inspection du travail (JO du 14 avril 2017).

⁶⁷⁵ Guide de déontologie des agents de la direction générale des finances publiques, mai 2012.

⁶⁷⁶ APOLLIS B., « Les sources de la déontologie », in *RDSS Hors-série* mars 2018, Déontologie et santé, p. 23.

⁶⁷⁷ Décision du 29 janvier 2018 portant adoption de la charte de déontologie de l'inspection générale des affaires sociales (JO du 2 février 2018).

⁶⁷⁸ Charte de déontologie de l'ANSM de mai 2016 (mises à jour en 2017 et 2018). <https://ansm.sante.fr/S-informer/Points-d-information-Points-d-information/La-charte-de-deontologie-de-l-ANSM-paracheve-le-dispositif-deontologique-mis-en-place-Point-d-Information>.

projets, contractualisations, allocations de ressources) et celles réalisées au titre de leur activité de contrôle. La résolution de ce conflit de mission consiste actuellement à mutualiser les contrôles entre agents d'une même institution, afin que seuls des agents non impliqués dans la gestion des établissements et services réalisent le contrôle. Cela paraît nécessaire mais insuffisant.

164. La solution extrême consisterait à créer une organisation administrative qui séparerait physiquement les « fonctions régaliennes d'inspection-contrôle » et les « fonctions de développement », autrement dit la fonction de « gestion des risques » par la police, de la fonction d'évaluation de l'analyse du risque par les experts, auxquelles Didier TABUTEAU fait référence dans son ouvrage sur la sécurité sanitaire⁶⁷⁹. On pense par exemple à la création d'une IGAS régionalisée ou à la régionalisation de la fonction inspection au niveau du siège d'une ARS, moins en lien de gestion directe avec les opérateurs de terrain qu'une délégation territoriale. Cette séparation des fonctions est ponctuellement évoquée à l'occasion de débats parlementaires ou d'affaires médiatiques mettant en jeu le pouvoir d'inspection dans le champ étudié. C'était le cas lors du débat parlementaire sur le projet de loi HPST où quatre amendements avaient été déposés par des députés pour dénoncer l'incompatibilité de la fonction inspection avec celle de pilotage des établissements, notamment au travers de l'allocation de ressources. La demande visait à mettre en place une spécialisation de certains inspecteurs sur la fonction inspection. Ces amendements ont été rejetés par la ministre de l'époque, Roselyne BACHELOT, afin de conserver une « double compétence » aux agents des ARS afin d'être « mieux formés » et du fait des « effectifs réduits » d'inspecteurs dont la masse critique ne permettait pas une disjonction des fonctions⁶⁸⁰.

Au-delà de ces arguments essentiellement quantitatifs, nous pourrions avancer des arguments qualitatifs en faveur de l'unification des fonctions. L'inspection doit servir la décision administrative, au même titre que le contrat, la tarification et l'évaluation. Mettre la décision et l'inspection dans deux entités différentes ne peut que ralentir la prise de décision, voire même générer de l'insécurité pour le décideur comme pour celui qui fait l'objet de la décision. Comme le fait remarquer Didier TABUTEAU, « *une césure excessive entre l'évaluation et la gestion des risques peut même être source d'incohérence et d'insécurité. Les données de surveillance, les rapports d'inspection, les bilans de contrôles sont fréquemment les composantes majeures de*

⁶⁷⁹ TABUTEAU D., *La sécurité sanitaire*, Berger-levrault, éd. 2002, p. 93 et p. 109.

⁶⁸⁰ Débats parlementaires de la loi HPST disponibles sur

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?type=general&idDocument=JORFDOLE000019674897>.

*l'évaluation. L'expertise ne peut, sans risque de contribuer à une sécurité virtuelle, être coupée de cette connaissance du réel »*⁶⁸¹. Cette césure pourrait même, par un jeu d'acteurs bien connu, aboutir à une rétention d'information de part et d'autre de la chaîne de décision, alors que les antagonismes s'effacent quand les fonctions sont réunies sous la même autorité qui dispose de deux mains différentes.

Dans le champ de notre étude, il nous semble que l'unification des fonctions soient la meilleure solution au niveau des services territoriaux, à condition que ces fonctions ne s'annihilent pas l'une et l'autre, que des garanties soient offertes pour éviter les conflits de missions, et que des mesures soient mises en place pour que les fonctions de gestion et d'inspection se nourrissent l'une et l'autre (dialogue de gestion et CPOM notamment). Aussi, comme Jean-Marc SAUVE, nous ne pouvons que souhaiter « *des pistes d'approfondissement du dispositif de signalement des situations de conflits d'intérêts* » qui se traduisent par des « *procédures de prévention des risques de conflits d'intérêts conçues et formalisées en interne* » et s'appliquent à « *l'activité des corps d'inspection sectoriels et transversaux* »⁶⁸².

b) Le devoir de réserve et de discrétion professionnelle : obligations classiques de la fonction publique, renforcées en matière de contrôle.

165. Le devoir de réserve est le fruit d'une construction jurisprudentielle en application du principe de neutralité du service public. Il se définit comme une interdiction faite aux fonctionnaires, pendant et en dehors du service⁶⁸³, de manifester une opinion ou un comportement de nature à porter atteinte à l'image et à la considération du service public, de manière orale ou écrite, dans un cadre public comme privé⁶⁸⁴. En matière de contrôle, le devoir de réserve doit être considéré comme maximal, au regard des enjeux et des risques de contentieux. Il impose à l'agent de ne pas déconsidérer sa profession, de ne pas critiquer l'opportunité du contrôle, les constats et l'analyse qui en découlent, ou la décision administrative retenue à l'issue de ce contrôle, sous peine de sanctions disciplinaires.

Ce devoir de réserve se distingue de l'obligation de discrétion professionnelle prévue à l'article 26 de la loi du 13 juillet 1983⁶⁸⁵. Celle-ci vise à protéger les informations administratives

⁶⁸¹ TABUTEAU D., « La sécurité sanitaire », *berger-levrault*, ed. 2002, *op. cit.*, p. 109.

⁶⁸² SAUVE J.-M., « La prévention des conflits d'intérêts et l'alerte éthique », *AJDA* 2014, p. 2249.

⁶⁸³ CE, Ass. 31 janv. 1975, *W*, n° 88338

⁶⁸⁴ CE, 11 janv. 1935, *Bouzanquet*, n° 40842, Rec. p. 44. ; CE, 10 févr. 1939, *Ville de Saint Maurice*.

⁶⁸⁵ Art. 26 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée portant droits et obligations des fonctionnaires : « *Les fonctionnaires doivent faire preuve de discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions...* ».

détenues par les inspecteurs et se traduit dans la procédure d'inspection-contrôle, notamment par l'interdiction de communiquer aux personnes contrôlées des outils et méthodes de contrôle⁶⁸⁶. Cette interdiction est également opposable aux autres agents relevant de la même autorité, et qui, du fait de leurs fonctions, n'ont pas à connaître des informations soumises à contrôle⁶⁸⁷.

Si l'obligation de discrétion professionnelle est donc source de protection de l'administration, elle se différencie du devoir de respect du secret professionnel qui vise à protéger les administrés, usagers ou membres de l'établissement ou du service contrôlé.

Aussi, ces obligations directes relatives à la qualité des agents de contrôle ne suffisent pas à assurer l'égalité de traitement des situations et des administrés. Les agents de contrôle doivent aussi respecter des obligations indirectes relatives à la qualité des personnes soumises au contrôle.

2/ Les obligations relatives à la qualité des personnes soumises au contrôle.

A côté des obligations relatives à la qualité des agents exerçant le contrôle, ceux-ci doivent respecter des obligations dues à la qualité des personnes soumises à leur contrôle. Ces obligations, particulièrement importantes dans le champ qui guide notre étude, concernent la protection des informations couvertes par le secret professionnel (a) et le respect de la confidentialité des réclamations (b).

a) La protection des informations couvertes par le secret professionnel en matière de contrôle.

166. Dans l'exercice de leurs missions de contrôle, quel que soit le domaine contrôlé, et au-delà du champ étudié, les inspecteurs sont amenés à connaître d'éléments d'informations couvertes par le secret professionnel. Ce dernier est à la fois un principe dont ils doivent faire assurer le respect par l'établissement ou le service⁶⁸⁸, et un principe qu'ils doivent respecter eux-mêmes dans l'exercice de leur mission d'inspection contrôle, sous peine d'engager leur responsabilité pénale et disciplinaire. Nous allons voir que si l'accès aux données couvertes par le secret est autorisé en inspection sous certaines conditions, la révélation de ce secret est

⁶⁸⁶ Grilles ou référentiels d'inspection, plan de contrôle, mesures administratives envisagées envers un établissement ou une personne.

⁶⁸⁷ Informations relatives au contenu du rapport d'inspection ou aux suites envisagées.

⁶⁸⁸ Notamment en matière de respect de la vie privée et du secret médical.

interdite et ce, afin de protéger la personne couverte par le secret, contrairement à la discrétion professionnelle qui, comme nous l'avons vu, protège les inspecteurs et non l'inspecté. Nous aborderons aussi les cas dans lesquels la révélation du secret est autorisée par les textes dans le but de protéger une personne qui serait victime d'une non révélation d'information la concernant.

167. Parmi les multiples informations accessibles aux inspecteurs, celles qui sont couvertes par le secret professionnel sont de nature très variées. Elles peuvent d'abord concerner la vie privée des personnes membres du personnel, comme celle des usagers de l'établissement ou du service et ne sont pas utiles aux objectifs poursuivis par les inspecteurs, hormis en cas de constat par les inspecteurs de détournement de pouvoirs ou de biens publics à des fins personnelles. Nombreux sont les textes généraux et les textes spécifiques au champ étudié qui rappellent le devoir de respect de la vie privée⁶⁸⁹. La jurisprudence donne une acception très large à la notion de vie privée, qui concerne aussi bien la vie affective, les orientations sexuelles, politiques, syndicales ou religieuses, et les informations patrimoniales, les loisirs et la santé des personnes.

Il y a ensuite les données utiles pour l'inspection, mais qui ne doivent être recueillies et diffusées que conformément à des textes. C'est le cas de données relevant de secrets professionnels spécifiques. Par exemple, l'accès aux données à caractère médical est réservé aux inspecteurs ayant la qualité de médecin ou de pharmaciens inspecteurs de manière générale⁶⁹⁰, que le contrôle ait lieu en ES⁶⁹¹, dans les LBM⁶⁹² ou dans les ESSMS⁶⁹³. Il existe également un accès aux données à caractère industriel et commercial qui sont exploitables dans un rapport de contrôle sous certaines conditions⁶⁹⁴. Il y a enfin les données qui ne sont pas accessibles et a fortiori pas exploitables dans un rapport. C'est le cas des correspondances entre un avocat et son client qui revêtent un secret quasi absolu ne pouvant être levé que par ordonnance du juge

⁶⁸⁹ Art. 8 CEDH qui proclame le respect de toute personne au respect « *de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* » ; Art. 9 du Code civil : « *Chacun a droit au respect de sa vie privée* » ; Les articles L. 1110-4 et L. 1112-1 CSP posent un principe général au respect de la vie privée et au secret des informations de la part des professionnels de santé et des établissements de santé ; L'article L. 311-3 CASF énonce les droits subjectifs des personnes accueillies ou accompagnées en établissement ou service social et médicosocial, au titre desquels se trouve le « *respect de sa vie privé* » ; l'article L. 331-2 CASF rappelle le principe de respect du secret professionnel.

⁶⁹⁰ Art. L. 1421-3 alinéas 3 et 4 et L. 1435-7 alinéa 1^{er} CSP.

⁶⁹¹ Art. L. 1112-1 III CSP et art. L. 162-30-1 CSS.

⁶⁹² Art. L. 6231-1 alinéa 3 CSP.

⁶⁹³ Art. L. 313-13-1 CASF.

⁶⁹⁴ Secret de fabrication d'un médicament dans les industries pharmaceutiques contrôlées par l'ANSM, savoir-faire d'une entreprise, stratégie de développement, chiffres d'affaires des entreprises dont les activités ont un lien avec les produits de santé au sens de l'article L. 5311-1 CSP.

des libertés et de la détention dans le cadre d'une information judiciaire⁶⁹⁵. C'est aussi le cas des données classées « secret défense » dans le cadre des contrôles des établissements de santé des armées, dont l'autorité militaire est en droit de refuser l'accès aux inspecteurs de la santé⁶⁹⁶ et qui sont protégées en application de l'article L. 311-5 CRPA parce que la doctrine nomme un « secret absolu »⁶⁹⁷, car ces données sont non communicables « par nature ».

168. La violation du secret professionnel par les inspecteurs dans leur mission de contrôle, se matérialise généralement par la divulgation de ce secret dans un document administratif qui est communiqué. Le rapport d'inspection est un support propice à la violation du secret, car il fait l'objet d'une communication, avec le projet de décision administrative, dans le cadre de la procédure contradictoire préalable à la décision administrative⁶⁹⁸. Il peut faire aussi l'objet d'une éventuelle demande par un administré de communication rendue obligatoire lorsque le document est achevé⁶⁹⁹, ou d'une diffusion facultative du rapport, au choix de l'administration, sur son site internet⁷⁰⁰. Dans le champ étudié, le respect du « secret relatif », par opposition au « secret absolu », suppose que ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs prévus à l'article L. 311-6 1° CRPA, notamment ceux « *dont la communication porterait atteinte à la protection de la vie privée, au secret médical et au secret des affaires, lequel comprend le secret des procédés, des informations économiques et financières...* ». Ce respect doit s'appliquer pleinement, notamment en matière de secret médical⁷⁰¹. En cas de violation d'un secret professionnel, le statut général des fonctionnaires renvoie aux dispositions du CP qui prévoit une peine délictueuse à l'encontre des inspecteurs en cas de révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire, notamment « *en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire* »⁷⁰².

A contrario, il existe des cas dans lesquels les inspecteurs n'encourent pas de sanction lorsqu'ils révèlent un secret professionnel, la loi les obligeant même à la révélation sous peine de sanctions pénales. Nous citerons principalement le cas de non dénonciation de privations, sévices, atteintes ou mutilations sexuelles qu'ils auraient à connaître dans le cadre de leurs

⁶⁹⁵ Art. 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques ; art. 226-15 CP.

⁶⁹⁶ Art. L. 1421-3-1 alinéa 1 CSP.

⁶⁹⁷ Voir commentaires Dalloz sous article L. 311-5 CRPA.

⁶⁹⁸ Art L. 121-1 CRPA.

⁶⁹⁹ Art. L. 311-1 CRPA.

⁷⁰⁰ Art. L. 312-1 alinéa 2 CRPA.

⁷⁰¹ L'occultation et la disjonction de parties médicales du rapport d'inspection est utilisée par les médecins inspecteurs avant communication en application de l'article L. 311-7 CRPA.

⁷⁰² Art. 226-13 CP précité.

missions, notamment de contrôle sur des établissements et services accueillants des mineurs de 15 ans ou des personnes vulnérables⁷⁰³, et le cas de la non information au parquet de crime ou délits qu'ils ont à connaître dans l'exercice de leurs missions⁷⁰⁴.

b) Le respect de la confidentialité des réclamations en matière de contrôle.

169. Au respect du secret professionnel, l'IGAS est venue ajouter dans les guides à destination des agents de contrôle le principe de confidentialité des réclamations. En réalité, ce principe n'a pas en soi de base juridique, mais constitue une application particulière du secret professionnel. En effet, les contrôles dans les établissements sont souvent la conséquence d'une « réclamation » d'un usager ou le « signalement » de la part d'un professionnel ou d'une institution⁷⁰⁵. Il s'agit si possible de ne pas révéler l'identité du réclamant ou du signalant, le contenu, voire l'existence même de la plainte ou du signalement⁷⁰⁶. Mais ce principe de confidentialité est à concilier avec le devoir d'information instauré par les textes dans certaines situations.

En premier lieu, l'obligation faite à tout fonctionnaire, y compris de l'établissement si il est public, de dénoncer au parquet des crimes et délits dont il aurait connaissance en application de l'article 40 du CPP et l'information obligatoire des autorités judiciaires et administratives dans les cas de mauvais traitements à personne vulnérable prévue en application de l'article 434-3 CP⁷⁰⁷. En second lieu, le législateur a entendu protéger les lanceurs d'alerte avec l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite « *Loi sapin 2* » qui crée un cadre juridique protecteur des lanceurs d'alerte, notamment pour les agents publics et collaborateurs du service public et oblige à un caractère strictement confidentiel de la procédure⁷⁰⁸. Dans le même sens, le principe de confidentialité des réclamations se conjugue avec le droit prévu par l'ordonnance

⁷⁰³ Art. 226-14 CP.

⁷⁰⁴ Art. 40 CPP.

⁷⁰⁵ Citons l'exemple d'un centre hospitalier destinataire d'un patient victime de mauvais traitements dans un EHPAD où il est pris en charge, ou d'une école de formation d'infirmières dont un stagiaire rapporte les pratiques non conventionnelles constatées sur son lieu de stage.

⁷⁰⁶ Ni dans la lettre de mission ou dans la lettre d'annonce des inspecteurs, ni dans les entretiens lors de l'inspection, ni dans le rapport d'inspection.

⁷⁰⁷ Art. 434-3 du Code pénal : « *Le fait pour quiconque ayant connaissance de privations, de mauvais traitements ou d'agressions ou atteintes sexuelles infligés à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse, de ne pas informer les autorités judiciaires ou administratives ou de continuer à ne pas informer ces autorités tant que ces infractions n'ont pas cessé est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende (...)* ».

⁷⁰⁸ Art. 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, JO n° 0287 du 10 décembre 2016.

n° 2005-1477 du 1^{er} décembre 2005 de protection légale du salarié témoignant ou relatant des mauvais traitements au sein d'un ESSMS⁷⁰⁹.

Les droits et obligations reconnus aux inspecteurs pour assurer leurs missions de contrôle dans les établissements et services servent principalement les décisions administratives prises par leur commanditaire, en particulier dans un but préventif de police administrative comme nous le verrons. Mais ils peuvent être amenés à les mettre également en œuvre à l'occasion d'une procédure judiciaire accessoire de la procédure administrative, ainsi que nous allons le présenter.

Il ressort de ce paragraphe que l'inspection justifie l'attribution de pouvoirs très larges aux inspecteurs en vue d'une décision administrative à titre principal, parce que la finalité ultime de l'inspection relève de la police administrative et que celle-ci est encadrée par des obligations fortes qui pèsent sur les inspecteurs et qui visent la protection des administrés. Mais l'inspection peut aussi poursuivre une finalité judiciaire qui parfois est mise en œuvre en complément de cette mission de police administrative.

§2 L'attribution de pouvoirs en vue d'une décision judiciaire à titre accessoire

L'activité d'inspection contrôle est principalement une activité relevant du contrôle technique et de police administrative dans le champ étudié. Toutefois, nous assistons depuis quelques années à une pénalisation de l'action administrative avec la création d'infractions pénales techniques dont il nous faut étudier les raisons et les conditions de déclenchement (A). Une fois ces conditions de déclenchement réunies, nous verrons que les prérogatives de police judiciaire sont nombreuses et variées, ce qui rend plus complexe encore leur articulation avec la police administrative (B).

⁷⁰⁹ Art. L. 313-24 CASF ; BOULMIER D., « Les lanceurs d'alerte dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux : à propos de l'article L. 313-24 du CASF », *RDSS 2015* p. 448 ; COCQUEBERT L., « Prise illégale d'intérêts : de nouveaux enjeux pour les organismes gestionnaires des secteurs sanitaire, social et médico-social », *RDSS 2014* p. 158.

A/ Une montée en puissance des contrôles de police judiciaire : la pénalisation de l'action administrative dans le champ étudié

Les conséquences des crises sanitaires et des faits de maltraitance en institutions médico-sociales dans les années 1990 ont incité le législateur à durcir le contrôle des autorités administratives dans ces champs. Il en est résulté une pénalisation de l'action administrative sur l'activité des établissements et services du champ étudié.

En effet, cette pénalisation de l'action administrative s'est traduite par la création de contrôles relevant de la police judiciaire qui sont venus renforcer le rôle de police administrative des autorités de contrôle (1). Toutefois, les conditions de déclenchement des prérogatives de police judiciaire relèvent d'une procédure complexe et souvent méconnue des autorités administratives concernées (2).

1/ Les raisons de la pénalisation de l'action administrative : le renforcement de la police administrative par la police judiciaire.

170. L'attribution de fonctions de police judiciaire à des fonctionnaires ou à des agents des collectivités territoriales n'est pas récente. Les lois de 1902 et de 1905 relatives à l'hygiène publique permettaient déjà à des fonctionnaires d'être assermentés afin de constater des infractions pénales relatives à l'hygiène et la santé. A sa création en 1959, le CPP a consacré cette possibilité pour des fonctionnaires de devenir des auxiliaires de justice dans l'exercice de leurs missions de contrôle technique et administratif. L'article 15 de ce code dispose que « *la police judiciaire comprend : 1° Les officiers de police judiciaire ; 2° Les agents de police judiciaire et les agents de police judiciaire adjoints ; 3° Les fonctionnaires et agents auxquels sont attribués par la loi certaines fonctions de police judiciaire* ». Aussi, des lois spéciales peuvent-elles attribuer à des fonctionnaires et agents des services de l'État, de ses établissements publics ou des collectivités territoriales, des pouvoirs de police judiciaire⁷¹⁰.

La complémentarité entre la police judiciaire et la police administrative a cependant mal fonctionné pendant la période s'étalant de 1970 à la fin des années 1990, par défaut d'exercice de la police administrative du fait, comme nous l'avons vu, de l'abandon quasi systématique

⁷¹⁰ L'article 28 CPP précise en ce sens que : « *Les fonctionnaires et agents des administrations et services publics auxquels des lois spéciales attribuent certains pouvoirs de police judiciaire exercent ces pouvoirs dans les conditions et dans les limites fixées par ces lois* ».

des fonctions d'inspection et de contrôle en établissements et services d'accueil de personnes par les services de l'État dans le champ sanitaire et social (cf Titre 1). Mais les scandales sanitaires et les affaires de maltraitance dans les établissements médico-sociaux des années 1990, ont permis au législateur de réaffirmer le rôle protecteur de l'État à partir de 1998, en procédant à un déploiement des dispositifs de sécurité sanitaire et à un renforcement de la fonction inspection contrôle.

C'est ainsi que suite aux rapports de l'IGAS relatifs au renforcement des fonctions d'inspection dans les services déconcentrés et à la note du ministère du 18 mars 1999⁷¹¹, certains inspecteurs du champ sanitaire et social chargés de missions de police administrative se sont vus attribués par des lois spéciales dans les codes dits « techniques », comme le CSP ou le CASF, des prérogatives de police judiciaire par la voie de l'habilitation et de l'assermentation⁷¹², y compris pour les agents des collectivités territoriales qui réalisent des contrôles du champ étudié⁷¹³. Cependant, les juges administratifs ont rappelé que, pour assurer des missions de contrôle de police administrative, les agents n'ont pas à être assermentés⁷¹⁴, ce qui est le cas pour la majorité des agents des ARS et des services de cohésion sociale qui ne réalisent que des contrôles de police administrative. Pourtant, nombreux sont encore les agents de contrôle qui pensent que cette assermentation est obligatoire pour exercer leurs pouvoirs de police administrative.

L'action pénale a aussi fait l'objet d'un renforcement dans le champ particulier de la santé publique par la mise en place de deux nouvelles entités au début des années 2000. D'une part, la création par la loi du 4 mars 2002 de deux juridictions interrégionales spécialisées pour traiter de procédures pénales spécifiques et complexes relatives aux atteintes à l'homme et à

⁷¹¹ Note d'orientation DAGPB/IGAS n° 99/173 du 18 mars 1999 sur la stratégie et la méthodologie de renforcement des fonctions d'Inspection déconcentrées dans le domaine sanitaire et social, BO 15 mai 1999, n° 99/17, p. 40.

⁷¹² Loi n° 98-535 du 1er juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme (Art. L. 5413-1 CSP ancien pour les médecins inspecteurs de santé publique) ; Loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale (Art. L. 313-13 CASF dans sa version issue de la loi de 2002 pour les inspecteurs de l'action sanitaires et sociale) ; Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 sur la politique de santé publique (Art. L. 3512-4 CSP ancien pour les inspecteurs des DDASS et DRASS) ; Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires (Art. L. 313-13 dans sa version issue de la loi de 2009 pour les inspecteurs de l'action sanitaires et sociale) ; Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé (Art. L. 1312-1 CSP pour l'ensemble des agents relevant des articles L. 1421-1 et L. 1435-7 CSP ; art. L. 6324-1 CSP pour les médecins inspecteurs de santé publique et les inspecteurs des agences régionales de santé ayant la qualité de médecin) ; Ordonnance n° 2018-22 du 17 janvier 2018 relative au contrôle de la mise en œuvre des dispositions du code de l'action sociale et des familles et de l'article L. 412 du code du tourisme et aux suites de ce contrôle (Art. L. 331-8-2 CASF pour les agents mentionnés à l'article L. 313-13 CASF ; Art. L. 412-2 du code du tourisme pour les agents mentionnés à l'article L. 313-13 II CASF en matière de contrôle des vacances adaptées organisées).

⁷¹³ V. art. L. 331-8-2 CASF issu de l'ordonnance 2018-22 du 17 janvier 2018.

⁷¹⁴ CAA Bordeaux, 27 nov. 2008, *Département de la Charente Maritime, min. de la Santé*, n° 07BX00242 et 07BX00382 ; CAA Marseille, 27 fév. 2017, *Ass. Edmond Barthélémy*, n° 15MA04791, cons. n° 7.

l'animal⁷¹⁵. Il s'agit des pôles santé publique de Paris et Marseille, composés de magistrats du parquet et de magistrats instructeurs aidés d'« assistants spécialisés » médecins, pharmaciens et vétérinaires inspecteurs de santé publique, chargés d'éclairer ces magistrats dans leurs procédures⁷¹⁶. Ces pôles spécialisés ont eu à connaître des grands dossiers de santé publique, relatifs aux « délits sériels », tels l'hormone de croissance, la vaccination contre l'hépatite B, le dossier relatif à la sur-irradiation du centre de radiothérapie du Centre hospitalier d'Épinal ou celui des prothèses *PIP*⁷¹⁷. D'autre part, la mise en place de l'Office Central de Lutte contre les Atteintes à l'Environnement et à la Santé Publique (OCLAESP) rattaché à la police judiciaire et à la gendarmerie nationale et créé en 2004 à la suite des affaires de la vache folle et de l'amiante⁷¹⁸, permet à ces agents de police judiciaire de solliciter les compétences techniques de médecins ou pharmaciens inspecteurs, mais aussi les ingénieurs et techniciens sanitaires des ARS sur les dossiers de santé publique et environnementale.

171. Pour revenir aux compétences propres de police judiciaire des personnels des agences nationales, régionales, services déconcentrés ou collectivités territoriales, l'assermentation constitue l'outil de la police judiciaire par excellence. Elle donne à l'inspecteur des pouvoirs qu'il ne détient pas par le simple fait de ses prérogatives de la police administrative, et en tout cas, pas de manière aussi forte, et qui lui permettent de renforcer son pouvoir de contrôle sur la santé, l'hygiène, les produits et plus largement la protection des patients, des consommateurs, des personnes accueillies ou hébergées: la rédaction de procès-verbal de constat d'infraction à la législation constitutive de contraventions ou de délits, la saisie de documents, pièces et produits, la destruction des produits ou la mise sous scellés.

Comme le constate Maxence CORMIER, « *les prérogatives de police judiciaires qui découlent de l'assermentation complètent les prérogatives de polices administratives spéciales dont disposent les membres des corps d'inspection* »⁷¹⁹. Selon lui, les lois spéciales intervenues depuis vingt ans en matière de police judiciaire créent un « *contexte de généralisation de*

⁷¹⁵ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (article 33 modifiant l'article 706-2 CPP) complété par le décret n° 2002-599 du 22 avril 2002 fixant la liste et le ressort des tribunaux spécialisés en matière sanitaire, modifié par le décret n° 2004-984 du 16 octobre 2004 fixant la liste et le ressorts des tribunaux spécialisés et des juridictions interrégionales et relatif à la définition des matières donnant lieu à l'attribution d'un diplôme permettant l'exercice des fonctions d'assistants spécialisés.

⁷¹⁶ OBADIA M., « L'expérience d'un pôle de santé publique », *RDSS*, 2008, p. 44.

⁷¹⁷ VIRIOT-BARRIAL D., « Le droit pénal face aux grandes catastrophes sanitaires », *RDSS*, 2008, p. 21. ; GAND P., « Le pôle de santé publique face à un contentieux technique et des délits « sériels », *Bull. Acad. Natle Méd.*, 2014, 198, Nos 4-5, 715-723, séance du 13 mai 2014.

⁷¹⁸ Décret n° 2004-612 du 24 juin 2004 portant création d'un Office central de lutte contre les atteintes à l'environnement et à la santé publique ; art. D2 à D8-2 du code de procédure pénale.

⁷¹⁹ CORMIER M., « L'assermentation des fonctionnaires et agents de l'Etat et des agences sanitaires » *RDSS 2008*, numéro hors-série « Le droit pénal de la santé », p. 130.

l'assermentation » qui se traduit par une multiplication des infractions techniques et un élargissement des agents chargés de les constater. Certains auteurs ont à juste titre évoqué une « pénalisation de l'action administrative »⁷²⁰ qui nous semble aller de pair avec une multiplication des sanctions administratives⁷²¹. Cette pénalisation va nous amener à nous pencher, dans un premier temps, sur les conditions déclenchement des pouvoirs de la police judiciaire par les agents de contrôle dans le champ étudié, et, dans un second temps, sur les prérogatives de police judiciaire qui leur sont accordées dans ce cadre.

2/ Les conditions de déclenchement des prérogatives de police judiciaire dans le champ étudié : une procédure complexe souvent méconnue des autorités administratives concernées.

172. Comme l'a montré Maxence CORMIER⁷²², les pouvoirs de police judiciaire dans le champ sanitaire et social étaient cantonnés, avant 1998, aux compétences techniques détenues par des catégories particulières d'inspecteurs ayant des compétences dites « techniques » : les médecins, les pharmaciens, les ingénieurs et les techniciens sanitaires⁷²³. Mais depuis 1998, le champ de l'assermentation s'est considérablement élargi avec la publication de lois de polices administratives spéciales attribuant des pouvoirs renforcés aux nouvelles agences sanitaires nationales et agences régionales de santé. Par la suite, pour les établissements et services sociaux et médico-sociaux, un décret de 2006 a prévu que les IASS puissent être assermentés pour rechercher et constater des infractions définies au dernier alinéa de l'article L. 313-13 CASF⁷²⁴. Un autre décret de 2007 a prévu les conditions d'habilitation et d'assermentation des agents de l'État et des collectivités territoriales chargés de constater les infractions en matière de contrôle sanitaire⁷²⁵.

⁷²⁰ AUBY J.-B., « La bataille de San Romano », *AJDA* 2001, p. 912.

⁷²¹ V. infra.

⁷²² CORMIER M., « L'assermentation des fonctionnaires et agents de l'Etat et des agences sanitaires », *Ibid.*

⁷²³ Nous pouvons citer notamment l'ancien l'article L. 3116-3 CSP relatif aux infractions en matière de contrôles sanitaires aux frontières pour les médecins inspecteurs de santé publique, l'ancien article L. 5411-1 CSP relatif aux infractions en matière d'officine de pharmacie et de biologie médicale pour les pharmaciens inspecteurs de santé publique, l'ancien article 4163-1 CSP relatifs aux infractions à la loi « anti-cadeaux » en matière de profession médicale pour les médecins et les pharmaciens inspecteurs de santé publique.

⁷²⁴ Décret n° 2006-169 du 10 févr. 2006 relatif à l'assermentation et aux saisies prévues aux troisième et quatrième alinéas de l'article L. 313-13 du code de l'action sociale et de la famille, JO du 17 février 2006 p. 2415 (articles R. 313-25 à R. 313-27 CASF).

⁷²⁵ Décret n° 2007-75 du 22 janv. 2007 relatif à l'habilitation des agents de l'Etat et des collectivités territoriales chargés de constater les infractions en matière de contrôle sanitaire, JO 23 janv. 2007, p. 1298 (articles R. 1312-1 à R. 1312-8 CSP).

Ces textes ont été modifiés ultérieurement par la loi HPST de 2009 afin d'élargir à d'autres agents non fonctionnaires ces compétences de police judiciaire, notamment aux inspecteurs « désignés » cités à l'article L. 1435-7 CSP, qui, comme nous l'avons vu, peuvent exercer des missions de police administrative dans les mêmes termes que les agents statutaires visés à l'article L. 1421-1 CSP. Aussi, dans le domaine sanitaire, les conditions d'habilitation et d'assermentation en vue de l'exercice de pouvoirs de police judiciaire ont-elles été précisées par décret en 2010⁷²⁶, notamment pour rechercher et constater les infractions prévues à l'article L. 1312-1 CSP. En matière sociale et médico-sociale, l'évolution a été plus lente. Le décret de 2006 précité ne prévoyait pas la définition des conditions géographiques de l'assermentation des inspecteurs de l'action sanitaire et sociale, au risque d'aller à l'encontre de la jurisprudence constitutionnelle qui exige une définition précise des prérogatives des agents assermentés dans la recherche et la constatation d'infractions⁷²⁷.

173. Il a fallu attendre l'ordonnance n° 2018-22 du 17 janvier 2018 pour voir s'élargir les pouvoirs de police judiciaire dans le secteur social et médico-social à l'ensemble des agents pouvant réaliser un contrôle technique ou de police administrative prévu à l'article L. 313-13 CASF, à savoir, comme dans le champ sanitaire, les agents inspecteurs statutaires de l'article L. 1421-1 CSP et les agents des ARS désignés en application de l'article L. 1435-7 CSP, ainsi que les agents du CD. Pour ce faire, l'article L. 331-8-2 CASF dispose que : « *Les agents mentionnés à l'article L. 313-13 habilités et assermentés à cet effet dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État, recherchent et constatent les infractions définies au présent code...* ». Le décret du 17 décembre 2019⁷²⁸ pris en application l'ordonnance du 17 janvier 2018 est venu préciser à aux articles R. 331-6 CASF⁷²⁹ et R. 331-6-1 CASF les conditions de délivrance de l'habilitation et de l'assermentation aux agents de contrôle intervenant dans le champ des établissements, services et lieux de vie et d'accueil soumis à autorisation, habilitation, agrément et déclaration. Celles-ci sont désormais identiques à celles prévues aux articles R. 1312-1 à 4 du CSP en matière de protection de la santé et environnement.

⁷²⁶ Décret n° 2010-344 du 31 mars 2010 tirant les conséquences, au niveau réglementaire, de l'intervention 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, art. 31.

⁷²⁷ Cons. Const., décision n° 76-75 du 12 janvier 1977, *fouille des véhicules*, Rec. p. 33. ; décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, *perquisitions fiscales*, Rec. p. 67. ; Cons. Const. décision n° 84-184 DC du 29 décembre 1984, *Impôt et liberté individuelle*, Rec. p. 94.

⁷²⁸ Décret n° 2019-1382 du 17 décembre 2019 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2018-22 du 17 janvier 2018 relative au contrôle de la mise en œuvre des dispositions du code de l'action sociale et des familles et de l'article L. 412-2 du code du tourisme et aux suites de ce contrôle (JO du 19 décembre 2019).

⁷²⁹ Ancien article R. 313-25 CASF.

174. L'habilitation et l'assermentation sont donc des conditions cumulatives complémentaires pour exercer des prérogatives de police judiciaire par la voie de procès-verbaux et de saisies judiciaires. De surcroît, deux types d'habilitation sont prévus par les textes, ce qui ne rend pas aisée leur utilisation par les autorités de contrôle, car leurs agents peuvent relever de l'une et/ou de l'autre, selon le domaine contrôlé. Il s'agit d'une part, de l'habilitation légale, de droit par appartenance à un corps d'inspecteur⁷³⁰, et d'autre part, de l'habilitation nominative au regard d'une thématique particulière exercée par l'agent, et délivrée par l'autorité administrative dont il relève hiérarchiquement (préfet de département pour le champ social, DGARS pour le champ sanitaire et médico-social, directeur général de l'ANSM, ou ministère)⁷³¹. Pour complexifier un peu plus les situations, cette autorité administrative peut aussi être une autre autorité administrative sous l'autorité fonctionnelle de laquelle l'agent exerce une mission⁷³².

L'habilitation nominative tend à devenir aujourd'hui le principe en police judiciaire, notamment dans le champ étudié⁷³³. Elle prend la forme d'un arrêté nominatif qui doit définir précisément le domaine ou les matières dans lesquelles l'agent peut exercer ses prérogatives de police judiciaire. Cette compétence d'attribution devrait en théorie correspondre à la fiche de poste de l'agent, afin de ne pas sortir de son champ de compétence habituelle⁷³⁴. En ce sens, l'article R. 1312-4 CSP dispose : « *Pour accorder l'habilitation [...] l'autorité tient compte de l'affectation de l'agent, de son niveau de formation ou de son expérience au regard des exigences requises pour l'exercice des missions de police judiciaire* ».

Cette habilitation nominative est donc facultative⁷³⁵, mais il s'avère qu'en pratique, un certain nombre d'agents sont systématiquement habilités par l'autorité hiérarchique dont ils dépendent, sans sélection préalable, et ce, sur l'ensemble des infractions pénales techniques figurant dans les codes techniques, ce qui constitue selon nous un risque juridique quant à la validité des

⁷³⁰ Art. L. 1454-6 2° CSP en matière d'infractions à la déontologie et l'expertise sanitaire, art. L. 4314-2, L. 4323-2 et L. 4344-1 CSP pour les pharmaciens, médecins et inspecteurs des ARS en matière de Loi « anti-cadeaux », art. L. 5463-1 CSP pour les médecins désignés en matière d'appareils portables munis de dispositifs d'écoute.

⁷³¹ Art. R. 1312-2 CSP.

⁷³² Exemple du contrôle sanitaire aux frontières pour lequel les agents des ARS cités à l'article L. 3116-3 CSP sont habilités nominativement par le préfet de département en application de l'article R. 3115-5 CSP.

⁷³³ L'habilitation nominative par le directeur général d'ARS concerne la lutte contre le tabagisme (art. L. 3515-1 CSP), la pharmacie, biologie et produits (art. L. 5411-1 et R. 5411-1 CSP), la chirurgie esthétique (art. R. 6324-1 CSP), la vaccination et les épidémies (art. L. 3116-1 CSP), le bruit de voisinage (art. R. 1337-10-2 CSP), l'eau potable (art. L. 1324-1 1° CSP) et les infractions relatives aux établissements et service médico-sociaux (art. L. 331-8-2 CASF).

⁷³⁴ Un ingénieur d'étude sanitaire affecté en ARS et spécialisé sur le contrôle des périmètres de captage d'eau ne pourrait pas être habilité à exercer des pouvoirs de police judiciaire dans les établissements recevant du public au titre de la légionnelle ou de l'amiante car il n'en maîtrise pas les textes.

⁷³⁵ JEAN-PIERRE D., « Les fonctionnaires ont-ils le droit de refuser de prêter serment ? », *JCP A* 2008, p. 2281.

infractions constatées lorsque ces dernières ne relèvent pas du domaine de compétence technique de l'agent. Une fois habilité, l'agent est tenu de prêter serment devant le tribunal de grande instance⁷³⁶ dans les conditions prévues à l'article R. 1312-5 CSP afin d'être « assermenté ». Il peut alors exercer ses prérogatives de police judiciaire dans les limites territoriales de son ressort d'affectation⁷³⁷.

En toute logique, l'habilitation et l'assermentation doivent figurer sur les cartes professionnelles des agents avec les signatures de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire, afin que les personnes morales ou physiques contrôlées soient en mesure d'être clairement informées de l'identité et de la qualité des agents qui procèdent, non seulement au contrôle de police administrative, mais aussi aux actes de police judiciaire⁷³⁸. Cependant, il subsiste une grande hétérogénéité de pratiques en la matière entre services de contrôle, dénotant, derrière un manque de formalisation de ces cartes, une méconnaissance des enjeux juridiques et des différences entre la police administrative et la police judiciaire⁷³⁹.

Une fois habilités et assermentés, les agents de contrôle possèdent des prérogatives de constatation d'infractions par procès-verbaux⁷⁴⁰. Nous allons voir qu'ils ont également, comme tout fonctionnaire ou autorité constituée, un devoir d'information du parquet pour tout crime ou délit de droit commun dont ils auraient connaissance dans l'exercice de leurs fonctions.

B/ La diversité des prérogatives de police judiciaire et la complexité de leur mise en œuvre.

Les prérogatives de police judiciaire des agents dans le champ étudié sont très diverses, assez mal connues des agents eux-mêmes et peu utilisées (1), à tel point que ceux-ci préfèrent souvent

⁷³⁶ CE, 8 oct. 2008, *Synd. nat. des personnels de santé environnement*, n° 303937, Rec. p. 355 ; *JCP G* 2009, II, p. 10019 et *JCP A* 2008, p. 2281.

⁷³⁷ Art. R. 1312-6 CSP.

⁷³⁸ Note de service n° DRH/SD1E/2015/12 du 14 janvier 2015 relative à la délivrance de cartes professionnelles aux agents exerçant des missions de contrôle ou d'expertise des secteurs santé, affaires sociales, travail et jeunesse et sports.

⁷³⁹ Certaines cartes professionnelles peuvent être périmées datant de l'ère des DDASS-DRASS, d'autres ne font pas figurer la mention des textes conférant pouvoirs de contrôle administratif et judiciaire, et parfois ne présentent pas la signature des autorités administrative et judiciaire compétentes.

⁷⁴⁰ Art. 429 CPP : « Tout procès-verbal ou rapport n'a de valeur probante que s'il est régulier en la forme, si son auteur a agi dans l'exercice de ses fonctions et a rapporté sur une matière de sa compétence ce qu'il a vu, entendu ou constaté personnellement ».

avoir recours à un article 40 du CPP pour informer le parquet d'éventuelles infractions pénales (2).

1/ Le constat de la grande diversité des prérogatives de police judiciaire dans le champ étudié.

L'analyse des prérogatives de police judiciaire et de leur mise en œuvre par les agents dans le champ étudié, montre les difficultés que rencontrent ces derniers à les exercer. Ces difficultés peuvent être regroupées en trois catégories.

La première difficulté est relative au nombre élevé d'infractions pénales dans le champ étudié et à leur éventuelle imprécision de rédaction.

175. Au 3 juin 2019, le CSP recensait mille deux-cent vingt-huit infractions pénales, dont trente-six concernaient les établissements et services de santé de la partie 6 du CSP⁷⁴¹. Parmi ces dernières, quatre thématiques sont pénalisées. En premier lieu, les ESP, y compris recevant des femmes enceintes, pour ce qui concerne l'absence d'autorisation ou de gestion de l'établissement ou de son équipement matériel lourd et le maintien en activité malgré une suspension ou un retrait d'autorisation⁷⁴². Il en va de même pour le défaut d'autorisation d'une maison d'enfants à caractère sanitaire⁷⁴³ ou l'usage illégal de l'appellation d'établissement public d'hospitalisation à domicile⁷⁴⁴. En deuxième lieu, les LBM sont principalement pénalisés par l'absence d'autorisation et l'exercice illégal de biologiste, de directeur ou de laborantin⁷⁴⁵. En troisième lieu, le secteur de la chirurgie esthétique avec l'absence d'autorisation obligatoire ou les infractions relatives au délai de réflexion du patient⁷⁴⁶. Enfin, en quatrième lieu, dans le prolongement des établissements de santé, le secteur du transport sanitaire fait l'objet d'une liste importante de délits et contraventions susceptibles d'être réprimés par les ARS sur le volet sanitaire, souvent en lien avec l'assurance maladie et les services des impôts. Nous pouvons citer notamment l'absence d'agrément du transporteur sanitaire ou sa mise en maintien ou en

⁷⁴¹ Comptabilisation effectuée sur le code NATINF (Nature de l'Infraction) du ministère de la justice en juin 2019. Le NATINF est un fichier qui recense l'ensemble des infractions pénales techniques présentes dans les codes administratifs en leur affectant un numéro qui permet au ministère de la justice de traduire plus rapidement le dossier.

⁷⁴² Art. L. 6125-1 CSP.

⁷⁴³ Art. L. 6122-1 et L. 2326-1 CSP.

⁷⁴⁴ Art. L. 6125-2 CSP.

⁷⁴⁵ Art. L. 6241 CSP.

⁷⁴⁶ Art. L. 6324-2 CSP.

service malgré une interdiction⁷⁴⁷, en passant par des équipages non conformes, ou le transport de plus de trois malades en position assises⁷⁴⁸.

A la lecture de ces textes, il est intéressant de constater que la plupart des infractions pénales concernent des établissements ou des entreprises de droit privé⁷⁴⁹. Doit-on voir cela comme une méfiance des pouvoirs publics vis-à-vis de la recherche de rentabilité dans le secteur privé, quand, par ailleurs, la tutelle administrative forte de l'État sur les établissements publics suffirait à réguler ce secteur ? En tous cas, les infractions pénales sont évidemment complémentaires des infractions administratives que l'autorité de contrôle peut retenir.

176. A la même période, le CASF comptabilisait seulement quarante-sept infractions pénales au total (hors « accueils collectifs de mineurs » relevant du contrôle des services jeunesse et sport). Parmi elles, vingt-huit infractions pénales concernaient, dans le champ de notre recherche, les établissements et services sociaux et médico-sociaux (vingt-cinq délits et trois contraventions), consignées dans dix articles différents. Il s'agit classiquement de réprimer pénalement la création, la transformation, l'extension de l'établissement ou du service, sans autorisation ou déclaration, ainsi que la cession d'autorisation ou le changement dans le fonctionnement, sans l'accord ou l'information de l'autorité administrative⁷⁵⁰. D'autres infractions sont aussi prévues comme le non-respect du contrat de séjour dans les EHPAD commerciaux⁷⁵¹, le délit d'exercice illégal d'une activité par un personnel malgré une incapacité prononcée⁷⁵², ou le délit d'obstacle au contrôle technique et de police administrative, par renvoi à l'article L. 1427-1 CSP⁷⁵³.

177. Face au nombre élevé et à la diversité des infractions pénales techniques introduites dans ces deux codes et qui peuvent relever de la compétence d'un même agent de contrôle, l'adage « *Nemo censetur ignorare lege* » semble difficile à mettre en œuvre par les inspecteurs qui estiment que la police judiciaire demeure accessoire par rapport à la police administrative.

⁷⁴⁷ Art. L. 6313-1 CSP.

⁷⁴⁸ Art. R. 6314-5 CSP.

⁷⁴⁹ V. notamment la jurisprudence pénale relative à l'ouverture et l'exploitation illicite d'un établissement de santé privé : Cass. Crim. 9 mai 2007, SARL *Centre du Palais*, n° 06-85021, Bull. crim. n° 120 ; *Rev. dr. et santé*. 2007, n° 21, p. 85, rapp. DELBANO, et p. 59, obs. PONSEILLE ; et la jurisprudence administrative relative à la recevabilité du recours contre une lettre du directeur de l'ARH : CE 2 févr. 2007, *Sté Polyclinique du Grand Sud*, n° 296996.

⁷⁵⁰ Art. L. 313-22 CASF pour les ESSMS sous autorisation, art. L. 321-4 et L. 322-8 CASF pour les accueils de mineurs ou d'adultes sous déclaration, art. L. 473-1 et suivants CASF pour les services et préposés aux majeurs protégés, art. L. 412-2 pour les lieux de vacances adaptées organisées pour adultes handicapés.

⁷⁵¹ Art. R. 342-1 CASF.

⁷⁵² Art. L. 135-2 CASF.

⁷⁵³ Art. L. 313-22-1 CASF.

Ajoutons que certains textes relatifs aux prérogatives pénales sont rédigés de manière imprécise et ne permettent pas aux inspecteurs de connaître les conditions et les limites de leur exercice pénal, comme, par exemple, la rédaction de l'article L. 331-8-2 CASF précité en matière d'ESSMS⁷⁵⁴. D'autres textes législatifs prévoient des prérogatives pénales précises, mais regroupées dans des articles qui mélangent différents thèmes de contrôles comme la toxicovigilance, l'eau de baignade et la police des mines⁷⁵⁵.

Une deuxième difficulté se révèle de nature procédurale. Nous savons que, même lorsqu'une loi spéciale prévoit une habilitation et une assermentation pour rechercher et constater des infractions pénales contenues dans un code, il est nécessaire, conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat « *Ville d'hyères* »⁷⁵⁶, qu'un décret d'application en fixe clairement les modalités, ce qui n'était par exemple pas le cas pour les IASS dans le champ du CASF avec le décret précité de 2006. Ces inspecteurs ne pouvaient pas, pour cette raison, être assermentés pour constater des infractions au CASF. Rappelons que les inspecteurs exercent généralement leurs pouvoirs de police judiciaire à l'occasion des constats d'un contrôle de police administrative⁷⁵⁷. La constatation d'infractions techniques implique ici une dualité de l'activité de contrôle des inspecteurs placés, d'une part, sous l'autorité de leur supérieur hiérarchique « administratif » à qui ils communiquent leur rapport d'inspection et, d'autre part, sous l'autorité fonctionnelle du procureur de la République, à qui ils transmettent leurs actes de police judiciaire, sachant qu'ils sont seulement tenus d'informer leur autorité administrative du « développement général de leurs investigations »⁷⁵⁸.

La séparation entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir administratif a pour conséquence que l'autorité administrative ne peut pas s'opposer à l'exercice des pouvoirs de police judiciaire de l'un de ses agents qui est alors placé sous la direction du procureur de la République⁷⁵⁹ et sous la surveillance du procureur général⁷⁶⁰. Encore faut-il que les conditions juridiques de ce contrôle de l'activité de police judiciaire des inspecteurs soient rendues possibles par les textes du champ sanitaire et social, ce qui, nous l'avons vu, n'est pas toujours le cas. Malgré les efforts

⁷⁵⁴ Art. L. 331-8-2 CASF : « *Les agents mentionnés à l'article L. 313-13 habilités et assermentés à cet effet dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, recherchent et constatent les infractions définies au présent code, à l'exception de celles prévues à l'article L. 227-8, dans les conditions prévues à l'article L. 313-13-1, par des procès-verbaux transmis au procureur de la République, qui font foi jusqu'à preuve contraire* ».

⁷⁵⁵ A titre d'exemple, voir l'article L. 1312-1 CSP.

⁷⁵⁶ CE, 15 nov. 1985, *Ville d'Hyères*, n° 56518, Rec., 326.

⁷⁵⁷ Sauf cas dans lequel l'agent serait réquisitionné par la police judiciaire en tant que « sachant » pour accompagner des officiers et agents de police judiciaire en enquête préliminaire au titre des articles 75 à 78 CPP.

⁷⁵⁸ T.A. Nice, 8 juil. 1999, *M. Henri Calliet c. / Min de la Défense*, A.J.F.P., 1999, p. 36.

⁷⁵⁹ Art. 12 CPP.

⁷⁶⁰ Art. 13 CPP.

d'écriture du législateur, nous pouvons craindre que le constat que faisait Maxence CORMIER en 2008 soit toujours d'actualité : « *en matière sanitaire et sociale, les textes législatifs qui autorisent l'assermentation des agents des services déconcentrés de l'État n'explicitent que très rarement la mission du magistrat chargé d'autoriser ces investigations de police judiciaire, ainsi que les conditions d'intervention et du contrôle de l'autorité judiciaire dans le déroulement des opérations de police judiciaire. Est-ce à dire que ces textes sont inconstitutionnels ?* »⁷⁶¹.

Une troisième difficulté, et non des moindres, est culturelle. Force est de constater que l'activité pénale a toujours été timide dans le secteur sanitaire et social, mis à part en matière pharmaceutique, et ceci est particulièrement vrai en matière de contrôle sur les établissements sanitaires et sociaux. Nous pouvons avancer plusieurs raisons à cela. D'abord une raison historique et sociologique : La structuration du milieu hospitalier et la délégation de service public que l'État a opéré auprès des associations gestionnaires d'établissements du secteur social et médico-social, ont privilégié la confiance à la défiance, l'accompagnement à la répression, et ceci a des conséquences à la fois sur la police administrative et la police judiciaire. Ensuite une raison juridique : L'État sanitaire et social a toujours préféré la police administrative à la police judiciaire sur les établissements, comme en témoignait jusqu'à la fin des années 1990 le faible nombre d'infractions recensées dans les codes à leur endroit.

178. Enfin, on peut noter une raison ayant trait au défaut de culture en procédure administrative et en procédure pénale parmi les inspecteurs du champ sanitaire et social. En effet, certains rapports d'inspection, emploient le terme « infraction » à la loi ou au règlement à la place de celui de « non-conformité ». Cette pratique montre la confusion existante à propos de la non-conformité à un texte qui peut amener, soit à reconnaître un manquement relevant de la police administrative ou une infraction administrative constitutive d'une « sanction administrative »⁷⁶², soit à relever une infraction pénale constitutive d'une « sanction pénale ». Il est indéniable que ce constat rend les formations à la procédure pénale des agents de contrôles encore plus essentielles⁷⁶³.

⁷⁶¹ CORMIER M., « L'assermentation des fonctionnaires et agents de l'Etat et des agences sanitaires » RDSS 2008, *op. cit.*, p. 130.

⁷⁶² Par exemple en matière de biologie médicale dans les établissements de santé, l'article L. 6241-1 CSP prévoit une liste d'infractions administratives donnant lieu à des sanctions administratives prévues à l'article R. 6241-1 CSP (amendes administrative, fermeture) et à des sanctions pénales prévues aux articles L. 6242-1 à L. 6242-5 CSP (interdictions pénales, amendes pénales, fermeture pénale...).

⁷⁶³ M. CORMIER, « L'assermentation des fonctionnaires et agents de l'Etat et des agences sanitaires » RDSS 2008, *op. cit.*, p. 130.

Nous pouvons incidemment évoquer la méconnaissance qu'ont les agents de contrôle de l'organisation et des procédures des parquets judiciaires présents dans leur ressort territorial, et plus généralement l'absence de partenariat avec la justice⁷⁶⁴. Cette méconnaissance semble d'ailleurs paradoxalement souvent animée par la peur de voir retenir leur propre responsabilité pénale dans l'exercice de leurs missions de contrôle, sans doute due au fait, comme nous le verrons, que la pratique de l'inspection diminuant fortement dans les ARS et services de cohésion sociale, le risque juridique s'accroît.

Pour toutes ses raisons, les inspecteurs délaissent la voie de la procédure pénale technique pour lui préférer la procédure de droit commun de l'article 40 du CPP.

2/ Le recours à l'article 40 du Code de procédure pénale.

179. Si les inspecteurs mettent peu en œuvre leurs pouvoirs de police judiciaire par la voie du procès-verbal pour constater des infractions pénales techniques dans le champ étudié, il n'est pas rare qu'ils soient obligés, dans l'exercice de leurs missions d'inspection ou de contrôle, de signaler à l'autorité judiciaire des situations susceptibles d'être qualifiées de crimes ou délits, en application de l'article 40 alinéa 2 du CPP⁷⁶⁵. Ces signalements, contrairement aux procès-verbaux qui disposent d'une force probante particulière et font foi jusqu'à preuve contraire, ne valent que comme de simples témoignages. Aucune donnée n'est rendue publique en la matière.

Il s'agit généralement de situations de mise en danger des usagers, soit directes, comme les situations de « maltraitance à personnes vulnérables » particulièrement détectées à l'occasion des inspections dans les établissements pour personnes handicapées ou âgées⁷⁶⁶, ou indirectes par négligence de soins ou de toilettes ou d'accueil. Mais il peut aussi s'agir d'atteintes aux biens, telles des falsifications de comptes ou de factures, des abus de biens sociaux ou des prises illégales d'intérêts. Ces situations de délaissement de personnes vulnérables, ou de vols d'effets personnels, voire d'agressions sexuelles ne sont pas rares dans le champ social et médico-social, que les faits proviennent de membres du personnel ou d'usagers entre eux. Ils obligent les inspecteurs à une vigilance accrue dans leurs observations orales et écrites, afin d'objectiver au

⁷⁶⁴ Rapport IGAS n° RM2012-164P « Les conditions favorisant une meilleure articulation des démarches d'inspection contrôle entre les réseaux territoriaux, ARS et DRJSCS/DDI (domaine social) et leurs partenaires nationaux et locaux », janvier 2013 (publié).

⁷⁶⁵ Art. 40 alinéa 2 CPP : « Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en aviser sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs ».

⁷⁶⁶ POINSOT O., « La maltraitance et ses sanctions », *Revue droit et santé*, n° 70 pp. 172-190.

mieux la situation en vue d'agir, évitant l'écueil de l'abstention ou à l'inverse la dénonciation calomnieuse⁷⁶⁷.

180. La procédure de l'article 40 du CPP se distingue du constat d'une infraction par procès-verbal qui implique que son rédacteur soit habilité et assermenté pour constater une infraction. Elle oblige l'ensemble des personnels des agences nationales ou régionales et des services déconcentrés de l'État ou des collectivités territoriales, chargés par la loi de missions de contrôle, qu'ils soient contractuels de droit privé ou public, vacataires, agents non titulaires ou fonctionnaires. Les renseignements fournis au parquet faisant présumer d'une infraction ne sont astreints à aucune condition de forme⁷⁶⁸. L'inspecteur n'a pas à qualifier les faits en dénommant précisément une infraction qui relèverait du droit pénal « général », car la qualification pénale revient au parquet. Le procureur de la République, à qui il appartient d'apprécier la suite à donner aux signalements qu'il reçoit, peut requérir l'ouverture d'une information au vu de tout renseignement dont il est destinataire⁷⁶⁹.

La jurisprudence a considéré que le signalement d'infractions à l'autorité judiciaire relève d'une obligation personnelle de l'agent ayant eu connaissance des faits. L'absence d'autorisation du supérieur hiérarchique n'est donc pas constitutive d'une faute de nature à justifier une sanction disciplinaire⁷⁷⁰. Toutefois, les juges judiciaires ont déclaré possible de faire signer et transmettre le courrier de signalement par le supérieur hiérarchique dont dépend l'agent⁷⁷¹. Le ministère des solidarités et de la santé recommande à ses services la transmission par voie hiérarchique, principalement quand les éléments que l'agent réunit « *ne lui permettent pas d'avoir une connaissance suffisante de l'infraction commise et qu'il apparait souhaitable de les corroborer par d'autres éléments* »⁷⁷².

Le non-respect par un agent de contrôle de cette obligation légale d'information du parquet par l'article 40 alinéa 2 du CPP n'est pas assorti d'une sanction pénale⁷⁷³. En outre, cet article ne libère pas certains agents de contrôle de leur obligation de respecter le secret professionnel de par leur profession (médecin, assistant social)⁷⁷⁴. Ces agents de contrôle n'ont donc pas

⁷⁶⁷ Art. 226-10 CP.

⁷⁶⁸ Cass. Crim. 28 janv. 1992, *M. X.*, n° 90-84.940 P, *Gaz. Pal.* 1992. 1. 365.

⁷⁶⁹ Cass. Crim. 5 juin 2002, n° 01-87.656 P.

⁷⁷⁰ CE, 15 mars 1996, *Guigon*, n° 146326 ; Cass. Crim. 19 sept. 2000, *M. Z.*, n° 99-83960.

⁷⁷¹ Cass. Crim. 14 déc. 2000, *X., Y. c/ DDCCRF*, n° 00-86.595, *Bull. Crim.* 2000, n° 380. p. 1178.

⁷⁷² Instruction DAGBP/DJC du 26 août 2002 relative à l'article 40 du code de procédure pénale (non publiée).

⁷⁷³ CHALON G., « L'article 40 du code de procédure pénale et le fonctionnaire : nature et portée de l'obligation de dénoncer », *AJFP*, 2003, p. 31.

⁷⁷⁴ V. en ce sens Instruction N° DGOS/DSR/MISSION DES USAGERS/2011/139 du 13 avril 2011 relative à la conduite à tenir en cas de détention illégale de stupéfiants par un patient accueilli dans un établissement de santé.

d'obligation de signalement à ce titre. Bien au contraire, ils pourraient commettre en cas de transmission le délit de violation du secret professionnel prévue à l'article 226-13 du CP.

Cependant, même si le non-respect de l'article 40 n'est pas sanctionné pénalement, le secret, notamment médical, a ses limites que les inspecteurs doivent connaître. D'une part, les inspecteurs en sont déliés dans les cas prévus à l'article L. 226-14 du CP (notamment les cas de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes ou mutilations sexuelles, dont il a eu connaissance et qui ont été infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique). D'autre part, si ces agents soumis au secret professionnel laissent se commettre ou perdurer un crime ou un délit contre l'intégrité personnelle, ils peuvent encourir une sanction pénale pour « omission de porter secours à personne en péril »⁷⁷⁵.

181. En conclusion de ces réflexions sur la police judiciaire dans le cadre des inspections, nous pouvons dresser un constat et faire une proposition.

Le constat est celui d'une pénalisation des textes techniques qui manque de cohérence. Cette situation est avant tout le fruit d'une multiplicité d'infractions pénales éparses dans les codes techniques, due aux interventions des différentes administrations centrales intervenant dans le champ de la police administrative et de la police judiciaire du champ étudié (DGS, DGOS, DGCS), et parfois à l'absence de travail interministériel, en premier lieu avec le ministère de la justice. Ce manque d'harmonisation constitue un risque d'insécurité juridique, source d'erreurs et d'irrégularités, qui pourrait trouver une réponse dans une nouvelle codification claire et simple à l'usage des agents chargés d'inspection-contrôle.

Une autre proposition consisterait à procéder, par voie d'ordonnance, à une rénovation claire des compétences de contrôle des inspecteurs du champ sanitaire et social en s'inspirant du Code de la consommation⁷⁷⁶. Ce code, remarquable dans sa construction, se compose d'un Livre V consacré aux « *Pouvoirs d'enquête et suites données aux contrôles* »⁷⁷⁷ qui réunit l'ensemble des textes relatifs aux agents compétents pour réaliser des contrôles, à leurs pouvoirs d'enquête, aux mesures de police administrative, aux sanctions administratives, que ces

⁷⁷⁵ Art. 223-6 CP.

⁷⁷⁶ La coexistence de deux codes différents, CSP et CASF, oblige parfois les agents à jongler de l'un à l'autre en raison des nombreux renvois législatifs sur le contrôle.

⁷⁷⁷ Art. L. 511-1 à L. 543-3 du code de la consommation.

dernières donnent lieu à la saisine d'un tribunal administratif ou fasse l'objet de transaction, et enfin, une partie réservée aux sanctions pénales.

Ainsi, nous avons vu que la distinction entre inspection et contrôle n'est pas chose aisée. Dans la pratique comme dans les textes, il ressort que l'inspection est un mode opératoire du contrôle. Elle est exercée sur place, par des agents identifiés par la loi et dotés de pouvoirs importants, en vue d'une décision administrative à titre principal et d'une décision judiciaire à titre accessoire. Nous devons maintenant nous intéresser à la nature juridique de la décision qui fait suite à une inspection, c'est-à-dire à la recherche d'une éventuelle finalité particulière de l'inspection.

Nous allons constater que l'idée selon laquelle la finalité de l'inspection serait exclusivement sécuritaire et que la police administrative incarnerait le seul but de l'inspection est assez réductrice. Cette position largement répandue est discutable selon nous, car la finalité de police administrative ne nous semble pas exclusive d'autres finalités en inspection.

Chap. 2 - L'inspection : une finalité essentiellement liée à la police administrative dont les suites sont multiples et complexes à mettre en œuvre.

Notre thèse nous amène à rechercher si l'inspection a pour unique finalité la police administrative, ou si elle poursuit d'autres finalités. La lecture des textes, de la jurisprudence et de la doctrine montre que la notion de sécurité constitue une exigence absolue qui fait de la police administrative le but essentiel de l'inspection, mais que ce but n'est pas exclusif d'autres buts (Sect. 1). Nous verrons aussi que les suites d'inspection revêtent une multiplicité de formes décisionnelles qui sont souvent complexes à mettre en œuvre (Sect. 2).

Sect. 1 - La police administrative, objectif essentiel mais non exclusif en inspection.

L'inspection répond à une exigence absolue de sécurité des usagers accueillis ou accompagnés en établissements et services, mais cette exigence absolue n'est pas exempte d'une exigence relative autour de la notion de qualité (§1). Ces deux exigences, absolue et relative, posent la question de la place accordée à l'ordre public en matière d'inspection (§2).

§1 Exigence absolue et exigence relative en inspection

Savoir si l'inspection est un contrôle réservé à une finalité particulière est une question essentielle, notamment en termes de régime juridique applicable aux décisions qui font suite à ces inspections. Si le droit administratif général ne voit dans l'inspection qu'une opération matérielle non décisive, le droit administratif spécial dans le champ sanitaire et social a pu préciser la finalité de l'inspection.

Une recherche téléologique du but poursuivi par l'inspection dans les textes, la doctrine et la jurisprudence montre que l'inspection est un contrôle qui poursuit une finalité essentiellement sécuritaire (A), mais qui, d'après la doctrine, n'est pas exclusive d'autres finalités (B).

A/ La sécurité, une exigence absolue dans les textes, liée au contrôle de police administrative dans la jurisprudence.

Pour confirmer ou infirmer l'hypothèse selon laquelle l'inspection serait un contrôle de police administrative liée à la sécurité des usagers et plus largement à l'ordre public, il nous faut d'abord recenser les textes relatifs à la sécurité (1), avant d'examiner ce que disent les juges de la nature juridique du contrôle réalisé par les autorités administratives (2).

1/ La sécurité, exigence absolue prévue par les textes.

182. Le droit à la sécurité pour le champ sanitaire et social fait partie du droit à la protection de la santé qui a valeur constitutionnelle. L'article 11 du préambule de la constitution de 1946 dispose que celle-ci « *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* ». Le Conseil constitutionnel a rappelé dans différentes décisions la valeur constitutionnelle du droit à la protection de la santé dans le cadre de l'IVG⁷⁷⁸, et dans le cadre de la protection et du contrôle sur les matières nucléaires⁷⁷⁹.

Ce principe constitutionnel du droit à la protection de la santé se décline dans de nombreux textes relatifs notamment à la sécurité, pour lesquels l'outil inspection va s'assurer de la conformité. Notre regard va se porter sur les textes relatifs aux droits des usagers accueillis (a), mais aussi sur les conditions techniques de fonctionnement auxquels les établissements et services doivent répondre (b).

a) En matière de droits des usagers : la proclamation d'un « droit à la sécurité »

183. Dans le champ des ES, la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé⁷⁸⁰ a introduit au titre des « droits de la personne » le « droit à la sécurité sanitaire » à l'article L. 1110-1 CSP⁷⁸¹. Ce droit à la sécurité a ainsi acquis une valeur

⁷⁷⁸ Cons. const., 15 janv. 1975, n° 74-54 DC ; Cons. const., 27 juin 2001, n° 2001-446 DC.

⁷⁷⁹ Cons. const., 22 juill. 1980, déc. n° 80-117 DC.

⁷⁸⁰ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (JO du 5 mars 2002).

⁷⁸¹ Art. L. 1110-1 CSP : « *Le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en œuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne. Les professionnels, les établissements et réseaux de santé, les organismes d'assurance maladie ou tous autres organismes participant à la prévention et aux soins, et les autorités*

législative et est venu enrichir le contenu de la protection de la santé, aux côtés du droit à la prévention et du droit à des soins adaptés⁷⁸². D'autres « droits fondamentaux de la personne humaine » ont été posés dans la loi du 4 mars 2002, comme le droit à la dignité⁷⁸³ ou le droit à la non-discrimination dans l'accès à la prévention et aux soins⁷⁸⁴. De même que la sécurité des biens des patients est légalement prévue au titre de la « responsabilité des établissements à l'égard des biens des personnes accueillies »⁷⁸⁵.

184. Dans le champ des ESSMS, les « droits des usagers » ont été consacrés la même année par la loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale⁷⁸⁶. En application de l'article L. 311-3 1° CASF, les établissements et services sociaux et médico-sociaux doivent assurer à l'usager « *le respect de sa dignité, intégrité, de son intégrité, de sa vie privée, de son intimité, de sa sécurité et de son droit d'aller et de venir* »⁷⁸⁷. Le non-respect de ces droits subjectifs peut faire l'objet de mesures coercitives telles que des injonctions, des suspensions ou des cessations d'activité prévues au CASF⁷⁸⁸.

b) En matière de conditions de fonctionnement : L'existence de normes techniques

Notre étude nous amène à examiner les textes qui encadrent l'organisation et le fonctionnement des établissements et services soumis au contrôle des autorités. De cet examen, il ressort que les normes techniques sont nombreuses et précises dans le champ sanitaire (α), alors qu'elles sont rares et imprécises dans le champ social et médico-social (β).

α - Des normes techniques nombreuses et précises dans le CSP

185. La police administrative de l'autorisation sanitaire des établissements de santé passe d'abord, comme nous l'avons vu, par une visite de conformité qui tient compte notamment « *du respect des conditions d'implantation et des conditions techniques de fonctionnement* » de certaines activités de soins⁷⁸⁹ fixées par décret en Conseil d'Etat⁷⁹⁰. Parmi les activités de soins

sanitaires contribuent, avec les usagers, à développer la prévention, garantir l'égal accès de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé et assurer la continuité des soins et la meilleure sécurité sanitaire possible ».

⁷⁸² MOQUET-ANGER M.-L., « Le droit des personnes hospitalisées », *RDSS* 2002, p. 657.

⁷⁸³ Art. L. 1110-2 CSP.

⁷⁸⁴ Art. L. 1110-3 CSP.

⁷⁸⁵ Art. L. 1113-1 à L. 1113-10 CSP.

⁷⁸⁶ Loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale (JO du 3 janvier 2002).

⁷⁸⁷ Le droit d'aller et de venir a été ajouté par le législateur dans Loi du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement.

⁷⁸⁸ V. par exemple les articles L. 313-16, L. 331-8-1 et L. 472-10 CASF.

⁷⁸⁹ Art. L. 6122-2 CSP.

⁷⁹⁰ Art. L. 6123-1 CSP.

et équipements concernés, la réglementation porte notamment sur la médecine d'urgence, la réanimation, l'obstétrique, la néonatalogie et la réanimation néonatale, l'insuffisance rénale chronique et la chirurgie cardiaque. A la date de notre requête au 19.02.19, ces conditions d'implantations représentaient dans le Code de la santé publique 135 articles pour 20 activités ou sous-activités et équipements⁷⁹¹. Ces textes fixent la nature des différentes activités de soins, précisent le périmètre de l'autorisation, la composition des services, mais les conditions d'implantations déterminent assez peu de normes quantifiées.

C'est ainsi qu'aux conditions d'implantations viennent s'ajouter les conditions techniques de fonctionnement dans le domaine des établissements et services de soins⁷⁹². Les conditions techniques sont fixées par décret aux articles D. 6124-1 à D. 6124-481 CSP et figurent dans 301 articles pour 24 activités au 19.02.19. Il s'agit des mêmes thématiques que celles des conditions d'implantations, mais les normes réglementaires sont très précises et facilitent le contrôle de la continuité et de la sécurité des soins, au regard par exemple des effectifs infirmiers aux urgences⁷⁹³ ou en obstétrique, néonatalogie et réanimation néonatale⁷⁹⁴, le nombre et la nature des salles aux urgences⁷⁹⁵ ou la configuration des locaux ou les matériels obligatoires comme en neurochirurgie⁷⁹⁶.

186. Au total, 436 articles du CSP étaient consacrés en 2019 aux conditions d'implantation et conditions techniques de fonctionnement pour 24 activités de soins recensées. Cette réglementation concerne majoritairement les urgences⁷⁹⁷, la réanimation⁷⁹⁸, l'obstétrique, la néonatalogie et réanimation néonatale⁷⁹⁹, l'insuffisance rénale chronique⁸⁰⁰ et les soins de suites et de réadaptation⁸⁰¹. Elle permet d'assurer un contrôle au titre de la sécurité sur le fondement de l'article L. 6122-13 CSP, avec une injonction, puis une suspension, voire un retrait d'autorisation décidés par le directeur général de l'ARS « *lorsqu'il est constaté, à l'occasion de l'exercice d'une activité de soins ou de l'installation d'un équipement matériel lourd, un*

⁷⁹¹ Art. R. 6123-1 à R. 6123-133 CSP.

⁷⁹² Art. L. 6124-1 CSP.

⁷⁹³ Art. D. 6124-18 CSP.

⁷⁹⁴ Art. D. 6124-44 CSP.

⁷⁹⁵ Art. D. 6124-22 CSP.

⁷⁹⁶ Art. D. 6124-139 CSP.

⁷⁹⁷ 72 articles.

⁷⁹⁸ 27 articles.

⁷⁹⁹ 44 articles.

⁸⁰⁰ 42 articles.

⁸⁰¹ 62 articles.

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 au titulaire de l'autorisation ».

β - Des normes techniques rares et imprécises dans le CASF

187. Dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux, le respect des conditions techniques minimales d'organisation et de fonctionnement est prévu à l'article L. 312-1 CASF pour les établissements et services sous le régime de l'autorisation⁸⁰². Ces conditions techniques concernent les « prestations délivrées » dont la liste figure aux articles D. 312-0-1 à D. 312-176-13 CASF. Notre recherche a permis de comptabiliser 223 articles relatifs aux conditions techniques pour 90 types d'établissements, services, lieux de vie et accueils regroupés en 16 catégories⁸⁰³. Il faut souligner ici le faible encadrement juridique du secteur social et médico-social par les conditions techniques, comparativement à celles existantes dans le champ sanitaire (436 articles pour 24 activités sanitaires).

En outre, il subsiste des différences importantes entre établissements et services du champ médico-social. Par exemple, les EHPAD comptent seulement 11 articles relatifs aux conditions techniques d'accueil, alors que les établissements d'accueils pour enfants atteints de handicap en comptent davantage : les établissements accueillant des enfants ou adolescents présentant des déficiences intellectuelles (49 articles), les instituts thérapeutiques, éducatifs et pédagogiques (19 articles), les établissements et services prenant en charge de enfants ou adolescents présentant une déficience motrice (22 articles), les établissements et services prenant en charge des enfants ou adolescents polyhandicapés (15 articles). Par ailleurs, la rédaction des conditions et techniques du secteur social et médico-social est assez imprécise puisque le législateur les a voulues « minimales », ce qui laisse une place importante aux recommandations de bonnes pratiques professionnelles.

188. Le respect des conditions techniques dans le champ social et médico-social fait l'objet d'un contrôle de police administrative, soit a priori lors de la visite de conformité, comme nous l'avons étudié⁸⁰⁴, soit a posteriori, principalement sur le fondement du respect du droit des usagers accueillis. A ce titre, les textes prévoient que tout événement de nature à « *menacer ou compromettre la santé, la sécurité ou le bien-être physique ou moral des personnes prises en*

⁸⁰² Il convient d'ajouter les conditions relatives aux établissements et services sous déclaration tels les accueils de mineurs (art. R. 321-1 à R. 321-9 CASF) et les accueils d'adultes (R. 322-1 à R. 322-7 CASF).

⁸⁰³ V. Cahiers du « Guide méthodologique pour la construction d'un contrôle d'une structure sociale ou médico-sociale » IGAS novembre 2014 (publié). <https://www.igas.gouv.fr/spip.php?article413>.

⁸⁰⁴ Art. L. 313-6 CASF, D. 313-11 à D. 313-14 CASF.

charge ou accompagnées » doit faire l'objet d'une information de l'établissement ou du service aux autorités administratives compétentes⁸⁰⁵ et d'une information entre autorités administratives, notamment du PCD au préfet de département⁸⁰⁶. Cet événement porteur de risque peut faire l'objet d'un contrôle par l'autorité compétente qui donnera éventuellement lieu à une injonction suite à contrôle, en application de l'article L. 313-14 CASF, et le cas échéant à une suspension ou de la cessation d'activité au titre de la protection des personnes en application de l'article L. 313-16 I CASF.

Il est à noter que, contrairement au champ du CSP qui limite le pouvoir d'injonction de l'autorité compétente aux situations de non-conformité constatées et prévues par des textes spécifiques (écart à une norme)⁸⁰⁷, le champ du CASF est beaucoup plus ouvert. En effet, l'article L. 313-14 I CASF permet à l'autorité de contrôle de prononcer une injonction « *lorsque les conditions d'installation, d'organisation ou de fonctionnement méconnaissent les dispositions du présent code* », ou plus largement lorsque ces conditions « *présentent des risques d'affecter la prise en charge des personnes accueillies ou accompagnées ou le respect de leurs droits* ». Aussi, dans le champ du CASF, l'intervention des inspecteurs est-elle justifiée par la voie de l'injonction sur le fondement de ce texte général, dès lors qu'un risque est constaté, et alors même que ce risque ne serait pas dû au non-respect des dispositions purement techniques de ce code.

2/ La sécurité, une finalité liée à la police administrative dans la jurisprudence

Lorsqu'il est saisi d'un recours en annulation à l'encontre d'une décision administrative prise dans le cadre d'une inspection, le juge administratif procède à une analyse de la forme et du fond de la décision, notamment en cherchant sa finalité. C'est ainsi que dans la jurisprudence du champ sanitaire (a), comme du champ social et médico-social (b), les décisions administratives relatives à la sécurité des usagers relèvent de la police administrative, sans que le juge administratif ne s'attache forcément à la différence entre inspection et contrôle.

⁸⁰⁵ Art. L. 331-8-1 CASF.

⁸⁰⁶ Art. L. 313-13 VI CASF.

⁸⁰⁷ Ce qui signifie quand l'absence de texte prévoyant une injonction, l'autorité ne peut procéder que par recommandation.

a) La notion de sécurité dans la jurisprudence du champ sanitaire

189. Dans un arrêt du 21 novembre 2016, le conseil d'État a rappelé que la sécurité est une finalité liée au « *très large pouvoir de visite et de contrôle* » des inspecteurs de santé publique, liant ainsi le critère de finalité au critère de matérialité⁸⁰⁸. Dans cet arrêt, le Conseil d'État a ainsi justifié les pouvoirs accordés aux pharmaciens inspecteurs de pénétrer au domicile d'un pharmacien d'officine pour contrôler les stocks de médicaments en application des articles L. 1421-1 et L. 1421-3 CSP, en rappelant que « *l'ingérence que constitue la mise en œuvre de ces pouvoirs [de visite et de contrôle] doit s'apprécier au vu de leur finalité légitime, qui est notamment d'assurer la santé publique et la sécurité sanitaire des particuliers* ». Notons, comme Arnaud LAMI et Vincent VIOUJAS, que « *les finalités de protection sanitaire légitiment, pour le Conseil d'État, l'existence de telles modalités d'action* »⁸⁰⁹.

Cependant, l'utilisation de l'adverbe « notamment » dans l'arrêt précité du Conseil d'État montre que la finalité sécuritaire n'est sans doute pas exclusive d'autres finalités, mais qu'elle est consubstantielle aux contrôles effectués et aux moyens qui y sont affectés. Dans la majorité des cas, les pouvoirs accordés aux inspecteurs leur permettent de proposer une mesure de police administrative. Selon les juges, les inspecteurs doivent contrôler non seulement en droit mais également « en fait » les conditions techniques de fonctionnement⁸¹⁰, ce qui légitime les pouvoirs étendus de contrôle des inspecteurs que nous avons énumérés.

190. La jurisprudence administrative relative aux ES porte principalement sur le non-respect des conditions techniques qui met en jeu la sécurité sanitaire des patients au titre de l'article L. 6122-13 CSP. Cette jurisprudence concerne en particulier les carences en personnel paramédical ou médical, l'organisation et le fonctionnement défectueux des services, ainsi que la tenue insuffisante des dossiers médicaux, constatés, soit lors de la demande de renouvellement d'autorisation, en particulier en obstétrique⁸¹¹, soit lors d'inspections a posteriori⁸¹², lorsque les faits sont de nature à justifier la fermeture d'un établissement ou la suspension d'une activité. Il en va de même dans le champ social et médico-social.

⁸⁰⁸ CE, 21 nov. 2016, *M. Robert*, n°386249, Rec. p. 761, 924.

⁸⁰⁹ LAMI A., VIOUJAS V., « Droit hospitalier », Edition Bruylant collection paradigme 2018, op. cit. p. 142.

⁸¹⁰ CAA Marseille, 3 févr. 2005, *Min. Santé, Polyclinique Malartic c/ Clinique Saint-Michel*, req. n° 02MA02192 et 02MA002211.

⁸¹¹ Au sujet du non-respect de l'obligation d'un pédiatre, V. en ce sens CAA Bordeaux, 9 févr. 2010, *ARH de Midi-Pyrénées*, n° 08BX01696 ; TA Lyon, 12 oct. 2010, *Hôpital de Moze et a.*, n° 0804989. Au sujet du nombre insuffisant de sages-femmes, V. en ce sens CAA Lyon, 8 avr. 2010, *Assoc. des usagers des services de santé du Haut Nivernais, CH de Clamecy*, req. n° 08LY00155 et 08LY00271.

⁸¹² V. en ce sens CAA Bordeaux 14 juin 2016, *Polyclinique Marzet*, req. n° 14BX02359; CE, 26 juill. 2006, *Min. Santé et solidarité*, req. n° 283156 ; TA Marseille, 29 mai 2007, *Sté Polyclinique de la R.*, n° 045621 ; CAA

b) La notion de sécurité dans la jurisprudence du champ social et médico-social

191. Dans le champ des ESSMS, les juges administratifs ont également eu à se prononcer sur des situations rencontrées en contrôle, susceptibles de menacer ou compromettre « *la santé, la sécurité ou le bien-être physique ou moral des personnes accueillies ou accompagnées* » au sens de l'article L. 313-16 CASF⁸¹³.

Les illustrations suivantes concernent principalement des établissements accueillant des personnes âgées qui font l'objet d'inspections sur plaintes donnant lieu à des fermetures ou des suspensions d'activités, soit après injonction, soit en urgence. Elles recouvrent une série de situations justifiant du déploiement des pouvoirs des inspecteurs liés à la police administrative : l'absence de personnel qualifié aide-soignant⁸¹⁴, la vacance de poste de directeur et une pétition du personnel relative au dysfonctionnement de l'établissement⁸¹⁵, l'absence de projet de vie individuelle pour les résidents atteints de la maladie d'Alzheimer⁸¹⁶, l'absence de mise en place d'appel malade pour la sécurité des résidents⁸¹⁷, des insuffisances graves de l'établissement, en matière notamment de sécurité contre les incendies et de qualifications des personnels employés⁸¹⁸, une surcapacité par réaménagement non autorisé de locaux⁸¹⁹, l'insuffisance qualitative et quantitative des personnels affectés à la surveillance des résidents la nuit⁸²⁰, ou la trop grande promiscuité de vie entre les locataires et conditions de vie et d'hygiène dégradées dans un accueil familial pour personnes âgées à domicile⁸²¹.

Dans certains dossiers pour lesquels les juges administratifs ont été saisis, les contrôles ont révélé un cumul de dysfonctionnements liés généralement à une mauvaise gouvernance de l'établissement : des carences en matière de personnel, des conditions de stockage et de distribution des médicaments par des agents non encadrés, des carences d'application des

Nantes, 28 mars 2008, *Assoc. Comité d'action pour la réouverture de notre maternité et le maintien des services publics hospitaliers du bassin de vie du Percheron*, n° 07NT00850.

⁸¹³ Ces jurisprudences sont généralement fondées sur les articles ayant précédé l'article L. 313-16 CASF, à savoir l'article L. 331-5 CASF en vigueur jusqu'à 2018 et, avant lui, l'article 210 CFAS en vigueur jusqu'à la recodification de l'année 2000 en « Code de l'action sociale et des familles ».

⁸¹⁴ CAA Nantes, 20 févr. 2007, *M. Aly*, n° 05NT01911.

⁸¹⁵ CAA Marseille 3 juin 2009, *Maison de retraite de Saint-Joseph*, n° 7MA04584.

⁸¹⁶ CAA Versailles, 2 sept. 2010, *Société Le château de Lormoy*, n° 09VE02655.

⁸¹⁷ CAA Marseille 12 juin 2008, *Sarl L'encalada*, n° 06MA03341.

⁸¹⁸ CAA Bordeaux 19 juin 2007, *Sarl Les quatre saisons*, n° 05BX02493.

⁸¹⁹ CAA Marseille 20 nov. 2008, *Micard et autres*, n° 06MA03152.

⁸²⁰ CAA Marseille 27 mai 2003, *Mme D'Hurlaborde*, n° 99MA00517.

⁸²¹ CAA Douai 15 mars 2007, *Mme Waroquet*, n° 06DA01123.

protocoles de soins, d'hygiène, de restauration, de gestion des déchets, ainsi que des dégradations matérielle dans le milieu de vie lui-même⁸²².

192. Quel que soit le champ inspecté, ces constats conduisent les autorités administratives à prendre des mesures de police administrative qui visent à « *éviter les troubles à l'ordre public, pour maintenir la discipline sociale* »⁸²³. Nous verrons par la suite que la police administrative exercée au travers de l'activité d'inspection est une activité qui, dans le champ étudié comme dans d'autres champs d'activité de l'action administrative, pose les questions de concours de police, de confusion entre police et sanction administrative et également avec les activités de police judiciaire des inspecteurs. Au travers de la notion de police administrative, la trilogie municipale du « *bon ordre matériel* » de l'article L. 2212-2 CGCT est mise en œuvre, car la sécurité, la salubrité et la tranquillité publique² doivent être préservées par les autorités au titre de l'ordre public⁸²⁴. Le respect de la dignité humaine est également un objectif premier des contrôles effectués par les autorités administratives. Composante à part entière de l'ordre public depuis 1995 avec le célèbre arrêt « *Commune de Morsang-Sur-Orge* »⁸²⁵, le respect de la dignité humaine est entré en 2002 dans les textes protecteurs du droit des usagers accueillis ou accompagnés⁸²⁶.

Il ressort ainsi de l'étude des textes relatifs au contrôle et de la jurisprudence que l'exigence de sécurité est absolue dans les établissements chargés d'accueillir des personnes vulnérables. La sécurité fait l'objet de contrôles qui donnent lieu à des mesures de police administrative pouvant être contestées devant le juge administratif. Pour autant, le juge administratif utilise très peu le terme « inspection » pour caractériser l'opération matérielle qui sert la mesure de police administrative. Il lui préfère le terme de « contrôle » ayant une finalité de sécurité. Nous allons observer que la position de la doctrine est plus ambivalente sur ce sujet.

⁸²² CAA Marseille 14 oct. 2003, *Association Orchidée*, n° 99MA01267 ; TA Poitiers 17 déc. 2009, *Société Les glycines*, n° 0801306.

⁸²³ FRIER P.-L., PETIT J. « Droit administratif », *LGDJ*, 14^e éd. 2020, p. 332.

⁸²⁴ Art. 2212-2 CGCT : « *La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques* ».

⁸²⁵ CE, Ass. 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-Sur-Orge*, n° 136727, Rec. 372, concl. Frydman.

⁸²⁶ Art. L. 311-3 1° CASF et art. L. 1110-1 CSP.

B/ La position ambivalente de la doctrine sur la finalité sécuritaire de l'inspection.

La doctrine juridique sur le sujet de l'inspection et du contrôle n'abonde pas dans le champ étudié. Son étude montre une certaine ambivalence doctrinale qui associe l'inspection à la catégorie des contrôles de police administrative liés à la notion de sécurité (1), sans exclure d'autres finalités parfois plus larges incluant le concept de qualité (2).

1/ La sécurité, finalité principale de l'inspection selon la doctrine.

La doctrine juridique rattache dans sa grande majorité le terme « inspection » au respect de la sécurité des usagers et des personnels qui assurent leur prise en charge.

193. Dans le domaine particulier du droit hospitalier, Claudine ESPER et Marc DUPONT, associent le terme « inspection » à un contrôle relatif au fonctionnement des établissements de santé publics et privés, avec une finalité particulière qui est la « *sécurité des activités médicales* » (*chirurgie cardiaque, structures relatives à l'hospitalisation, anesthésie...*)⁸²⁷. Il en va de même pour Arnaud LAMI et Vincent VIOUJAS qui évoquent l'inspection en matière de droit hospitalier sous l'angle de la « *singularité des contrôles liés à la sécurité sanitaire* » en la reliant à la police administrative par sa finalité. A ce titre, les auteurs rappellent notamment le pouvoir de suspendre une autorisation sanitaire en application de l'article L. 6122-13 CSP, considérant que « *le contrôle de sécurité sanitaire, contrairement à la tutelle, se fait dans les établissements et implique une mission d'inspection. Les missions se rattachent ici au régime juridique applicable en matière de police administrative spéciale [...]. L'issue de la procédure peut n'entraîner aucune conséquence, mais il est possible que l'établissement soit fortement sanctionné* »⁸²⁸.

194. Dans la doctrine juridique relative au droit des ESSMS, l'inspection est principalement rattachée à la police administrative en ce qu'elle vise la protection des usagers avec des moyens spécifiques que la loi a attribués aux autorités administratives. Pour Bruno FABRE qui analysait en 2010 la place de l'inspection et de l'injonction dans le contrôle des établissements sociaux et médico-sociaux⁸²⁹, en particulier au regard des articles L. 313-14 CASF et des anciens

⁸²⁷ ESPER C., DUPONT M., *Droit hospitalier*, Dalloz 10^e éd. 2017 p. 362.

⁸²⁸ LAMI A., VIOUJAS V., *Droit hospitalier*, Edition Bruylant collection paradigme, 2018, pp. 140 – 147.

⁸²⁹ FABRE B., « La place de l'inspection et de l'injonction dans le contrôle des établissements sociaux et médico-sociaux », *RDSS* 2010, n°3, p. 419.

articles L. 331-5 et L. 331-6 CASF, l'inspection se conçoit comme : « *une garantie de l'injonction, un préalable de l'injonction [...]. Du point de vue du droit positif, l'injonction (un pouvoir d'ordonner) et son support nécessaire, l'inspection (« voir dedans ») sont des moyens de prévention et de contrainte propres à la police administrative* ».

Cependant, il ressort de l'étude de la doctrine que, si la sécurité constitue la finalité principale de l'inspection, cette finalité ne serait pas exclusive d'autres finalités.

2/ La finalité sécuritaire de l'inspection non exclusive d'autres finalités incluant le concept de qualité selon la doctrine.

195. Nous devons nous poser la question de savoir si la finalité sécuritaire singularise l'inspection, au risque de réduire éventuellement celle-ci à un tropisme sécuritaire, ou si cette finalité en cache d'autres. Pour Marie-Laure MOQUET-ANGER, les inspections s'entendent largement comme des « *contrôles exercés en matière de sécurité sanitaire et au titre du contrôle de l'application des lois et règlements* »⁸³⁰. Cette position est intéressante, car elle distingue le contrôle de sécurité sanitaire du contrôle de l'application des lois et règlements en général. Pour autant, rien n'interdit de penser que la finalité sécuritaire affleure toujours derrière le non-respect des textes législatifs et réglementaires, que ceux-ci portent sur le droit des usagers ou les conditions techniques de fonctionnement, de salubrité et d'hygiène. En effet, nous considérons que le non-respect des textes relatifs au droit des usagers peut entraîner à lui seul un risque, que seul un déplacement sur site va permettre d'objectiver, quand bien même aucun signal de dysfonctionnement ne serait remonté aux autorités.

C'est la raison pour laquelle le ministère de la santé a mis en place « des inspections préventives de niveau 1 » afin de détecter a priori d'éventuelles anomalies et dysfonctionnements et qui, si ces derniers sont avérés, permettent de basculer en inspection « curative » de niveau 2, impliquant une analyse systémique de l'établissement ou service inspecté, avec des suites administratives qui seront probablement coercitives relevant de la police administrative.

196. Mais la doctrine va plus loin dans cette acception large de l'inspection en élargissant son instrumentum aux « bonnes pratiques professionnelles » et sa finalité à la « qualité », voire à « l'efficacité », ou même « l'efficience » des établissements et des prises en charges des personnes qu'ils accueillent. Ces propositions doctrinales se fondent, d'une part, sur la juridicité

⁸³⁰ MOQUET-ANGER M.-L., *Droit hospitalier*, LGDJ, 5^e éd., p. 198.

de certaines bonnes pratiques professionnelles qui ont été règlementées et entrent ainsi dans le contrôle technique de conformité⁸³¹, d'autre part, sur l'observation empirique de la pratique actuelle de l'inspection entendue comme un outil de mesure « tout terrain » au regard des larges pouvoirs attribués aux corps d'inspection.

Pour illustrer ce que nous pourrions considérer comme un « élargissement » de l'inspection à de nouvelles finalités que la sécurité et à de nouveaux instruments qui dépassent la loi et le règlement, nous nous référons à différents auteurs en droit de la santé. Ainsi, Didier TABUTEAU soulignait, en 2002 dans son ouvrage relatif à la sécurité sanitaire, que les agences de sécurité sanitaire « *disposent, pour la plupart des produits sensibles pour la sécurité sanitaire, de compétences d'inspection qui leur permettent d'exercer un contrôle externe de qualité et de conformité à la réglementation* »⁸³². D. TABUTEAU précise que le « contrôle de qualité » est aussi un contrôle propre aux entreprises, notamment du secteur pharmaceutique qui est assuré par des procédures internes ou externes à l'entreprise, visant à garantir la surveillance des produits par des sondages internes ou à en augmenter la traçabilité.

L'idée qu'il existe une sorte d'« extension de garantie » de l'inspection à la « qualité » est partagée par d'autres auteurs. Pour Marie-Laure MOQUET-ANGER : « *Les inspections réalisées dans ce cadre permettent de contrôler le respect des textes législatifs et réglementaires garantissant la sécurité des patients, les bonnes pratiques professionnelles, la qualité des soins et les droits de patients* »⁸³³. La référence aux bonnes pratiques professionnelles, issues des démarches qualité de certification, accréditation et évaluation, devra nous faire réfléchir dans la seconde partie de notre recherche sur l'opposabilité de ces bonnes pratiques et leur utilisation dans le cadre d'une activité de police administrative dans le champ sanitaire et social.

Pour Bruno FABRE, la finalité de police administrative poursuivie par les opérations d'inspection n'est pas exclusive d'autres finalités, car le contrôle de régularité aux lois et règlements se double d'un contrôle sur l'efficacité des activités et « *L'inspection permet d'organiser une relation « centre/terrain » et de s'assurer in concreto du respect par les organismes contrôlés de leurs obligations légales, et plus largement de la finalité de leurs*

⁸³¹ Par exemple les bonnes pratiques en matières de médicament à usage humain (Art. L. 5121-5 CSP) et les bonnes pratiques en matière de produits cosmétiques (Art. L. 5131-5 CSP).

⁸³² TABUTEAU D., « La sécurité sanitaire », *berger-levrault*, éd. 2002, p. 298.

⁸³³ MOQUET-ANGER M.-L., *Droit hospitalier*, LGDJ, 5^e éd., op. cit., p. 198.

interventions. Elle permet ainsi de couvrir globalement les champs du contrôle de la conformité et de la mesure de l'efficacité des activités développées »⁸³⁴.

La position d'Arnaud LAMI et Vincent VIOUJAS va aussi dans le sens d'une finalité étendue de l'inspection motivée par le constat que, « *les procédés de contrôle d'inspection sanitaire* » visent des « *objectifs de contrôle* » qui peuvent apparaître très larges, car « *non seulement les contrôles protègent les patients, mais ils permettent également d'assurer la mise en œuvre, avec d'autres acteurs, d'objectifs nationaux (efficacité du système de soins)* », ce qui « *démontre que les finalités du contrôle sont susceptibles d'aller bien au-delà de la seule sécurité* »⁸³⁵.

La référence de Marie-Laure MOQUET-ANGER à la « qualité des soins » aux côtés de celle de « sécurité des patients » et entendues toutes deux comme des finalités de l'inspection, pose aussi la question de la normativité et de la juridicité de la notion de qualité dans le champ étudié. Nous savons que les textes législatifs et réglementaires sont souvent insuffisants pour apprécier la sécurité des prises en charge et que les inspecteurs réalisent à la demande de leur commanditaire des inspections qui visent à analyser l'efficacité et l'efficacité des dispositifs, comme l'évoquent M. LAMI et VIOUJAS.

Cet élargissement de la vocation de l'inspection doit nous interpeller et diriger nos réflexions ultérieures sur ce que la notion d'inspection recouvre, et sur le rapport qu'elle entretient avec les autres démarches de régulation de la qualité et de la sécurité. Nous aborderons cette question dans la deuxième partie de cette thèse.

La dualité sécurité/qualité relative aux contrôles étudiés constitue une source de complexité accrue par la notion d'ordre public et sa mise en œuvre dans le champ concerné.

⁸³⁴ FABRE B., « La place de l'inspection et de l'injonction dans le contrôle des établissements sociaux et médico-sociaux », op. cit., p. 419.

⁸³⁵ LAMI A., VIOUJAS V., *Droit hospitalier, Edition Bruylant collection paradigme*, 2018, p. 147.

§2 Le respect de l'ordre public : de la notion à la mise en œuvre

197. Traditionnellement, le droit administratif français distingue deux catégories d'autorités de police administrative : les autorités de police générale et les autorités de police spéciale.

Les autorités de police générale sont en nombre très limité puisque le droit français en identifie trois : le premier ministre au niveau national⁸³⁶, le maire et le préfet au niveau local⁸³⁷. Les prérogatives de police administrative générale sont exercées « *sur un territoire donné à l'égard de toute activité et de toute personne, [...] le cas échéant, en dehors de toute habilitation législative comme dans le cas du premier ministre* »⁸³⁸.

Les autorités de police spéciale, quant à elles, ont été instaurées « *pour répondre à des besoins spécifiques en matière de sauvegarde de l'ordre public* » en vertu de textes exprès qui leur confient « *des prérogatives qui s'exercent dans un cadre précis* »⁸³⁹. Le législateur a multiplié ces dernières années les polices administratives spéciales et les autorités chargées de les exercer, en particulier dans le domaine de la santé, à tel point que certains auteurs ont évoqué leur « pullulement »⁸⁴⁰.

Le respect de l'ordre public est une notion partagée entre plusieurs autorités administratives dans le champ étudié (A), ce qui va nous permettre de déterminer les éventuelles concurrences entre autorités de police (B), et par la suite, le régime juridique applicable aux actes faisant suite aux inspections contrôles.

⁸³⁶ CE, 8 août 1919, *Labonne*, Rec. CE 1919, p. 737.

⁸³⁷ Art. L. 2212-1 et L. 2212-2 CGCT pour le maire ; L. 2215-1 CGCT pour le représentant de l'Etat dans le département.

⁸³⁸ TCHEN V., in *JurisClasseur Administratif*, fasc. 200, version 2013 : *police administrative, théorie générale* ; n°10.

⁸³⁹ TCHEN V., *Ibid.* n° 87.

⁸⁴⁰ PETIT J., « La police administrative », in GONOD P., MELLERAY F., YOLKA Ph.(dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz 2011, t. 2, pp. 6-43 ; V. aussi PONTIER J-M., « La multiplication des polices spéciales : pourquoi ? », *Sem. Jur. Adm et Coll. Territ.* 16 avr. 2012, p. 2113.

A/ Le respect de l'ordre public, une notion partagée entre plusieurs autorités administratives dans le champ étudié.

En matière de contrôle, le respect de l'ordre public a connu un mouvement contraire dans le champ des ES et dans celui des ESSMS. Dans les ES, le DGARS est l'autorité de police spécialisée à titre quasiment exclusif (1). Dans le champ des ESSMS, nous allons voir que le contrôle d'ordre public a subi l'attraction continue du contrôle de l'activité, ce qui a engendré une pluralité d'autorités de police spéciales (2).

1/ Le directeur général d'ARS, autorité de police spécialisée dans les établissements et services de santé.

Comme nous l'avons vu précédemment, la loi HPST a fait du DGARS le « maître du jeu » en matière de sécurité sanitaire en lui attribuant les pouvoirs de police administrative détenus auparavant par le préfet de département et qui avaient été progressivement confiés au directeur de l'ARH.

Actuellement, le DGARS concentre les pouvoirs de police administrative spéciale liés aux actes d'autorisations sanitaires⁸⁴¹. Il possède aussi la plupart des attributs liés aux opérations matérielles de contrôle de l'organisation et du fonctionnement des ES publics et privés.

Le DGARS s'est vu confié une pluralité de contrôles dans le cadre de l'article L. 1431-2 CSP, mais nous allons rappeler que seuls deux d'entre eux s'attachent au pouvoir de police administrative du DGARS (a). Une fois ce constat fait, nous remarquerons que les suites de contrôle exercées par le DGARS sur les ES au titre de la police administrative se concentrent essentiellement sur l'article L. 6122-13 CSP (b).

⁸⁴¹ Art. L. 6122-1 CSP.

- a) Les fondements des contrôles exercés par le directeur général de l'ARS au titre de la police administrative en établissements de santé.

Parmi les quatre types de contrôles confiés au DGARS par l'article L. 1431-2 CSP, certains relèvent clairement de la police administrative quand d'autres poursuivent une finalité plus ambivalente.

198. Certains contrôles diligentés par le DGARS visent à garantir la sécurité des usagers et se rattachent à la police administrative. Ainsi, en application, en application de l'article L. 1431-2 2° e) CSP, les ARS ont d'abord la responsabilité de « *la qualité et à la sécurité des actes médicaux et à la dispensation et l'utilisation des produits de santé* », et à « *la lutte contre la maltraitance le développement de la bientraitance dans les établissements et services de santé et médicaux-sociaux* ». Elles assurent ensuite le « *contrôle du respect des règles d'hygiène* » prévu à l'article L. 1431-2 1° c) CSP qui est exécuté par les agents de santé environnement dans les établissements de santé en application de l'article L. 6116-2 du CSP.

En revanche, la nature de police administrative d'autres contrôles pose question. Le DGARS contrôle « le fonctionnement » des activités et installations des établissements de santé (et médico-sociaux) ainsi que des activités de chirurgie esthétique en application de l'article L. 1431-2 2° b° CSP. Principalement lié au pouvoir d'autorisation et de financement du DGARS, ce contrôle peut déboucher sur des décisions coercitives relevant de la police administrative en application de l'article L. 6122-13 CSP lorsqu'il est constaté à l'occasion de ce contrôle un « manquement aux lois et règlements pris pour la protection de la santé publique ou la continuité des soins ». Ainsi, le « contrôle du fonctionnement » prévu par les textes peut cacher un contrôle de police administrative spéciale visant à prévenir un trouble particulier à l'ordre public.

199. A contrario, il nous semble beaucoup plus difficile de rattacher à la police administrative les contrôles qui portent sur les modalités de recours aux soins et des pratiques des professionnels de santé en médecine ambulatoire et dans les établissements et services de santé et médico-sociaux en application de l'article L. 1431-2 2° g CSP. Aucune mesure de police administrative n'est prévue dans ce cadre, les ARS devant juste publier un « *bilan annuel, quantitatif et qualitatif des séjours et de l'activité des établissements de santé, portant notamment sur les actes et interventions chirurgicales, sur la base des informations mentionnées à l'article L. 6113-8 CSP* » que les établissements de santé doivent leur fournir.

b) Les suites administratives des contrôles au titre de la sécurité en établissements de santé.

200. Nous avons relevé deux catégories de décisions administratives prises par le DGARS au titre de la « sécurité des patients » dans les ES.

La première, la plus connue en termes de suites de contrôle au titre de la « sécurité des patients », concerne les établissements de santé publics et privés ⁸⁴². L'article L. 6122-13 CSP dispose que *« lorsqu'il est constaté, à l'occasion de l'exercice d'une activité de soins ou de l'installation d'un équipement matériel lourd, 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 »*, le DGARS demande à ce dernier de formuler des observations ainsi que les mesures correctrices adoptées ou envisagées.

Si la réponse de l'établissement est insuffisante ou absente, il adresse à l'établissement une *« injonction de mettre fin de prendre toutes dispositions nécessaires et de faire cesser définitivement les manquements dans un délai déterminé »*. Une inspection s'impose souvent pour « constater l'exécution » de l'injonction.

En outre, l'article L. 6122-13 CSP prévoit que *« en cas d'urgence tenant à la sécurité des patients ou du personnel, ou lorsque l'injonction n'a pas été satisfaite dans le délai fixé »*, il peut prononcer *« la suspension immédiate, totale ou partielle de l'autorisation de l'activité de soins concernée ou l'interruption immédiate du fonctionnement des moyens techniques de toute nature nécessaires à la dispensation des soins »*. En application du dernier alinéa de l'article L. 6122-13 CSP, cette suspension peut aller jusqu'au retrait de l'autorisation ⁸⁴³.

A côté de ces suites relatives à la « sécurité des patients » au titre des non conformités au CSP dans le cadre des activités de soins des établissements de santé publics et privés, le législateur a prévu un second cas passé relativement inaperçu de « sécurité des patients » dans les seuls EPS.

En effet, le DGARS, dans le cadre de son pouvoir d'autorisation et d'allocation de ressources sur les établissements de santé ⁸⁴⁴, détient le pouvoir de nommer dans ces établissements publics, en application de l'article L. 6143-3-1 CSP, un administrateur provisoire pour une durée

⁸⁴² L'article L. 6122-13 CSP a été instauré en 1999 pour les établissements de santé publics et privés (ancien article L. 712-18 CSP).

⁸⁴³ CE, 26 juill. 2006, *A. c. ministre de la Santé*, n° 283156, relatif au retrait de l'autorisation pour carence en personnel paramédical.

⁸⁴⁴ Art. L. 1431-2, 2° b) CSP.

n'excédant pas douze mois dans deux situations alternatives « *en cas de manquement grave à la sécurité des patients* » ou « *lorsque, après qu'il a mis en œuvre la procédure prévue à l'article L. 6143-3, l'établissement ne présente pas de plan de redressement dans le délai requis* ».

Ces deux cas d'ouverture de l'administration provisoire recouvrent des situations très différentes, ce qui semble s'expliquer par l'histoire de cet article qui a été instauré initialement en dehors de toute référence à la sécurité des patients par l'Ordonnance du 2 mai 2005 simplifiant le régime des établissements de santé⁸⁴⁵, pour pallier les problèmes financiers des établissements publics en cas d'échec à la procédure de redressement prévu à l'article L. 6143-3 CSP. Nous parlerons à ce propos des suites de « bonne gestion » des établissements publics de santé. Mais, la loi du 10 août 2011 a ajouté, dans son article 61, le cas d'ouverture du « *manquement grave portant atteinte à la sécurité des patients* »⁸⁴⁶. Le député Jacky Le MENN à l'origine de cette proposition de loi expliquait en 2011 que « *cet article vise à prendre en compte, non plus seulement le critère financier, mais également celui de la sécurité et du bien-être des patients, pour apprécier la façon dont un établissement public de santé s'acquitte de sa mission de service public* »⁸⁴⁷.

201. Si la jurisprudence et la doctrine ne semblent pas s'être penchées sur cet article, il nous semble intéressant d'émettre une hypothèse. L'article L. 6122-13 CSP ne prévoit pas la possibilité de nommer un administrateur provisoire pour des raisons de sécurité des patients, probablement parce-qu'il est difficile d'envisager cette nomination par une autorité publique dans un établissement de santé privé. Le conseil d'administration d'une clinique peut en effet décider lui-même de changer le président directeur général lorsque sa politique menace la sécurité des patients. A contrario, dans un établissement public, la nomination d'un administrateur provisoire est prévue, que ce soit pour des raisons de « sécurité des patients » ou pour des raisons financières de « bonne gestion ». Et si le lien entre les deux n'a jamais clairement été souligné, il ne faut pas s'interdire de penser que les problèmes financiers que

⁸⁴⁵ Ordonnance n°2005-406 du 2 mai 2005 simplifiant le régime juridique des établissements de santé - art. 1 JORF 3 mai 2005.

⁸⁴⁶ 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- art. 61 ; V. Proposition de la commission de l'assemblée nationale en date du 23 juin 2011 : Article 30 : Au premier alinéa de l'article L. 6143-3-1 du code de la santé publique, après les mots : « *la santé*, », sont insérés les mots : « [...] *en cas de manquement grave portant atteinte à la sécurité des patients* [...] ».

⁸⁴⁷ Compte-rendu des débats au Sénat sur la future loi du 10 août 2011, séance du 1^{er} juillet 2011. <http://www2.senat.fr/seances/s201107/s20110701/s20110701019.html>

peuvent connaître certains hôpitaux publics et la mauvaise gouvernance interne pour y mettre fin puissent avoir des conséquences sur la sécurité des patients.

Nous le voyons, le DGARS a désormais à sa disposition tout l'arsenal de police administrative spéciale sur les établissements de santé. Son pouvoir de police administrative s'étend du contrôle de l'autorisation jusqu'à la suspension, l'administration provisoire et l'interruption d'activité.

Cet alignement du contrôle de sécurité sur le contrôle de fonctionnement est une évolution plus récente en ce qui concerne les autorités administratives qui interviennent dans le champ des établissements et services sociaux et médico-sociaux.

2/ L'attraction continue du contrôle d'ordre public par le contrôle de l'activité dans le champ des établissements et services sociaux et médico-sociaux.

202. Autrefois qualifié de contrôle de « surveillance » ou de « sauvegarde » dans les textes comme nous l'avons vu dans le titre 1 de notre étude, ou désigné comme « contrôle d'ordre public » dans la doctrine⁸⁴⁸, le contrôle visant à prévenir les atteintes à « *la santé, la sécurité, ou le bien-être physique et moral des personnes accueillies ou accompagnées* » au sein des services ou des établissements sociaux ou médico-sociaux, relevait de la seule compétence du préfet de département⁸⁴⁹ avant d'être ouvert en 2009 au seul DGARS pour les établissements dont il avait la compétence exclusive d'autorisation. Mais depuis l'Ordonnance 2018-22 du 17 janvier 2018, ce pouvoir de contrôle d'ordre public et ses suites administratives a été élargi, puisqu'il relève désormais de « *l'autorité compétente pour délivrer l'autorisation* » en application de l'article L. 313-16 CASF⁸⁵⁰.

Ainsi, un alignement parfait entre les autorités de contrôle s'est opéré, permettant au DGARS et au PCD de procéder eux-mêmes aux contrôles d'ordre public dans les établissements et services relevant de leur compétence d'autorisation, et de décider, le cas échéant, d'une

⁸⁴⁸ LHUILLIER J-M., « Les conditions de fermeture d'un établissement social », *RDSS 1994*, p. 315 ; THEVENET A., « Créer, gérer et contrôler un équipement social ou médico-social », *ESF éditeur*, 1996, p. 185 ; LHUILLIER J-M., « La fermeture des établissements sociaux et médico-sociaux : de nouveaux textes pour un nouveau contexte... », *RDSS 2006*, p. 710 ; RIHAL H., « La loi du 2 janvier 2002 renovant l'action sociale et médico-sociale évite-t-elle la maltraitance en institution ? » *RDSS 2006*, p. 1000 ; Ch. BARLET Ch., « L'inspection et le contrôle dans la loi HPST, *RGDM 2011*, n° spéc. p. 173.

⁸⁴⁹ Ancien article L. 331-5 CASF.

⁸⁵⁰ Le législateur de 2018 a aussi élargi cette compétence de contrôle d'ordre public aux établissements et services sous habilitation, agrément et déclaration en application de l'article L. 331-1 CASF.

« suspension » ou d'une « cessation d'activité »⁸⁵¹ au titre de l'ordre public, avec ou sans injonction préalable, pour des raisons de sécurité des personnes prises en charge⁸⁵².

203. Cette consécration de l'« unification des compétences de contrôle »⁸⁵³ par la disparition de la distinction entre contrôle technique et contrôle de l'ordre public et par l'alignement des pouvoirs de contrôles entre autorités administratives était déjà en gestation avec l'article 39-I du projet de loi pour l'égalité des droits et des chances des personnes handicapées, adopté en conseil des ministres en 2004, mais qui n'avait pas été voté. La doctrine était déjà partagée sur cette évolution.

Bruno FABRE a porté un point de vue tout régalien sur le sujet. Pour lui, ce partage de compétences en matière de protection des personnes serait à l'origine d'une « *régression de la protection des personnes par suite des graves incertitudes d'organisation des contrôles qu'elle recèle, et amorcerait en définitive le déclin du degré de sauvegarde dans le système de contrôle des établissements sociaux soumis à l'attraction continue du contrôle de l'activité – au point de perdre son unicité spécifique et érodé par le fractionnement de la puissance publique* »⁸⁵⁴. Pour Hervé RIHAL, au contraire, cette évolution des textes, et en particulier l'attribution au Conseil départemental du pouvoir d'injonction et de suites d'inspection en matière de protection des personnes, peut faire s'évanouir, du moins en apparence, la crainte exprimée d'une complaisance trop forte des élus à l'égard des dirigeants d'associations, d'établissements publics départementaux, de mutuelles ou de sociétés privées gestionnaires d'établissements⁸⁵⁵.

L'opposition entre les deux auteurs cités porte essentiellement sur la compétence de contrôle et de suites administratives gérées par les CD au titre de la protection des personnes. Sur ce point, nous partageons, sur le terrain de la pratique, plutôt le pessimisme de Bruno FABRE que l'optimisme d'Hervé RIHAL. Il s'avère difficile, en raison de conflits d'intérêts politiques et techniques, pour un PCD de devoir fermer un établissement, y compris pour des raisons tenant

⁸⁵¹ L'ordonnance 2018-22 du 17 janvier 2018 a remplacé la notion de « fermeture », propre aux établissements avec hébergement, par la notion plus large de « cessation d'activité » qui vise aussi les services sans hébergement.

⁸⁵² Le directeur général d'ARS disposait déjà de ce pouvoir de contrôle d'ordre public dans les établissements et services médico-sociaux relevant de sa compétence exclusive d'autorisation en application de l'ancien article L. 313-16 CASF dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2010-177 du 23 février 2010. Le président du conseil disposait également d'un pouvoir de contrôle au titre de l'ordre public en matière d'aide sociale à l'enfance (article L. 221-1 CASF) et pour les accueillants familiaux (article L. 441-2 CASF).

⁸⁵³ CORMIER M., « La réforme de l'inspection et du contrôle des établissements et services sociaux et médico-sociaux : la fin d'un monopole régalien », *RGDM* juin 2019, n° 71, p. 117.

⁸⁵⁴ FABRE B., « Les compétences de contrôle dans le secteur social et médico-social, *Revue fondamentale des questions hospitalières*, op. cit., p. 37.

⁸⁵⁵ RIHAL H., « La loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale évite-t-elle la maltraitance en institution ? », op. cit., p. 1000.

à la sécurité, quand l'établissement est employeur communal et que l'on est soi-même élu. L'expérience montre que, pour les EHPAD relevant d'une autorisation conjointe avec le DGARS, les PCD laissent presque toujours à ce dernier l'opportunité de la fermeture au titre du non-respect des conditions relatives à la prise en charge soignante.

Une fois soulignée la nature de police administrative d'une décision prise à la suite d'un contrôle, on peut se demander si cette décision relève de l'ordre public général ou de l'ordre public spécial.

B/ La détermination de la nature de la police administrative : ordre public général et spécial dans les établissements et services.

204. Pour Vincent TCHEN, *« l'ordre public est susceptible de revêtir deux formes. Il est "général" lorsque l'autorité de police, le cas échéant en dehors de toute habilitation textuelle comme dans le cas du Premier ministre, exerce sa compétence sur un territoire donné à l'égard de toute activité et de toute personne. Il est "spécial" si un texte précise le champ d'application, le contenu ou les modalités de mise en œuvre des pouvoirs de police »*⁸⁵⁶.

205. Au regard de l'évolution des textes, il semble que la novation juridique qui consiste à unifier les compétences de contrôle (technique et d'ordre public) opère d'abord un effacement de la distinction classique entre ordre public général et ordre public spécial. Elle consacre ce que nous pouvons appeler un « ordre public local » qui conforte le principe selon lequel des autorités de polices spéciales peuvent être plus efficaces pour garantir les composantes traditionnelles de l'ordre public général que sont la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques, car ces autorités disposent des prérogatives, des effectifs de contrôles et de la connaissance des structures. Peut-on pour autant parler de dilution de l'ordre public général entre plusieurs autorités de police spéciales ? Si la doctrine considère parfois des autorités administratives spéciales comme des autorités de police générale, parce que la loi leur confère une partie de cette police⁸⁵⁷, nous pensons qu'il n'en est rien dans le champ étudié.

⁸⁵⁶ TCHEN V., JCPA, n° 72.

⁸⁵⁷ Par exemple, l'article L. 3221-4 CGCT attribue au président du Conseil départemental la police de la circulation sur les routes départementales, mais sous réserve des attributions dévolues aux maires et au représentant de l'Etat dans le département en raison du même code.

Selon nous, il y a bien dans les cas que nous avons étudiés précédemment existence de prérogatives de police administrative spéciale attribuées par des textes législatifs à des autorités administratives spécifiques, y compris le préfet de département, et ce, même lorsque ce dernier exerce son pouvoir général de contrôle sur les structures « *quel que soit l'autorité compétente pour délivrer l'autorisation* » en application de l'article L. 313-13 VI CASF. Les notions de police administrative générale et polices administratives spéciales poursuivent toutes les deux le même but de prévention d'un trouble à l'ordre public et peuvent paraître connectées entre elles, à tel point que : « *la notion d'ordre public général peut être précisée par des textes spéciaux de telle sorte que la police spéciale ne fait que viser un aspect de l'ordre public général* »⁸⁵⁸.

Nous constatons ici avec Charles-Edouard MINET que « *les polices spéciales sont parfois représentées comme un renforcement de la police générale, car elles confient aux autorités de police des compétences qu'elles ne détiennent pas normalement* »⁸⁵⁹, ce que Michel LEROY avait déjà souligné en 1938 en constatant que « *si le domaine de la police générale est très étendu en surface, il est restreint en profondeur* »⁸⁶⁰. Pour Etienne PICARD, les polices administratives spéciales peuvent ainsi permettre à l'autorité administrative d'aller plus loin « *en se fondant sur des motifs de fait qui seraient jugés insuffisants dans le cadre de la police générale* » pour ainsi « *déplacer les termes de l'équation d'ordre public qui s'établit entre les variables [...] composant [...] la mesure de police* »⁸⁶¹.

206. Dès lors, il apparaît que cette novation juridique qui consiste à aligner contrôle de fonctionnement et contrôle d'ordre public rejoint l'idée de Stéphanie RENARD sur « l'ordre public sanitaire » qui dépasse le clivage ordre public général et ordre public spécial en se fondant sur la notion de sécurité sanitaire⁸⁶².

Dans le cadre de notre étude, l'ordonnance 2018-22 du 17 janvier 2018 a été l'aboutissement évoqué par Bruno FABRE en 2004 de cette attraction continue du contrôle de protection « d'ordre public » par le contrôle de l'activité. La volonté de pragmatisme du législateur en matière de contrôle administratif et de police administrative a signé la « *fin d'un monopole*

⁸⁵⁸ CHRETIEN P., CHIFFLOT N., TOURBE M., *Droit administratif*, Dalloz Sirey, 14^e éd. 2014, p. 576.

⁸⁵⁹ MINET C.-E., *Droit de la police administrative*, Vuibert, 2007.

⁸⁶⁰ LEROY M., *Le concours des polices générales et des polices spéciales*, thèse, Lille, 1938, p. 11.

⁸⁶¹ PICARD E., *La notion de police administrative*, préface de R. DRAGO, PUR et LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1984, deux tomes.

⁸⁶² RENARD S., *L'ordre public sanitaire (étude en droit public interne)*, Thèse Droit Rennes 1, 2008.

régalien » dans le champ social et médico-social⁸⁶³. Elle est à saluer si chaque autorité administrative de contrôle joue le jeu et s'en empare.

Le partage entre police administrative générale et polices administratives spéciales s'est réalisé au bénéfice des polices administratives spéciales, et le pouvoir de substitution et d'arbitrage que les textes maintiennent au bénéfice du préfet de département ne semble pas changer le cours de cette évolution.

C/ Conséquences sur la mise en œuvre de l'ordre public dans le champ étudié : Les pouvoirs de police administrative : entre complémentarité et concurrence.

Les pouvoirs de police qui s'expriment à travers les pouvoirs de contrôle des autorités exigent de mettre en place entre elles une logique de collaboration et de complémentarité (1). Malgré cela, des situations de concurrence entre autorités de police existent et le recours à l'exécution forcée du préfet est parfois nécessaire (2).

1/ Une logique de collaboration et de complémentarité.

En matière de contrôle, les obligations d'information entre autorités administratives sont nombreuses (a). Il faut y ajouter la contribution parfois difficile à mettre en œuvre de l'ARS à l'exercice des pouvoirs de contrôle des préfets de départements (b).

a) Les obligations d'informations entre autorités administratives dans le cadre des contrôles.

Les obligations d'information entre autorités de contrôle se sont multipliées ces dernières années au gré des créations des différentes autorités, avec l'idée de créer un maillage serré à travers lequel le moindre facteur de risques serait détecté et traité. Le résultat est pour le moins complexe à appréhender, avec le risque que trop d'informations nuise à la réactivité du système, et pas assez d'informations constitue une brèche ouverte vers une mise en responsabilité des autorités défaillantes.

⁸⁶³ CORMIER C., « La réforme de l'inspection et du contrôle des établissements et services sociaux et médico-sociaux : la fin d'un monopole régalien », op. cit., p. 113.

207. En tant qu'autorité de police sanitaire locale, le DGARS est la seule autorité à disposer de médecins, pharmaciens, ingénieurs et techniciens pour assurer une veille sanitaire au niveau régional. Il a ainsi été investi d'une mission de veille pour le compte des autres autorités de police sanitaire, puisqu'il a l'obligation de signaler au représentant de l'État dans le département, ainsi qu'aux directeurs généraux de l'ANSM, de l'ANSES et de l'ABM, « *toute situation susceptible d'entraîner la mise en œuvre de mesures de police administrative qui relèvent de leur compétence* »⁸⁶⁴. Cette mission de veille oblige également le DGARS à informer le préfet et les élus territoriaux de tout événement sanitaire présentant un risque pour la santé de la population ou susceptible de présenter un risque de trouble à l'ordre public en vertu de l'article L. 1435-1 alinéa 1 CSP⁸⁶⁵. C'est notamment à l'occasion des contrôles sanitaires des établissements recevant du public que cette obligation d'information doit être satisfaite.

208. Dans le seul secteur des ESSMS, le devoir d'information entre autorités administratives ou judiciaires a été raffiné au point de se demander si cela n'est pas contreproductif au regard des enjeux de protection des personnes. D'abord, en application de l'article L. 313-13 VI CASF, une obligation d'information pèse sur le PCD qui « *informe sans délai le représentant de l'État dans le département de tout événement survenu dans un établissement ou service qu'il autorise, dès lors qu'il est de nature à compromettre la santé, la sécurité ou le bien-être physique ou moral des personnes accueillies* »⁸⁶⁶. Le maintien de cette disposition issue de la loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant⁸⁶⁷, malgré l'alignement des compétences de contrôle d'ordre public par l'ordonnance du 17 janvier 2018, peut interroger. Selon nous, le législateur a souhaité conserver au bénéfice du préfet de département l'exercice subrogatoire d'un pouvoir régalien qui s'exerce, soit au titre de son droit d'évocation en application de l'article L. 313-13 VI CASF, soit au titre de son pouvoir de substitution en cas de carence du CD, alors que l'urgence de la situation l'exige⁸⁶⁸.

209. Ensuite, l'ordonnance 2018-22 du 17 janvier 2018 dans le champ social et médico-social a ajouté à l'article L. 313-13 VI CASF l'obligation pour le représentant de l'État d'informer le procureur de la République « *lorsque l'établissement ou le service accueille des majeurs*

⁸⁶⁴ Art. L. 1435-7 CSP.

⁸⁶⁵ Art. L. 1435-1 alinéa 1 CSP : « *Le directeur général d'ARS informe sans délai le représentant de l'Etat territorialement compétent ainsi que les élus territoriaux concernés de tout événement sanitaire présentant un risque pour la santé de la population ou susceptible de présenter un risque de trouble à l'ordre public* ».

⁸⁶⁶ Art. L. 313-13 VI CASF.

⁸⁶⁷ Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant (art. 4).

⁸⁶⁸ Art. L. 313-16 II CASF.

bénéficiant d'une mesure de protection juridique ». En théorie, cette alerte du procureur de la République doit permettre l'information du juge des tutelles sur des situations constitutives de dangers à l'égard de majeurs concernés, afin de faire assurer l'exercice effectif du devoir de surveillance générale de l'article 416 du Code civil⁸⁶⁹. Mais en pratique, le nombre de contrôles sur des services tutélaires, des mandataires individuels, sans parler des établissements sanitaires ou médico-sociaux qui disposent d'un préposé aux tutelles, est très élevé, et il peut sembler hypothétique que les autorités administratives fassent une application automatique de cette saisine du parquet.

210. Enfin, l'ordonnance 2018-22 a ajouté à l'article L. 313-14 I CASF le principe selon lequel dans le cadre d'un contrôle sur un établissement ou service autorisé, lorsque l'autorité de contrôle procède à une injonction, *« elle en informe [...] et, le cas échéant, le représentant de l'Etat dans le département, ainsi que le procureur de la République dans le cas des établissements et services accueillant des majeurs bénéficiant d'une mesure de protection juridique »*. Il faut prendre la mesure de cette disposition de 2018 au regard du nombre élevé d'injonctions formulées suite à des contrôles par l'ensemble des autorités en France sur une année (ARS, services de cohésion sociale et CD). La crainte d'une systématisation de l'information qui ralentirait les procédures et d'une embolisation des services préfectoraux et des parquets est réelle⁸⁷⁰.

Ainsi, les obligations d'informations mutuelles en matière de police administrative dans le champ étudié sont le fruit de la multiplicité des autorités administratives qui entrent en jeu. Leur mise en œuvre suppose une bonne entente entre autorités sous le sceau d'une formalisation minimale qui n'existe pas toujours. Ces obligations d'informations se doublent d'une obligation de mise à disposition des moyens de contrôle de l'ARS au service des préfets de département qui n'est pas sans poser des questions.

⁸⁶⁹ En application de l'article 416 du Code civil, « Le juge des tutelles et le procureur de la République exercent une surveillance générale des mesures de protection dans leur ressort ».

⁸⁷⁰ Rappelons qu'en droit, la formulation « le cas échéant » ne signifie pas « si l'on veut », mais « si l'occasion s'en présente, si les conditions sont remplies » ; voir sur ce point M. LENOBLE-PINSON, « Dire et écrire le droit en français correct », Ed. Bruylant 2019, p. 262.

b) La contribution de l'ARS à l'exercice des pouvoirs de contrôle des préfets de départements : des mises à dispositions difficiles à mettre en œuvre en droit et en fait

211. La loi BACHELOT de 2009 a confié au nom de l'État aux DGARS⁸⁷¹ les moyens et les compétences de contrôles de police sanitaire dans les établissements de santé, dans la plupart des établissements médico-sociaux et dans le secteur de la médecine de ville. Néanmoins, le préfet de département n'a pas été dessaisi de tout pouvoir de police sanitaire et conserve des missions propres en nombre important, à tel point que certains auteurs pensent que le préfet n'a pas été affaibli par cette loi⁸⁷².

Pour permettre au préfet d'assurer ses missions, la loi de 2009 a prévu un dispositif de collaboration avec le DGARS qui emporte des conséquences en matière d'inspection-contrôle. En effet, le préfet conserve l'essentiel des compétences régaliennes dans les domaines que sont la police des débits de boisson⁸⁷³, les soins psychiatriques sans consentement⁸⁷⁴, la gestion des crises sanitaires⁸⁷⁵, et dans deux domaines pour lesquels les inspections réalisées par les services santé environnement des ARS sont nombreuses, même si ces domaines ne concernent pas directement le secteur de notre étude : la salubrité des immeubles⁸⁷⁶ et la police de l'eau⁸⁷⁷.

Aussi, le législateur a prévu, en application de l'article L. 1435-1 alinéa 2 CSP, la mise à disposition des agents de l'ARS pour le compte du seul préfet de département. Ce dernier « dispose à tout moment des moyens de l'agence » dans « les domaines sanitaire et de la salubrité et de l'hygiène publique ». Les services de l'agence sont alors « placés pour emploi » sous l'autorité du préfet, « lorsqu'un évènement porteur d'un risque sanitaire peut constituer un trouble à l'ordre public »⁸⁷⁸.

212. En matière de contrôle des établissements et services, le préfet de département doit aussi pouvoir faire jouer la mise à disposition, notamment pour assurer le contrôle des établissements et services sociaux qui relèvent de son autorisation en application de l'article L. 313-13 II du CASF, en particulier lorsque ce contrôle porte sur le respect de l'exécution des lois et

⁸⁷¹ Aux termes de l'article L. 1432-2 CSP : « Le directeur général de l'agence régionale de santé exerce, au nom de l'État, les compétences mentionnées à l'article L. 1431-2 qui ne sont pas attribuées à une autre autorité... » ; V. également CE. 12 déc. 2012, *SYNERPA*, req. n° 350479, *AJDA* 2013, 481 concl. VIALETES ; *JCP Adm.* 2013, n° 2022, note VIOUJAS ; *RDSS* 2013, 275, note LELEU.

⁸⁷² V. not. MONELLE, ECKERT, MALECOT, « Agences régionale de santé et préfet », in « *La loi HPST, regards sur la réforme du système de santé* » ; Presses de l'EHESP 2009, p. 363 et s.

⁸⁷³ Art. L. 3331-1 et s. CSP.

⁸⁷⁴ Art. L. 3211-1 et s. CSP.

⁸⁷⁵ Art. L. 1435-1 et L. 3131-1 CSP.

⁸⁷⁶ Art. L. 1331-22 et s. CSP.

⁸⁷⁷ Art. L. 1321-1 et s. CSP.

⁸⁷⁸ Art. L. 1435-1 alinéa 5 CSP.

règlements qui se rapportent à la santé publique en application de l'article L. 6116-1 CSP. Le préfet doit aussi pouvoir mobiliser les compétences de l'ARS lorsqu'il utilise son pouvoir général de contrôle dans le cadre de l'article L. 313-13 VI CASF et ce, quel que soit le statut et le régime juridique de l'établissement social ou médico-social contrôlé.

Cette contribution de l'ARS à l'exercice des pouvoirs de contrôle des préfets de département pourrait s'analyser (de prime abord) comme une simple prestation de service afin d'assurer toute ou partie d'une prestation matérielle de police administrative, la décision administrative faisant suite au contrôle relevant du préfet de département. En ce sens, l'article R. 1435-1 CSP dispose que « *ces actions et prestations sont mises en œuvre à la demande du préfet et sous l'autorité du directeur de l'agence [...] les services de l'agence sont placés pour emploi sous l'autorité du préfet de département* ». L'IGAS a ainsi considéré, à propos des matières relatives à l'eau et à l'habitat insalubres qui relèvent de la compétence du préfet, que les ARS ne possèdent ici que des prérogatives « *de second rang* », qui se traduisent principalement en la réalisation d'actes préparatoires d'inspection-contrôle⁸⁷⁹. Le même constat doit s'appliquer selon nous aux mises à dispositions de personnels de l'ARS pour réaliser des contrôles sanitaires dans les établissements sociaux relevant de l'autorisation du préfet.

213. Cette prestation de service prévue par la loi doit être formalisée dans le cadre des protocoles d'accord signés entre le DGARS et chaque préfet de département dans la région⁸⁸⁰ qui doivent notamment porter sur « *les inspections et contrôles prévus au dernier alinéa de l'article L. 1435-7 CSP* »⁸⁸¹. Selon l'IGAS⁸⁸², ces protocoles d'accord traitaient « *assez marginalement la problématique de l'inspection-contrôle* » lors de la constitution des ARS en 2010⁸⁸³. Si des efforts ont été fournis depuis, dans le cadre du renouvellement triennal de ces protocoles⁸⁸⁴, la question de l'inspection-contrôle y demeure lacunaire, tant la mise à disposition d'agents pour le compte du préfet est devenue une question de gestion des ressources humaines avant d'être une question d'ordre public.

⁸⁷⁹ Rapport IGAS n° RM2011-178P, *La mise en œuvre par les agences régionales de santé des politiques de santé-environnement*, déc. 2011, p. 19. (publié)

⁸⁸⁰ Le contenu du protocole d'accord est défini à l'article R. 1435-2 CSP.

⁸⁸¹ Art. R. 1435-7 7° CSP.

⁸⁸² Rapport 2011 op. cit.

⁸⁸³ Rapport IGAS n° RM2012-164P « Les conditions favorisant une meilleure articulation des démarches d'inspection contrôle entre les réseaux territoriaux, ARS et DRJSCS/DDI (domaine social) et leurs partenaires nationaux et locaux », janvier 2013, p. 34. (publié).

⁸⁸⁴ Art. R. 1435-5 CSP.

214. La contribution de l'ARS à l'exercice des pouvoirs de police sanitaire du préfet révèle ainsi deux types de fragilités.

La première fragilité est relative au choix des moyens à mettre en œuvre. Les dispositions législatives et réglementaires en matière de mise à disposition des agents de l'ARS pour le compte du préfet ne précisent jamais qui, du directeur général ou du préfet, est chargé de fixer la nature des moyens à mettre en œuvre. Dans son mémoire sur les pouvoirs de police administrative des ARS, Nicolas PORTE constate que les protocoles départementaux se contentent de « *reprenre les termes de l'article R. 1435-1 du CSP selon lesquels le DGARS informe le préfet des moyens mis en œuvre pour répondre à ses demandes et des résultats de l'intervention* »⁸⁸⁵.

La seconde fragilité soulignée par Nicolas PORTE est celle de la délégation de signature⁸⁸⁶. Selon lui, « *une délégation de signature s'inscrit en principe dans le cadre d'une organisation interne de service. Juridiquement, le délégant ne se dessaisit pas de l'exercice de sa compétence (à la différence de la délégation de pouvoir). Le délégataire agit sous la surveillance et la responsabilité du délégant. C'est pourquoi, la jurisprudence exige que la délégation de signature soit confiée à un agent placé sous l'autorité du délégant* »⁸⁸⁷.

Or, ce lien d'autorité entre le préfet délégant et le DGARS délégataire fait défaut, quand bien même les deux autorités exercent leurs pouvoirs de police au nom de l'État. Le préfet de département ou de région n'a pas de pouvoir de commandement direct ou indirect sur le DGARS. Rappelons que le Conseil d'État a considéré que le DGARS dispose d'un pouvoir autonome d'organisation de ses services, et que même les ministres compétents ne peuvent pas lui adresser des instructions en la matière⁸⁸⁸.

215. La complémentarité des deux autorités peut dès lors virer à la concurrence des moyens. La volonté de la loi BACHELOT qui voulait éviter la segmentation des pouvoirs par l'instauration de ces mises à dispositions fonctionnelles pour le compte du préfet trouve ainsi une limite juridique qui pourrait parfois justifier une faible contribution des ARS aux inspections dans le champ sanitaire, mais surtout dans le champ social relevant du préfet. Il peut paraître surprenant

⁸⁸⁵ PORTE N., *Les pouvoirs de police administrative du directeur général de l'Agence régionale de santé*, op. cit., p. 51.

⁸⁸⁶ Ibid. p. 52.

⁸⁸⁷ CE, 18 mai 1984, *Association des administrateurs civils du secrétariat d'Etat à la culture*, n° 00691, 03082, 05584, 08122 ; CE, 28 juill. 1995, *Union syndicale des administrateurs civils*, n° 159651.

⁸⁸⁸ CE, 12 déc. 2012, *Synd. des médecins inspecteurs de santé publique*, n° 354635, Rec. 412., *AJDA* 2013, 481, concl. VIALLETES ; *RDSS* 2013, p. 275, note LELEU.

que le préfet, autorité de police générale et garant de l'ordre public, ne possède pas une autorité fonctionnelle plus formelle sur l'ARS qui, en tant qu'établissement public de l'État, a récupéré la plupart des anciennes missions régaliennes de contrôles autrefois confiées aux DDASS et DRASS. Les textes attribuent pourtant au préfet de département un pouvoir de représentation et d'instruction⁸⁸⁹.

En application du décret de 2004 relatif aux pouvoirs des préfets, le représentant de l'État dans le département « *est le délégué territorial des établissements publics de l'Etat comportant un échelon territorial* »⁸⁹⁰ et « *peut adresser au service territorial de l'établissement des directives d'action territoriales* »⁸⁹¹. En pratique, ces directives préfectorales ont de faibles répercussions en matière d'inspection-contrôle et ne font pas vivre les protocoles départementaux. Et même si le préfet de région préside le conseil de surveillance de l'ARS, cette dernière est peu encline à mettre ses agents sur d'autres missions que les siennes.

2/ Des situations de concurrence entre les autorités de contrôle et le recours à l'exécution forcée par la voie du préfet.

L'étude de la concurrence entre les autorités de police en droit administratif trouve à s'appliquer dans le champ de notre recherche (a). Elle n'est pas sans poser la question de l'exécution des mesures de police qui s'est traduite par un élargissement des pouvoirs d'action d'office des autorités de contrôle dans le champ étudié (b).

a) La concurrence entre les autorités de police en matière d'inspection-contrôle dans le champ étudié

Nous distinguerons le concours entre polices spéciales (α) et le concours entre police spéciale et police générale (β).

α - Le concours entre pouvoirs de police spéciale

216. L'existence de plusieurs polices spéciales à la main d'autorités différentes et qui régissent les établissements et services sanitaires, sociaux et médico sociaux n'entraîne pas forcément un concours de polices. Le principe d'indépendance des législations s'applique et les différentes règles susceptibles de concerner le même objet se cumulent mais ne s'excluent pas.

⁸⁸⁹ CHAUVIN F., « La nouvelle administration régionale de l'État », *AJDA* 2010, p. 825 et s.

⁸⁹⁰ Art 59-1 du décret n° 2004-374 du 29 avril 2004 relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'Etat dans les régions et les départements, modifié par le décret n° 2012-509 du 18 avril 2012.

⁸⁹¹ Art 59-3 du décret n° 2004-374 du 29 avril 2004 modifié.

Comme l'écrit Didier TRUCHET, « *chaque police spéciale s'applique, sans considération des autres et chaque autorité exerce ses pouvoirs propres* »⁸⁹².

217. Si ce principe prévaut en théorie, il n'est pas toujours aisé de le suivre en réalité. Dans les établissements de santé, plusieurs polices sanitaires spéciales viennent s'appliquer : celles du DGARS, celles de l'ABM pour l'exercice de la procréation médicalement assistée, l'ANSM sur les dispositifs médicaux, ou l'ASN pour les équipements de radiothérapie. La spécialisation de ces polices n'empêche pas l'information mutuelle entre autorités. Il en va de même dans le champ social et médico-social où plusieurs autorités de police spéciale se juxtaposent sans se concurrencer, telles les Directions générales de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) pour le contrôle relatif aux clauses abusives dans les contrats de séjours⁸⁹³, ou le Service départemental d'incendie et de secours (SDIS) pour la sécurité incendie, dont les suites peuvent relever du maire ou du préfet selon la taille de l'établissement⁸⁹⁴.

Après examen des textes, nous constatons que dans les ES, la diversité des autorités de police ne donne pas lieu à des situations de concours de police. Le principe d'indépendance des législations se déploie correctement sous la condition d'une information mutuelle entre autorités de polices spéciales relevant du ministère de la santé⁸⁹⁵. Le même mouvement est à l'œuvre dans le champ social et médico-social, puisque le seul cas de concurrence a disparu avec l'ordonnance du 17 janvier 2018. Il concernait les établissements médico-sociaux relevant de l'autorisation exclusive du DGARS (instituts médico-éducatifs, établissements ou services d'aide par le travail...) qui pouvaient faire l'objet d'une fermeture pour des motifs d'ordre public, soit par le préfet⁸⁹⁶, soit par le DGARS⁸⁹⁷, dans deux articles appartenant au Titre III du Livre III du CASF. La loi ne prévoyait pas de coordination entre les deux autorités de police. Aucun texte n'indiquait que le préfet devait exercer son pouvoir de fermeture en cas de carence du DGARS ou ne soumettait cette procédure à une information préalable.

⁸⁹² D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF, 8^e éd., 2019, p. 343.

⁸⁹³ Art. L. 311-4 CASF.

⁸⁹⁴ Art. R. 123-27 et R. 123-28 du Code de la construction et de l'habitation.

⁸⁹⁵ La coordination des inspections n'est pas toujours assurée entre les autorités de police sanitaires dont les programmes de contrôle ne sont pas toujours croisés au niveau national, en particulier lors des bilans nationaux.

⁸⁹⁶ Au titre de l'ancien article L. 331-5 CASF.

⁸⁹⁷ Au titre de l'article L. 313-16 CASF (cet article renvoyait aux modalités de fermeture prévues à L. 331-5 et L. 331-6 CASF).

Depuis 2018, nous avons vu que le préfet de département a perdu ce pouvoir de police spéciale que lui réservait l'article L. 331-5 CASF. Désormais, dans le secteur social et médico-social, les autorités d'autorisation détiennent les mêmes pouvoirs de contrôle et les mêmes compétences en matière de décision administrative, y compris en matière de « protection des personnes », et le cas de concurrence entre préfet et ARS n'est plus.

β - Le concours entre pouvoirs de police spéciale et police générale

218. La concurrence entre police générale et police spéciale est une question « extrêmement délicate »⁸⁹⁸ qui suppose que celles-ci aient la même finalité. La jurisprudence donne la primauté à la police spéciale en vertu du « principe d'exclusivité » selon lequel l'existence d'une police spéciale permet de prendre en compte tous les impératifs de l'ordre public et interdit alors à l'autorité de police générale de s'immiscer dans l'exercice de cette police spéciale⁸⁹⁹.

Toutefois, l'application du principe selon lequel « les lois spéciales dérogent aux lois générales » n'interdit pas à une autorité de police générale d'exercer ses pouvoirs. L'autorité de police générale peut intervenir à condition que des circonstances particulières le justifient. Selon Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT, « *l'intervention de la police générale, là où existent des polices spéciales, n'est possible que dans les circonstances où celles-ci ne garantissent pas la sauvegarde de l'ordre public, qu'aucune mesure n'ait été prise ou qu'elle soit lacunaire* »⁹⁰⁰. C'est ce qu'est venue illustrer la haute assemblée en 2015 dans un arrêt de principe relatif au pouvoir de police administrative spéciale d'un maire en matière de contrôle des installations d'assainissement non collectif, qui ne le prive pas des pouvoirs de police générale qu'il tient de l'article L. 2212-1 et L. 2212-2 CGCT, notamment en vue de faire cesser les pollutions de toute nature⁹⁰¹.

En pratique, les situations de concours entre police générale et police spéciale dans le champ étudié sont rares.

219. Dans les ES, le seul cas de concours entre police spéciale et police générale semble être celui qui concerne le pouvoir de suspension de professionnels de santé en cas de danger grave

⁸⁹⁸ Note de M. HAURIOU sous CE, 18 avr. 1902, *Commune de Nérès les bains*, n° 04749, Rec. 275, *GAJA* 19^e éd. 2013, n°9 ; S. 1902, 3, 81.

⁸⁹⁹ CE, 30 juill. 1935, *Ets SATAN*, Rec. 847 (impossibilité pour le maire d'intervenir dans les gares et réseaux ferrés régis par la police spéciale des chemins de fer).

⁹⁰⁰ FRIER P.-L., PETIT J., *Droit administratif*, LGDJ 14^e éd. 2020, p. 344.

⁹⁰¹ CE, 27 juil. 2015, *Commune d'Hébuterne*, n° 367484, Lebon, *AJDA* 2015. 1514 ; *ibid.* 2277, note A. PERRIN ; *AJCT* 2016. 48, obs. S. DEFIX ; *Dr. adm.* 2015, n° 12, p. 47-50, comm. C. ZACHARIE.

pour la santé des patients. A cet effet, le DGARS dispose dans plusieurs textes d'un pouvoir de police spéciale lui permettant d'intervenir « *en cas d'urgence* », par la voie d'« enquêtes administratives » réalisées par ses services, de suspendre immédiatement un professionnel de santé de son droit d'exercer pendant une durée maximale de cinq mois, « *lorsque la poursuite de son exercice [...] expose ses patients à un danger grave* »⁹⁰².

Or, ce pouvoir de police spéciale du DGARS entre en concours avec un pouvoir de police générale reconnu au directeur d'un hôpital public dans le cadre du pouvoir de conduite générale de l'établissement qu'il détient sur l'ensemble du personnel en application de l'article L. 6143-7 CSP⁹⁰³. A ce titre, il peut par exemple suspendre en urgence un praticien hospitalier de ses activités cliniques « dans des circonstances exceptionnelles où sont mis en péril la continuité du service et la sécurité des patients », comme l'ont illustré plusieurs jurisprudences administratives⁹⁰⁴, reprises à l'occasion des décrets d'application de la loi BACHELOT de 2009, pour permettre notamment au directeur d'hôpital de suspendre les praticiens hospitaliers de leur participation à la continuité des soins ou à la permanence pharmaceutique la nuit, le samedi après-midi, le dimanche et les jours fériés⁹⁰⁵. Selon la jurisprudence⁹⁰⁶, cette suspension n'est pas disciplinaire, le CNG pouvant décider d'éventuelles suites disciplinaires qui viennent s'ajouter à la suspension émise par le directeur d'hôpital. Le pouvoir de suspension de ce dernier s'avère donc être, selon la jurisprudence, un pouvoir de police administrative générale⁹⁰⁷, que certains auteurs ont qualifié d'« exorbitant »⁹⁰⁸, et qui entre en concours avec les prérogatives de police spéciales du DGARS, les deux polices visant à prévenir un danger grave et imminent pour la sécurité des patients, même si, comme nous le verrons dans le cadre de l'étude des suites d'inspection, les deux pouvoirs de police diffèrent par leur champ : la suspension prononcée

⁹⁰² Articles L. 4113-14, L. 4221-18, L. 4321-19, L. 4322-12 et L. 4343-3 CSP. Il s'agit des médecins, pharmaciens, chirurgiens-dentistes, sages-femmes, infirmiers, pédicures-podologues, masseurs-kinésithérapeutes, orthophonistes et orthoptistes.

⁹⁰³ Art. L. 6143-7 CSP : « *Le directeur exerce son autorité sur l'ensemble du personnel dans le respect des règles déontologiques ou professionnelles qui s'imposent aux professions de santé, des responsabilités qui sont les leurs dans l'administration des soins et de l'indépendance professionnelle du praticien dans l'exercice de son art* » ; V. sur le sujet : DJAMAKORZIAN E., *Les modalités d'organisation et d'exercice des pouvoirs de police administrative et judiciaire de l'hôpital public*, Thèse Paris 8 (2006).

⁹⁰⁴ CE, 1^{er} mars 2006, *Bailly*, n° 279822, Rec. Lebon T. 1076 ; CAA Douai, 22 juin 2006, *CH de Valenciennes*, n° 04DA00212 ; CAA Bordeaux, 10 juin 2008, *Mme Florence B.*, n° 07BX00313 ; CAA Bordeaux, 11 janv. 2011, *Mme Hawa X.*, n° 10BX01034 ; CAA Marseille, 5 févr. 2010, *Cécile A.*, n° 08MA03283.

⁹⁰⁵ Art. R. 6152-28 CSP.

⁹⁰⁶ V. CE, 1^{er} mars 2006, *Bailly*, précité.

⁹⁰⁷ CE, 17 nov. 1997, *Brossault*, n° 168606, Rec. 433.

⁹⁰⁸ AUBERTIN J., « Réflexions critiques sur le pouvoir de suspension d'urgence des praticiens hospitaliers reconnu aux directeurs d'établissements de santé », *RDSS 2015*, p. 506.

par le DGARS est une mesure conservatoire d'une durée maximale de 5 mois plus globale que la suspension prononcée par le directeur d'hôpital qui est circonscrite à son établissement..

220. Pour les ESSMS, la spécialisation des polices est désormais le principe. Toutefois, le préfet de département, nous l'avons vu, dispose en matière de protection des personnes de prérogatives prévalentes dans trois cas de figure : un pouvoir de substitution en cas de carence du PCD⁹⁰⁹, un pouvoir d'arbitrage en cas de désaccord entre le DGARS et le PCD sur les établissements à compétences conjointes⁹¹⁰, et le pouvoir général de contrôle confié au préfet de département en application de l'article L. 313-13 VICASF sur l'ensemble des établissements et services autorisés, habilités, déclarés ou sous agrément⁹¹¹.

Pour autant, les praticiens de l'inspection ne se posent jamais la question de savoir si ces trois pouvoirs du préfet relèvent de ses pouvoirs de police générale ou spéciale, et aucune doctrine ou jurisprudence n'ont été trouvés sur la question dans le point étudié. Or, nous savons qu'une autorité de police administrative générale, comme le préfet, peut être qualifiée d'autorité de police spéciale⁹¹². Pour savoir de quelle police relève ces trois cas de figure, il faut, selon nous, appliquer la règle selon laquelle c'est le respect d'une procédure particulière qui concourt à l'exclusivité de la police spéciale⁹¹³, même si cette police spéciale revêt le contenu d'une police générale et est exercée par le préfet, qui est par ailleurs une autorité de police générale. Ces trois situations prévoient des textes précis qui confèrent au préfet de département, aux termes de cette analyse, des compétences de police spéciales qui s'appliquent, sans concurrence avec celles des autres autorités administratives.

b) La question de l'exécution des mesures de police : un élargissement des pouvoirs d'action d'office des autorités de contrôle dans le champ étudié.

221. Les mesures de police administrative prises par les autorités administratives dans le cadre de leurs activités de contrôle (injonctions, mises en demeure, suspension, fermeture...) jouissent du principe du « privilège du préalable » théorisé par Maurice HAURIOU et repris par la jurisprudence⁹¹⁴. Selon HAURIOU, l'administration dispose de la « *prérogative de réaliser elle-même ses droits par ses propres moyens et sans avoir recours à l'autorisation préalable*

⁹⁰⁹ Art. L. 313-16 II CASF.

⁹¹⁰ Art. L. 313-16 III CASF.

⁹¹¹ Par renvoi de l'article L.331-1 CASF sur l'article L. 313-13 CASF.

⁹¹² PETIT J., « Les aspects nouveaux du concours entre polices générales et polices spéciales », *RFDA* 2013, p. 1187.

⁹¹³ MINET C-E., *Droit de la police administrative*, Vuibert, 2007, pp. 123-124 ; DELICAT Y., « Le principe d'exclusivité des polices spéciales », *AJDA* 2013, p. 1782.

⁹¹⁴ CE, Ass. 2 juill. 1982, *Huglo*, n° 25288, Rec. 257, *AJDA* 1982 p. 657, concl. BIANCARELLI.

d'une juge », car « *l'administration affirme publiquement le droit en tant tel qu'elle entend l'exécuter* »⁹¹⁵.

On sait aujourd'hui que ce principe de privilège du préalable n'existe pas dans les termes employés par l'auteur, car un acte administratif unilatéral individuel (issu d'un contrôle en l'occurrence) « *n'a nullement la portée d'une décision de justice et n'a pas en particulier autorité de la chose jugée* »⁹¹⁶. Ce principe signifie que l'acte pris par l'autorité administrative est présumé régulier et que, lorsque sa régularité est contestée devant un juge administratif, le recours ne suspend pas l'exécution des normes qu'il édicte⁹¹⁷.

Mais face à un établissement ou à un service qui refuse de se conformer aux mesures de police administrative issues des contrôles, les autorités administratives, nonobstant les sanctions administratives ou pénales qu'elles peuvent mettre en œuvre pour amener la structure à obtempérer, doivent saisir le juge judiciaire pour obtenir l'exécution forcée de leur décision. Ce principe général qui s'applique à toutes les administrations a été formulé dans la décision *Société immobilière de Saint-Just*⁹¹⁸ sur les conclusions de Jean ROMIEU⁹¹⁹.

222. Cependant, à partir de cette décision, jurisprudence a développé des exceptions au principe de compétence judiciaire de l'exécution forcée qui autorisent l'administration à agir directement par voie « d'action d'office », sans solliciter l'autorisation du juge judiciaire, et ce dans trois hypothèses : lorsque l'autorité administrative dispose d'une habilitation législative qui autorise à procéder à une action d'office sans habilitation judiciaire préalable, en cas d'urgence, ou en cas d'absence d'autres voies de droit telles les sanctions administratives, civiles ou pénales⁹²⁰.

⁹¹⁵ HAURIOU M., *Précis de droit administratif*, Sirey, 1921, p. 353 et 394.

⁹¹⁶ FRIER P.-L., PETIT J., *Droit administratif*, LGDJ 2013 9^e éd. p. 309. Selon les auteurs, il vaudrait mieux parler de décision « exécutable » que de décision « exécutoire ». p. 310.

⁹¹⁷ L'article L. 4 du Code de justice administrative énonce que « *sauf dispositions législatives spéciales, les requêtes n'ont pas d'effet suspensif s'il n'en est autrement ordonné par la juridiction* ».

⁹¹⁸ TC, 2 déc. 1902, *Sté immobilière de Saint Just*, n° 00543, Rec. CE 1902, p. 13 ; Sirey 1904, 3, p. 17, note HAURIOU.

⁹¹⁹ « *C'est un principe fondamental de notre droit public que l'Administration ne doit pas mettre d'elle-même la force publique en mouvement pour assurer « manu militari » l'exécution des actes de puissance publique et qu'elle doit d'abord s'adresser à l'autorité judiciaire qui constate la désobéissance, punit l'infraction et permet l'emploi des moyens matériels de coercition* » (Cité par V. Tchen in Jurisclasseur administratif, fasc 108-10, n° 86).

⁹²⁰ TC, 24 fév. 1992, *Couach*, Rec. CE 1992, p. 479, AJDA 1992, p. 327, chron. MAUGE ET SCHWARTZ : « *l'autorité (administrative) ne peut, sauf urgence ou en application de textes législatifs particuliers l'y habilitant, agir d'office [...] sans avoir, au préalable, obtenu du juge compétent une décision enjoignant au récalcitrant à s'exécuter* ».

L'examen des textes dans le champ de notre étude montre que les deux premières hypothèses se sont développées et facilitent l'exercice des pouvoirs des inspecteurs ou l'application des décisions administratives qu'ils suscitent.

C'est d'abord le cas en matière d'habilitation législative accordée aux autorités et agents de contrôle dans le champ des ESSMS. Par principe, en application de l'article L. 1421-2 alinéa 1 CSP, lorsque l'occupant refuse l'accès des locaux aux autorités administratives, ce dernier peut être autorisé par l'autorité judiciaire dans les conditions prévues à l'article L. 1421-2-1 CSP (qui prévoit une ordonnance du juge des libertés et de la détention). Mais l'ordonnance 2018-2 du 17 janvier 2018 a allégé le dispositif en confiant aux autorités de contrôle intervenant dans le champ social et médico-social la possibilité de ne pas requérir l'autorisation judiciaire lorsque le contrôle est effectué en présence de l'occupant et avec son accord écrit ou celui de son représentant légal, à la condition que cet accord soit recueilli par des agents habilités et assermentés⁹²¹.

C'est ensuite le cas en matière de mise en œuvre de la notion d'urgence pour laquelle le législateur a élargi les situations à de nouvelles autorités qui peuvent en bénéficier. Avant l'ordonnance du 17 janvier 2018, en cas d'urgence ou de refus du gestionnaire d'un établissement ou service médico-social d'exécuter la décision ordonnant la fermeture d'un établissement au titre de l'ordre public prise par le préfet de département, seul celui-ci avait pouvoir pour saisir le juge judiciaire et faire appliquer la décision judiciaire autorisant l'exécution forcée⁹²². Mais l'évolution déjà soulignée avec l'ordonnance de janvier 2018 de confier ce pouvoir de fermeture directement aux autorités administratives en charge de l'autorisation (ARS ou PCD dans le domaine médico-social) a aussi transféré la possibilité pour ces autorités de saisir directement le juge d'une exécution forcée⁹²³. Néanmoins, il va de soi que ces autorités devront passer par le préfet de département pour mobiliser la force publique⁹²⁴.

223. En revanche, la troisième hypothèse de « l'absence d'autres voies de droit » ne justifie pas l'action d'office dans le champ étudié. Les polices administratives liées aux suites de contrôle prévoient de nombreuses sanctions comme nous l'avons montré. Celles-ci viennent s'adosser à des sanctions administratives qui se multiplient également sous diverses formes,

⁹²¹ Art. L 313-13-1 CASF.

⁹²² Ancien article L. 331-5 CASF.

⁹²³ Art. L. 313-16 CASF : « *En cas d'urgence ou lorsque le gestionnaire refuse de se soumettre au contrôle prévu à l'article L. 313-13, l'autorité compétente pour délivrer l'autorisation...* ».

⁹²⁴ Le préfet de département « *dirige l'action des services de la police nationale et des unités de gendarmerie nationale en matière d'ordre public et de police administrative* » L. 122-1 du Code de la sécurité intérieure.

comme nous le verrons. La prolifération de ces sanctions rend en pratique résiduelle l'utilisation de l'article R. 610-5 du CP⁹²⁵ par les autorités administratives de contrôle.

La question de l'exécution forcée des mesures de police par la justice ne donne pas lieu à un contentieux administratif important. Le juge judiciaire est peu saisi pour des demandes d'exécution forcée, car le législateur a attribué aux autorités de contrôles les outils nécessaires pour faire exécuter les mesures de police qu'elles prennent suite à des inspections.

Nous allons ci-après nous pencher sur les différentes mesures de police administrative et sur les sanctions administratives qui font suite à des inspections dans le champ étudié. Leur nature juridique et le régime qui leur est applicable s'avèrent être complexes à appréhender pour les autorités de contrôle et les administrés.

Sect. 2 - Les suites d'inspection : de la multiplicité des décisions envisageables à la complexité de leur mise en œuvre.

La finalité de l'inspection-contrôle est de permettre aux autorités de contrôle de prendre différents types de mesures à l'égard des établissements ou services contrôlés et des personnes y exerçant. Ces mesures prennent la forme de la suspension d'activité au du retrait d'autorisation, du blâme à la radiation, en passant par l'administration provisoire, l'amende administrative ou l'amende pénale. Très nombreuses, ces mesures administratives, pénales, disciplinaires ou ordinales ont une nature juridique parfois incertaine qui rend complexe leur application par les autorités chargées du contrôle.

Nous allons d'abord nous pencher sur les suites d'inspection dont la nature juridique préventive ou répressive pose question, avec des mesures qui sont souvent qualifiées par les autorités administratives du champ de notre étude de « sanctions administratives », alors qu'il s'agit en réalité de mesures de police administratives (§1). Nous évoquerons ensuite la question de la complexité de mise en œuvre des sanctions particulières que sont les sanctions professionnelles d'une part, et les sanctions financières d'autre part (§2).

⁹²⁵ Art. R. 610-5 Code pénal : « *La violation des interdictions ou le manquement aux obligations édictées par les décrets et arrêtés de police sont punis de l'amende prévue pour les contraventions de 1^{re} classe* ».

§1 La question de la nature juridique préventive ou répressive de certaines décisions prises à la suite d'une inspection-contrôle

Le droit administratif distingue classiquement les mesures de police administrative des sanctions administratives. Ces deux types de décisions administratives poursuivent des finalités différentes, préventives pour les premières et répressives pour les secondes. Nous rappellerons dans un premier temps l'enjeu que revêt la qualification juridique des suites de contrôles et ses conséquences en termes de régime juridique applicable à ces décisions (A). Puis, dans un second temps, nous verrons que la nature juridique de certaines suites de contrôles est parfois complexe à déterminer dans le champ étudié (B).

A/ L'enjeu de la qualification des suites d'inspection-contrôle sur le régime juridique qui leur est applicable.

224. Par principe, la répression relève du juge pénal⁹²⁶, et le droit de la santé a longtemps ignoré la sanction administrative⁹²⁷. Mais un pouvoir répressif propre de l'administration s'est développé, particulièrement en droit de la santé, en réponse aux crises sanitaires et à la création des agences sanitaires qui a marqué les années quatre-vingt-dix. Les professeurs Mireille DELMAS-MARTY et Catherine TEIGEN-COLLY ont analysé l'évolution du rôle de l'État à l'aune de son pouvoir de sanction selon trois étapes⁹²⁸. Il est manifeste que la sanction administrative et la sanction pénale peuvent se ressembler, car elles partagent dans les deux champs des

⁹²⁶ TC, 2 déc. 1902 *Société immobilière Saint-Just*, n° 00543, Rec. 13 : Le commissaire du gouvernement rappelait que : « le mode d'exécution habituel et normal des actes de puissance publique est la sanction pénale, confiée à la juridiction répressive ».

⁹²⁷ Selon Maryse DEGUERGUE, *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques*, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01448559>, p. 280 : « Un élément d'explication peut tenir dans la relation singulière qui se nouait entre le médecin et son patient et qui a longtemps été la seule source de sanction par l'engagement possible de la responsabilité pénale, civile ou disciplinaire des médecins, dans des proportions d'ailleurs fort modestes en raison de la confraternité médicale ».

⁹²⁸ Ces auteurs ont souligné que la répression administrative « s'est développée en France en trois étapes, en étroite relation avec l'évolution du rôle de l'État : aux sanctions anciennes de l'État puissance publique s'ajoutent, au milieu du XXe siècle celles de l'État interventionniste avant que la répression administrative ne se redéploie dans les années 1970 au sein de l'État régulateur » ; in *Punir sans juger ; de la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992, p. 13.

appellations proches: *infractions, sanctions, sanctions à caractère financier ou administratif, indemnité compensatrice, mesures appropriées, pénalités, astreintes, amende.*

Toutefois, la sanction administrative et la sanction pénale n'ont pas le même objet. Comme l'a écrit Jean-Marie DELARUE à propos de la sanction administrative, « *elle frappe le comportement qui n'est pas celui du délinquant ou du criminel mais celui qui méconnaît les règles édictées par l'administration* »⁹²⁹. Dans cette perspective, « *la sanction administrative parvient, mieux sans doute, que la sanction pénale, à atteindre le double objectif sous-jacent à toute punition : la rétribution du comportement fautif mais aussi la prévention de celui-ci* »⁹³⁰.

Le développement des sanctions administratives va de pair avec une dépénalisation de certains manquements aux dispositions légales, comme l'a rappelé le Conseil d'État dans son rapport consacré aux pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions⁹³¹, ainsi que divers colloques⁹³², notamment en droit de la santé⁹³³. Mais la dépénalisation ne semble pas la seule explication à la multiplication des sanctions administratives, puisque le législateur crée de nouvelles mesures administratives prises à la suite de contrôles, dont on ne sait pas toujours si elles relèvent de la police ou de la sanction. Or, il s'avère qu'aujourd'hui, la difficulté est moins de distinguer entre sanction administrative et sanction pénale⁹³⁴, qu'entre sanction administrative et mesure de police administrative dans le champ étudié.

La distinction entre mesures de police et sanctions administratives prises à la suite des inspections contrôle n'est assurément pas évidente, car ces décisions ont été placées entre les mêmes mains (1). Toutefois, la différence de nature juridique de ces décisions a pour conséquence une différence de régime juridique applicable que les autorités administratives ne doivent pas méconnaître dans le cadre de leur activité d'inspection-contrôle (2).

⁹²⁹ DELARUE J.-M., « Actualité de la problématique de la sanction administrative », *AJDA*, 20 oct. 2001, numéro spécial.

⁹³⁰ SAUVE J.-M., « Les sanctions administratives en droit public français, État des lieux, problèmes et perspectives », *AJDA*, 20 oct. 2001, numéro spécial.

⁹³¹ Conseil d'État, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, La documentation française, 1995.

⁹³² CHAINAIS C., FENOUILLET D., « Les sanctions en droit contemporain », Dalloz, *L'esprit du droit*, 2012 ; *Le pouvoir de sanction de l'administration*, JCP A, n° 11, 11 mars 2013.

⁹³³ V. notamment *Les sanctions en droit de la santé*, Colloque annuel de l'AFDS, 7 oct. 2014, Paris (non publié).

⁹³⁴ Les sanctions pénales sont bien qualifiées dans les codes. À défaut de toutes les énumérer, nous pouvons citer l'exercice illégal de la médecine et des professions de pharmacien ou d'infirmier qui constituent des délits (art. L. 4161-5, L. 4223-1, L. 4314-4 CSP), les obstacles à contrôle des activités des établissements de santé (art. L. 6117-1 CSP), des laboratoires de biologie médicale (art. L. 6242-3 CSP) ou des établissements sociaux et médico-sociaux (art. L. 313-22-1 CASF) ou encore l'exploitation d'équipements lourds sans autorisation en établissement de santé (art. L. 6125-1 CSP).

1/ La réunion des mesures de police et des sanctions dans les mêmes mains.

225. Les autorités de contrôle disposent très souvent à la fois de pouvoirs de police administrative et de pouvoirs de sanctions administratives dont le régime juridique est différent. Cependant, la distinction entre ces deux types de décisions n'est évidente, ni pour l'administré, ni pour l'administration, et source d'une certaine « ambigüité » juridique comme l'a souligné le professeur Michel DEGOFFE⁹³⁵.

Le critère organique est à lui seul insuffisant pour qualifier une décision prise à la suite d'un contrôle de mesure de police ou de sanction administrative. Les autorités de contrôle, qu'elles soient services déconcentrés, établissements publics ou autorités administratives indépendantes, sont parfois devenues des « autorités de régulation » qui réunissent souvent en une seule main tous les pouvoirs juridiques classiques, comme l'a montré Thierry TUOT⁹³⁶. Ce sont les mêmes agents qui contrôlent et instruisent les « infractions » ou les « manquements », et leurs autorités administratives qui prennent la décision finale qui peut être une sanction⁹³⁷, en particulier, ARS et ANSM pour les ES, et ARS, DDCS ou CD pour les ESSMS⁹³⁸. L'expression de sanction « *in house* » utilisée par Mattias GUYOMAR illustre bien ce mouvement holistique qui fait entrer la sanction dans la sphère de la régulation⁹³⁹.

Le critère matériel est ambigu : les termes employés pour définir la police administrative et la sanction administrative sont souvent les mêmes : infraction, manquement, mise en demeure, observations, retrait, suspension.

226. Il est donc nécessaire d'examiner le critère de la finalité pour distinguer police administrative et sanction administrative.

⁹³⁵ Selon M. DEGOFFE, « *L'individu ou la personne morale atteinte par une mesure dite de police administrative a souvent bien des difficultés à ne pas l'assimiler à une sanction* » in « L'ambigüité de la sanction administrative », *AJDA* 2011, p. 27.

⁹³⁶ TUOT Th., « La planète des sages », in FAUROUX R., SPITZ B., *Notre État : le livre-vérité de la fonction publique*, Robert Laffont, 2001, p. 688-712 « *La particularité [...] de la régulation est de réaliser une unité rarement observée ailleurs. Tous les pouvoirs juridiques classiques, en eux-mêmes d'une grande banalité, sont réunis en une seule main : celui qui définit la règle l'applique ; celui qui l'applique enquête sur son respect ; celui qui enquête tranche les différends à l'issue d'un quasi-procès ; et pour couronner l'édifice, le même sanctionne à l'aide de mesures ou d'amendes suffisamment lourdes pour être redoutées* ».

⁹³⁷ Comme le souligne M. GUYOMAR, « *la répression administrative rassemble en principe dans les mêmes mains le contrôle qui permet de constater un manquement et la sanction qui le réprime* » (GUYOMAR M., *Les sanctions administratives*, LGDJ 2014, p. 32).

⁹³⁸ V. dans la partie 1 CSP relative à la protection générale de la santé : L. 1421-1, L. 1435-7 CSP ; dans la partie 5 relative aux produits de santé (agents des ARS, de l'ANSM, DIRECCTE, DGFIP, etc.).

⁹³⁹ GUYOMAR M., *Les sanctions administratives*, *Ibid.* p. 33.

La finalité répressive permet de qualifier la sanction administrative, comme l'ont retenu le Conseil d'État⁹⁴⁰ et le Conseil Constitutionnel⁹⁴¹. Le Conseil d'État en a donné une définition précise : « *Les sanctions sont d'une nature essentiellement répressive. Elles procèdent d'une intention de punir un manquement à une obligation. Elles se fondent sur un comportement personnel considéré comme fautif. Au contraire, les mesures de police ont une finalité essentiellement préventive* »⁹⁴². Les critères objectifs et subjectifs permettent de caractériser la sanction administrative. Selon Mattias GUYOMAR « *La sanction administrative se distingue de la mesure de police à la fois par le motif qui l'inspire (la qualification d'une faute) et par le but qu'elle poursuit (la répression de cette faute)* ». A ces critères objectifs, s'ajoute selon Mattias GUYOMAR un critère subjectif et complexe à manier qui est celui « *tiré de l'intention de punir qui anime son auteur* »⁹⁴³.

Dans le silence des textes, étant donné que le critère organique et le critère matériel apparaissent insuffisants, les juges recherchent ainsi la finalité des mesures dont les effets sont parfois similaires, en police administrative et en sanction administrative, ainsi que nous le verrons en matière de retraits d'autorisation. La finalité préventive permet de qualifier une mesure de police⁹⁴⁴, alors qu'une finalité répressive caractérise l'existence d'une sanction⁹⁴⁵.

Aussi délicate soit-elle, la distinction entre police et sanction est absolument nécessaire pour définir le régime juridique des mesures prises.

2/ Le régime juridique différencié des mesures de police administrative et des sanctions administratives.

227. Lorsqu'elle vise le respect de l'ordre public, l'inspection donne lieu à des décisions administratives qui peuvent relever soit de la police administrative, soit de la sanction administrative. Ces deux types de décisions qui traduisent des actes administratifs individuels généralement qualifiés de « défavorables » à l'égard d'une personne physique ou d'une personne morale doivent être « motivées » en application de l'article L. 211-2 CRPA⁹⁴⁶ et, étant

⁹⁴⁰ CE, sect., avis, 5 avr. 1996 *Houdmond*, n° 176611, Rec. 116.

⁹⁴¹ Cons. Const. déc. *Mme Ileana A.*, n° 2012-239 QPC du 4 mai 2012.

⁹⁴² Conseil d'État, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, op. cit., p. 38.

⁹⁴³ GUYOMAR M., *Les sanctions administratives*, op. cit., p. 23.

⁹⁴⁴ Cons. Const., déc. n° 2011-132 QPC du 20 mai 2011, *M. Ion C.*

⁹⁴⁵ Cons. Const., déc. n° 2011-211 QPC du 27 janv. 2012, *M. Éric M.*

⁹⁴⁶ Art. L. 211-2 CRPA : « *Les personnes physiques ou morales ont le droit d'être informées sans délai des motifs des décisions administratives individuelles défavorables qui les concernent. A cet effet, doivent être motivées les décisions qui : 1° Restreignent l'exercice des libertés publiques ou, de manière générale, constituent une mesure de police ; 2° Infligent une sanction ...* ».

« prises en considération de la personne », sont soumises au respect d'une procédure contradictoire préalable en application de l'article L. 121-1 CRPA⁹⁴⁷ (sauf exception tenant lieu notamment à l'urgence ou des situations exceptionnelles, art. L. 121-2 CRPA). Cependant, l'édiction d'une sanction administrative par l'autorité administrative fait peser sur cette dernière des contraintes processuelles plus fortes, notamment le respect des droits de la défense.

228. Les droits de la défense se composent des principes constitutionnels de légalité des délits et des peines et de nécessité des peines, en application des articles 8 et 9 de la DDHC⁹⁴⁸, ainsi que du droit au procès équitable en vertu de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Les sanctions administratives ont vu leur régime progressivement encadrées par le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'État et sont ainsi soumises aux obligations procédurales applicables en matière pénale : le respect des droits de la défense⁹⁴⁹, l'impartialité, la rétroactivité de la loi répressive plus douce⁹⁵⁰, le principe de nécessité et de proportionnalité des sanctions qui doivent être fonction de la gravité des manquements⁹⁵¹, l'absence de sanction automatique et le non cumul des sanctions⁹⁵².

Or, la jurisprudence administrative exclut l'application du principe de légalité des délits et des peines aux mesures de police administrative⁹⁵³, de même qu'elle exclut l'application du droit au procès équitable à ces dernières⁹⁵⁴. En effet, les mesures de police administrative ne portent pas atteinte à des « *droits et obligations à caractère civil* » et ne traduisent pas une « *accusation* ».

⁹⁴⁷ Art. L. 121-1 CRPA : « *Exception faite des cas où il est statué sur une demande, les décisions individuelles qui doivent être motivées en application de l'article L. 211-2, ainsi que les décisions qui, bien que non mentionnées à cet article, sont prises en considération de la personne, sont soumises au respect d'une procédure contradictoire préalable* ».

⁹⁴⁸ Article 8 DDHC « *La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée* ».

Article 9 DDHC « *Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi* ».

⁹⁴⁹ CE, sect., 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier*, n° 69751, Rec.133. Le respect des droits de la défense se traduit pour l'administré par le droit d'obtenir la communication préalable de son dossier, de présenter des observations écrites et orales, ainsi que du droit d'être traité de manière équitable par une autorité indépendante et équitable.

⁹⁵⁰ CE, ass., 16 fév. 2009, *Sté Atom*, n° 274000, Rec. p. 25, concl. LEGRAS ; JCP A 2009, 2089, note D. BAILLEUL.

⁹⁵¹ Cons. Const., 29 déc. 2003, déc. n° 2003-489, *Loi de finances pour 2004*, cons. 11.

⁹⁵² V. notamment Cons. Const., 17 janv. 1989, n° 88-248 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*.

⁹⁵³ V. notamment CE, 12 mars 1999, *SA Jacqueline du Roure*, n° 180498, Rec. 562.

⁹⁵⁴ V. par exemple CE, sect., 25 avr. 1958, *Sté Laboratoires Geigy* : Rec. CE 1958, p. 236, concl. HEUMANN ; AJDA 1958, 2, p. 227, chron. FOURNIER et COMBARNOUS ; JCP G 1958, 10747, note F. G. ; CE 20 fév. 2013, *Théron*, n° 364081 (Retrait du permis de visite d'une personne détenue qualifié de mesure de PA).

en matière pénale » au sens de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme⁹⁵⁵.

Toutefois, il se trouve que seules les sanctions administratives les plus graves sont soumises au principe des droits de la défense par le juge administratif⁹⁵⁶, le Conseil constitutionnel admettant que l'autorité administrative investie du pouvoir de sanction ne soit pas tenue de respecter l'ensemble des principes qui gouvernent le procès pénal⁹⁵⁷.

229. Une autre différence entre mesure de police administrative et sanction administrative est d'ordre juridictionnel. Les mesures de police administrative relèvent du contentieux de l'excès de pouvoir qui ne peut donner lieu qu'à une annulation partielle ou totale de la décision administrative, quand les sanctions administratives font l'objet d'un recours de pleine juridiction qui autorise le juge administratif à réformer la sanction attaquée en substituant son appréciation personnelle à celle de l'administration⁹⁵⁸.

Le régime juridique applicable à une décision prise à la suite d'une inspection-contrôle n'est pas toujours aisé à déterminer, car la nature juridique de la décision est parfois incertaine. Nous allons nous apercevoir que dans le champ étudié, certaines décisions peuvent tantôt être qualifiées de mesures de police et tantôt de sanctions administratives.

B/ La nature mixte de certaines décisions faisant suite à inspection contrôle : l'exemple du retrait d'autorisation et de l'administration provisoire.

230. La question de la qualification d'une décision en « mesure de police administrative » ou « sanction administrative » se pose souvent à l'occasion d'un recours contentieux devant le juge qui porte sur les formalités substantielles de respect de la procédure contradictoire, préalable à la décision contestée, et de motivation de cette dernière. Le juge administratif se met en quête de la finalité de la décision pour la qualifier et en déduire le régime juridique. Le législateur a pu dans certains cas définir expressément dans un texte ou une section d'un code ce que l'on

⁹⁵⁵ CE, 22 juin 2001, *Sté Athis*, n° 193392, Rec. 276 ; *RFDA* 2002 p. 509 ; CE, ass., 21 déc. 2012, *Sté Canal plus*, n° 362347, Rec. 446 ; CE, 13 juill. 2010, *Ass. Supras Auteuil*, n° 116186 ; CE, 5 juin 2002, *SCI « Les Fougères »*, n° 209753.

⁹⁵⁶ CE, ass., 3 déc. 1999, *Didier*, n° 207434, Rec. 399. (à propos du retrait d'une carte professionnelle et d'une sanction financière prononcée par le Conseil des marchés financiers).

⁹⁵⁷ Cons. Const. 5 juill. 2013, déc. n° 2013-331 QPC, *Société Numéricâble SAS et autre*, cons. 10.

⁹⁵⁸ CE. Ass., 16 fév. 2009, *société Atom*, loc. cit.

peut appeler des sanctions « qualifiées », ou « par nature », selon le terme de la doctrine⁹⁵⁹. C'est le cas des sanctions administratives applicables par le DGARS aux LBM et des sanctions disciplinaires applicables aux médecins et pharmaciens y exerçant⁹⁶⁰, ou encore des sanctions administratives prononcées par le DGARS en cas de non-respect des dispositions relatives aux actes, procédés, techniques et méthodes à visée esthétique⁹⁶¹.

Mais à côté des sanctions « qualifiées » ou « par nature », figurent des sanctions administratives « non qualifiées »⁹⁶² en raison de leur nature mixte, tantôt liées à la police administrative, tantôt liées à la sanction administrative, tantôt à un pur acte de gestion. C'est le cas du retrait d'autorisation (1), et celui des mesures intermédiaires et de l'administration provisoire (2).

1/ Le retrait d'autorisation

231. Comme l'a rappelé le Conseil d'État dans son étude de 1995 sur les pouvoirs de sanction de l'administration : « *tout retrait d'autorisation (ou d'agrément) ne constitue pas une sanction* »⁹⁶³. Pour autant, les auteurs ne sont pas tous d'accord avec cette conception. Pour Maryse DEGUERGUE, le retrait n'est « *jamais expressément qualifié de sanction administrative, mais il s'analyse bien comme la punition de la violation des prescriptions législatives et réglementaires relatives à l'activité concernée ou des prescriptions fixées par l'agrément (ou l'habilitation ou l'autorisation)*. En réalité, il s'agit d'une abrogation et non d'un retrait au sens juridique malgré l'appellation qui lui est donnée, car la mesure prise ne vaut que pour l'avenir »⁹⁶⁴.

De son côté, Mattias GUYOMAR s'appuie sur la jurisprudence, qui applique le critère finaliste, pour distinguer trois catégories de mesures administratives différentes qui peuvent aboutir à des effets strictement identiques, tel le retrait d'une autorisation⁹⁶⁵.

232. D'abord, le retrait d'autorisation peut être regardé comme une mesure n'ayant un caractère ni préventif, ni répressif, mais comme une mesure symétrique, dans ses motifs, à la délivrance de l'autorisation. L'autorité administrative procède dans ce cas au retrait lorsque les conditions de son octroi cessent d'être remplies. Dans cette première hypothèse,

⁹⁵⁹ GUYOMAR M., Les sanctions administratives, *op. cit.*, p. 30.

⁹⁶⁰ Art. L. 6241-1 à L. 6241-6 CSP et R. 6241-1 à R. 6241-4 CSP.

⁹⁶¹ Art. L. 1152-1 et L. 1152-2 CSP.

⁹⁶² DEGUERGUE M., Les sanctions administratives dans les secteurs techniques, *op. cit.*, p. 289.

⁹⁶³ Conseil d'Etat, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, *op. cit.*, p. 41.

⁹⁶⁴ DEGUERGUE M., *Ibid.* p. 289.

⁹⁶⁵ M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives*, *op. cit.* p. 25-26.

l'administration ne tient pas compte du comportement de l'intéressé mais tire les conséquences d'un état de fait⁹⁶⁶. Dans le champ étudié, c'est par exemple le cas du retrait d'autorisation d'une activité de soin dans un établissement de santé par le DGARS (précédé éventuellement d'une suspension) « *selon les procédures prévues à l'article L. 6122-13 si les conditions mises à son octroi ne sont pas respectées* », en application de l'article L. 6122-7 alinéa 3 CSP. C'est aussi le cas de l'abrogation de l'autorisation d'un établissement ou service social ou médico-social prononcée en vertu de l'article L. 313-18 CASF, prise à la suite d'une cessation définitive volontaire « *lorsque les conditions d'installation, d'organisation ou de fonctionnement de l'établissement ou du service ou du lieu de vie ou d'accueil méconnaissent les dispositions du présent code* », en application de l'article L. 313-14 CASF⁹⁶⁷. Le « retrait symétrique » peut résulter d'un contrôle sur place, mais rarement d'une inspection qui sera initiée en cas de risque pour la sécurité des personnes et donnera alors lieu à un retrait relevant de la police administrative ainsi que nous allons le voir.

233. Ensuite, le retrait d'autorisation peut entrer dans la catégorie des mesures de police administrative⁹⁶⁸. Dans le champ étudié, la jurisprudence a ainsi estimé qu'une décision de retrait d'autorisation prise dans le cadre de l'urgence en matière de sécurité des malades sur le fondement de l'ancien article L. 712-18 CSP (désormais codifié à l'article L. 6122-13 CSP) n'a « *pas le caractère d'une sanction* »⁹⁶⁹. Il en va de même pour le retrait d'autorisation d'un laboratoire d'analyse médicale en cas de « *fonctionnement dans des conditions dangereuses pour la santé publique* »⁹⁷⁰.

Le retrait d'autorisation au titre de la « sécurité » résulte généralement de mesures qui visent à la suspension d'activité ou la fermeture, au motif qu'il faut justement prévenir un risque ou empêcher qu'il ne perdure. Ces mesures sont également qualifiées par la jurisprudence de mesures de police administrative, comme c'est le cas en matière de retrait d'autorisation de mise sur le marché dans l'intérêt de la santé publique d'un médicament⁹⁷¹.

⁹⁶⁶ CE, sect., 25 juill. 1975, *Ministre de l'Équipement c. Sieur Richoux*, n° 136063, Rec. 429; CE, 23 mai 1997, *Société Amérique Europe Asie*, n° 176924 ; CE, 6 déc. 2012, *Pfeiffer*, n° 348922.

⁹⁶⁷ Et non pour une raison d'ordre public en application de l'article L. 313-16 CASF.

⁹⁶⁸ Par exemple, CE, 22 avr. 1955, *Association franco-russe*.

⁹⁶⁹ CAA Paris, 29 novembre 2006, *SARL Clinique Victor Hugo Spontini*, n° 02PA02090.

⁹⁷⁰ CE, sect., 25 fév. 1994, *Laboratoire d'Artois*, n° 153202, Rec. 98. « *Le retrait d'autorisation prononcé à l'encontre d'un laboratoire en application des dispositions de l'article L.757 du code de la santé publique et de l'article 24 du décret du 4 novembre 1976 est une mesure de police administrative visant à assurer la protection de la santé publique* ».

⁹⁷¹ Art. L. 5121-14-12 CSP ; CE, sect., 25 avril 1958, *Sté des laboratoires Geijy*, Rec., p. 236, concl. HEUMANN ; *AJDA* 1958, II, p. 227, chron. FOURNIER et COMBARNOUS ; *JCP* 1958, II, 10747, obs. F.G.

Dans le domaine social et médico-social, le Conseil d'État a retenu la qualification de mesure de police administrative pour la fermeture d'un établissement sans autorisation (actuel article L. 313-15 CASF) en considérant que « *l'arrêté par lequel un président de conseil général prescrit, sur le fondement de l'article 14 modifié de la loi n° 75-535 du 30 juin 1975, la fermeture d'un établissement d'hébergement de personnes âgées constitue une mesure de police qui doit être motivée en application de l'article 1er de la loi du 11 juillet 1979* »⁹⁷². Dans un autre arrêt portant sur une situation proche, le Conseil d'État a rappelé que « *Le juge de l'excès de pouvoir exerce un contrôle normal sur l'appréciation des circonstances de fait sur laquelle se fonde l'autorité administrative pour ordonner la fermeture d'un établissement d'hébergement de personnes âgées* »⁹⁷³.

A côté de cette fermeture d'un établissement non autorisé, figure la fermeture pour mise en danger de la sécurité des personnes accueillies. Dans les ESSMS, cette fermeture (renommée « cessation d'activité » depuis l'ordonnance 2018-22 du 17 janvier 2018) au titre de l'article L. 313-16 CASF a été expressément qualifiée de « mesure de police administrative » par la jurisprudence⁹⁷⁴. Dans le domaine des établissements et services de santé, cette même fermeture prononcée en application de l'article L. 6122-13 CSP au titre de « la sécurité des patients ou du personnel », est plus rare et donne donc lieu à moins de saisines juridictionnelles. Les carences en personnel médical peuvent motiver une fermeture de service au titre du risque qu'elles représentent pour la sécurité des patients⁹⁷⁵.

234. Enfin, le retrait d'autorisation peut entrer dans la catégorie des sanctions administratives. Il se caractérise ici par son aspect répressif, car il a pour objet de punir le titulaire de l'autorisation des manquements commis à la réglementation à laquelle il est assujéti⁹⁷⁶. Rappelons ici la définition que donne Didier TRUCHET de la sanction administrative dans le domaine de la santé : « *une décision prise par une autorité administrative qui atteint*

⁹⁷² CE, 29 déc. 1995, *Mlle Cabrera*, req. n° 147685, Rec. 623 et 660 ; RDSS 1996, 382, obs. LHUILLIER ; CE, 3 déc. 2003, *Département de l'Hérault*, Rec p. 470 ; RDSS 2004, 426, obs. LHUILLIER.

⁹⁷³ CE, 29 déc. 1995, *Fabre et Perrier*, n° 151551, Rec. T 635, 660, 661 et 999 ; RDSS 1996, 382, obs. LHUILLIER, et 1996, 604, note PRETOT.

⁹⁷⁴ CAA Marseille, 9 juin 2011, *APEI de Frontignan et Pays de Thau*, n° 09MA03209 : cet arrêt rendu sur recours du ministre contre le jugement du TA Montpellier (16 juin 2009, n° 0800721 et 0804045, APEI de Frontignan) ayant annulé un arrêté de fermeture provisoire pour non-respect de la procédure contradictoire : « *Considérant, en second lieu, que la fermeture des établissements gérés par l'APEI dans le cadre des dispositions de l'article L.313-16 du code de l'action sociale et des familles constitue une mesure de police qui devait être motivée en application de l'article 1er de la loi du 11 juillet 1979 ; que dès lors cette association devait être mise à même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales avant le prononcé de ladite fermeture* ».

⁹⁷⁵ V. en ce sens notamment, CE, 26 juill. 2006, *Min. Santé et solidarité*, n° 283156, fermeture et retrait de l'autorisation pour carence du personnel médical.

⁹⁷⁶ CE, sect., 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier*, n° 69751, Rec. p. 133, *op. cit.*

une personne physique ou morale dans ses intérêts en conséquence de la violation d'une obligation qu'elle devait respecter »⁹⁷⁷. Le Conseil d'État a précisé que si le retrait d'autorisation ou d'agrément ne présente pas par lui-même de caractère disciplinaire, un tel caractère peut ressortir des circonstances de fait qui ont accompagné la mesure. Il en va ainsi lorsque le retrait est intervenu en raisons de fautes précises commises par l'intéressé⁹⁷⁸. Ainsi, il a été jugé que « *le retrait d'agrément du directeur d'un centre de transfusion sanguine, prononcé pour des motifs tenant tant au risque créé par le fonctionnement du centre qu'au comportement personnel du requérant, bien que pris dans le cadre des pouvoirs de police spéciale donnés au ministre de la santé publique, n'a pas le caractère d'une mesure de police mais d'une mesure prise en considération de la personne* »⁹⁷⁹.

Il subsiste néanmoins des situations dans lesquelles il est parfois difficile de distinguer la sanction administrative de la mesure de police par défaut de jurisprudence. C'est le cas du retrait d'autorisation réalisé par l'ABM pour une activité de prélèvements et greffes d'organes pour un ES⁹⁸⁰, ou celui du retrait d'autorisation par le DGARS d'une pharmacie à usage intérieur dans les hôpitaux en cas d'infraction aux dispositions sur les produits pharmaceutiques et sur la profession de la pharmacie⁹⁸¹.

2/ Les mesures intermédiaires en inspection-contrôle et le cas spécifique de l'administration provisoire.

Les suites d'inspection ou de contrôle sont loin de toutes se solder par une fermeture d'établissement ou de service et par un retrait d'autorisation. Les autorités de contrôle disposent de ce que l'on peut appeler des « mesures intermédiaires » qui permettent de pallier un dysfonctionnement constaté (a), et du pouvoir de nommer un administrateur provisoire dont la fonction est à analyser (b).

⁹⁷⁷ TRUCHET D., « Identification et classification des sanctions en droit de la santé », colloque de l'AFDS « *Les sanctions en droit de la santé* », 7 octobre 2014, Université de Paris Descartes.

⁹⁷⁸ CE, 29 mai 1970, *Bonnemaïson*, n° 78011, Rec. p. 362.

⁹⁷⁹ CE, sect., 26 févr. 1971, *Rozé*, n° 73120, Rec. p. 165.

⁹⁸⁰ Art. L. 1245-1 CSP.

⁹⁸¹ Art. L. 5126-4 CSP. Si le retrait doit être motivé et précédé d'une mise en demeure de faire cesser les infractions constatées dans un délai déterminé en application de l'article R. 5126-37 CSP, rien n'indique que ce retrait soit une sanction ou une mesure de police.

a) Le cas des mesures intermédiaires

235. Les mesures intermédiaires qui précèdent une fermeture ou une cessation d'activité sont-elles mêmes considérées comme des mesures de police administrative par la jurisprudence lorsque ce dysfonctionnement est susceptible de créer un trouble à l'ordre public.

Il en va ainsi de la mesure de suspension d'une autorisation sanitaire prise en application de l'article L. 6122-13 CSP qui « *s'apparente à une mesure de police sanitaire* »⁹⁸², et « *ne présente pas le caractère d'une sanction administrative, l'autorité administrative ne pouvant au demeurant infliger une telle sanction que si celle-ci est prévue par un texte à valeur législative ou réglementaire* »⁹⁸³. De même dans le domaine sanitaire à propos d'une mise en demeure prise par l'ARS à l'égard d'une clinique sur le fondement de l'article L. 6122-13 CSP d'arrêter de fonctionner sans autorisation, qui doit être considérée comme mesure de police administrative et non sanction administrative⁹⁸⁴. Une telle mise en demeure doit en conséquence être motivée et soumise à une procédure contradictoire préalable, sauf cas de l'urgence retenu en l'espèce.

236. Dans le champ médico-social des personnes âgées, le tribunal administratif de Toulouse a retenu à propos d'une procédure de fermeture d'un établissement pour personnes âgées par le préfet de département, qu'au regard « *de l'urgence à agir* », et alors même que les deux autorités de contrôles n'utilisaient pas les mêmes motifs juridiques de procédure (L. 313-16 CASF pour le préfet de département, L. 313-14 CASF pour le PCD) : « *la possibilité d'adresser des injonctions préalables [...], de désigner un administrateur provisoire [...], de procéder à une fermeture définitive ou provisoire, totale ou partielle, immédiate ou différée dudit établissement et au placement des personnes qui y étaient accueillies [...], que les mesures prises sur l'un ou l'autre de ces fondements, à titre conservatoire ou définitif, et quelle que soit la procédure retenue pour procéder à la fermeture, constituent dès lors des mesures de police administrative* »⁹⁸⁵.

b) Le cas particulier de l'administration provisoire des établissements et services

237. L'administration provisoire est une des possibilités offertes par les textes aux autorités de contrôle et de tarification pour essayer de remédier, soit à une mauvaise gestion, soit à une

⁹⁸² TA Pau, 26 juin 2014, *Polyclinique Marzet*, n° 1300444.

⁹⁸³ TA Nice, 11 févr. 2013, *Clinique Saint-Antoine*, n° 1202029.

⁹⁸⁴ TA Nice, 9 mai 2014, *Clinique de l'Espérance*, n° 1200203.

⁹⁸⁵ TA Toulouse, 14 avr. 2010, *SARL L'orangerie*, n° 0504262.

situation de nature à mettre en danger la sécurité des usagers. Dans les deux cas, elle porte atteinte à la liberté de gestion de l'établissement ou de l'association et peut se solder, en cas d'échec, par une fermeture et un transfert de gestion. Bien que cette mesure soit très coercitive, sa nature de police administrative n'est pas toujours évidente.

Contrairement à ce que certains auteurs affirment, l'administration provisoire ne peut pas être qualifiée d'actes de police dans tous les cas de figure⁹⁸⁶. Elle ne peut être qualifiée d'acte de police que si elle est prise dans le but de sauvegarder ou rétablir l'ordre public. Si une autorité de police agissait dans un but d'intérêt général sans rapport avec l'ordre public, elle pourrait commettre un détournement de pouvoir⁹⁸⁷. Aussi, faut-il, selon nous, distinguer entre les administrations provisoires qui visent la sécurité des personnes, et celles qui visent à rétablir une bonne gestion.

A notre sens, relèvent de la police administrative au titre de la protection des personnes les administrations provisoires qui sont prises en raison d'un manquement grave portant atteinte à la sécurité des patients⁹⁸⁸, ou lorsque les conditions d'installation, d'organisation et de fonctionnement menacent ou compromettent la santé, la sécurité ou le bien-être physique ou moral des personnes accueillies⁹⁸⁹. En revanche, lorsqu'elles ont pour but de remédier, soit à des dysfonctionnements, soit à une situation de déséquilibre financier, les administrations provisoires relèvent de la catégorie des actes de gestion par la tutelle. Nous pouvons faire entrer dans cette catégorie l'administration provisoire sur un établissement public de santé lorsqu'il ne « *présente pas de plan de redressement dans le délai requis* »⁹⁹⁰. Il s'agit ici de pallier la carence de gestion financière et « *de permettre que soit assuré de façon optimale le fonctionnement du service public de santé* »⁹⁹¹. Il en va de même pour ESSMS de droits privés à but non lucratif en proie à un « *déséquilibre financier significatif ou prolongé ou lorsque sont constatés des dysfonctionnements dans la gestion financière* »⁹⁹².

⁹⁸⁶ LECAT D., « L'administration provisoire des établissements sociaux et médico-sociaux », *RDSS* 2010, p. 431. (l'auteur défend la thèse selon laquelle l'administration provisoire qui résulte des dispositions antérieures à l'ordonnance 2018-22 du 17 janvier 2018, à savoir les articles L. 313-14 al. 3, L. 313-14-1 CASF al. 3 à 7, L. 313-17 al. 2, L. 331-6, R. 331-6 et R. 331-7 CASF, « *sont constitutives d'une police administrative spéciale* » et que « *l'administrateur provisoire prolonge cette mission de police administrative. Il devient le bras armé de l'autorité compétente* »).

⁹⁸⁷ CE, 26 nov. 1875, *Pariset*, n° 47544, Rec. 934. (fermeture par un préfet d'un établissement insalubre, non dans un but de police mais dans un intérêt financier).

⁹⁸⁸ Art. L. 6143-3-1 CSP pour les établissements publics de santé.

⁹⁸⁹ Art. L. 313-16 et L. 313-17 CASF pour les établissements sociaux et médico-sociaux (ancien L. 331-5 et L. 331-6 CASF).

⁹⁹⁰ Art. L. 6143-3-1 CSP.

⁹⁹¹ TA Strasbourg, ord. Référé, 16 oct. 2013, *Centre hospitalier de Sarrebourg*, n° 1304583.

⁹⁹² Art. L. 314-14-1 CASF.

238. Nous pouvons en revanche nous poser la question de la nature juridique de l'administration provisoire prévue à l'article L. 313-14 V CASF. Cette mesure peut être alternative ou consécutive à l'injonction de « remédier » à une situation de méconnaissance des dispositions du CASF, ou lorsque la sécurité des usagers est en jeu. Elle donne à l'administrateur provisoire le pouvoir de prendre « *les actes d'administration urgents ou nécessaires pour mettre fin aux difficultés constatées* ». Si elle tend plus vers ce que le Code de commerce nomme une administration provisoire de « redressement » que vers une administration provisoire de « liquidation », sa nature de police administrative nous semble justifiée uniquement dans le cas où la sécurité des usagers est en jeu. A l'inverse, la simple « méconnaissance des dispositions du code » ne nous semble pas devoir être systématiquement associée à la police administrative, si tant est que cette méconnaissance n'engendre pas par elle-même un trouble à l'ordre public, ce que le juge devra analyser.

Après avoir abordé la question de la confusion possible entre mesure de police et sanction administrative, nous allons nous pencher sur la mise en œuvre complexe des sanctions particulières que sont les sanctions professionnelles et les sanctions financières.

§2 La complexité dans la mise en œuvre des sanctions professionnelles et des sanctions financières suite à inspection-contrôle

Si les sanctions professionnelles attachées à la qualité de certains professionnels exerçant dans le domaine de la santé existent depuis longtemps, les sanctions financières sont apparues très récemment dans la sphère sanitaire et sociale.

Les sanctions professionnelles se traduisent par une posture duale de l'autorité administrative de contrôle à l'égard d'autres instances, entre pouvoir de transmission et pouvoir de décision (A). Les sanctions financières, émergentes depuis le début des années 2000, prennent actuellement une place prépondérante qui n'est pas sans poser de questions procédurales (B).

A/ Le rôle de l'inspection dans les sanctions des professionnels de santé : entre pouvoir de transmission et pouvoir de décision.

239. A côté des sanctions administratives ou pénales qui vont porter sur l'activité des personnes morales que sont les établissements et services, coexistent des sanctions professionnelles qui s'appliquent aux personnes physiques qui y exercent. La sanction professionnelle est un type particulier de sanction administrative⁹⁹³ qui se distingue par l'organe compétent pour l'infliger. La sanction professionnelle est prononcée par les juridictions ordinaires et disciplinaires chargées de réprimer un manquement à une réglementation propre à une profession ou à une activité professionnelle⁹⁹⁴.

En droit de la santé, les enquêtes et contrôles réalisés dans les établissements de santé ou médico-sociaux, voire les cabinets libéraux, par les inspecteurs et contrôleurs des ARS, peuvent aboutir à la mise en cause individuelle des praticiens de santé⁹⁹⁵. Ces « inspections », au sens générique du terme, sont parfois dirigées d'emblée sur des faits critiquables imputés à un ou des praticiens. Les inspecteurs, après validation des faits incriminés, sont tenus d'identifier les responsabilités qui incombent à chacun. La mission d'inspection (généralement nommée enquête administrative selon les termes de l'IGAS, car visant un professionnel en particulier), mandatée par le directeur général de l'ARS, contribue ainsi à l'objectivation des éléments susceptibles de revêtir un caractère disciplinaire et/ou ordinal. Elle n'a pas à proposer un niveau de sanction professionnelle, mais elle est chargée de saisir les instances disciplinaires et ordinaires compétentes en la matière.

En matière de procédures liées aux sanctions professionnelles, le contexte est à l'augmentation des plaintes de patients à l'égard de praticiens⁹⁹⁶, qui se traduisent par des saisines ordinaires, mais aussi des saisines des ARS par le CNG⁹⁹⁷ afin de mener ces enquêtes sur le comportement

⁹⁹³ MOURGEON J., *La répression administrative*, LGDJ 1967, p. 181.

⁹⁹⁴ CE, sect. 12 oct. 2009, *Petit*, n° 311641, Rec. 367.

⁹⁹⁵ Les médecins et pharmaciens inspecteurs de santé publique ou désignés par le DG-ARS sont habilités à relever les manquements aux codes de déontologie (Articles L. 1421-1 et L. 1435-7 du CSP).

⁹⁹⁶ Selon le rapport annuel de la Mutuelle d'assurance du corps de santé français (MACSF) publié en 2018, le nombre de réclamations amiables et de plaintes judiciaires à l'encontre des médecins libéraux a augmenté en France en 2016, entraînant une hausse de sinistralité déclarée de 8,7% dans ce secteur.

⁹⁹⁷ Le CNG est un établissement public à caractère administratif créé par le décret n° 2007-704 du 4 mai 2007 ; il a repris les compétences de la DHOS pour tous les actes de gestion des 44534 praticiens hospitaliers et des 5523 personnels de direction des établissements de santé publics et des établissements médico-sociaux. Il est opérationnel depuis décembre 2007.

des praticiens hospitaliers. Il se trouve que les textes et les procédures en la matière sont mal connus des inspecteurs et très compliqués à mettre en œuvre.

240. En droit de la santé, les contrôles qui peuvent donner lieu à une sanction professionnelle sont nombreux du fait de l'existence des professions à ordre et des activités réglementées dans le domaine médical et paramédical⁹⁹⁸. Il faut ici rappeler que les missions d'inspection doivent savoir apprécier selon qu'il s'agit d'une faute disciplinaire ou d'une suspicion d'état pathologique, d'infirmité ou d'insuffisance professionnelle. Ces deux procédures diffèrent selon que le praticien exerce dans un établissement public de santé ou non.

Nous allons ici aborder le rôle de l'inspection essentiellement du point de vue de l'ARS, dans la procédure disciplinaire (1), puis dans la procédure pour insuffisance infirmité et état pathologique des professionnels de santé (2).

1/ La place de l'inspection dans la procédure disciplinaire des professionnels de santé

Le Code de déontologie, propre à chacune des sept professions de santé et préparé par le conseil national de l'ordre intéressé, est édicté sous la forme d'un décret en Conseil d'Etat⁹⁹⁹. Il définit les règles de comportement que doivent respecter les professionnels et qui s'imposent à eux. Ainsi, par exemple, les manquements aux règles déontologiques des professions médicales énoncées aux articles R. 4127-1 à R. 4127-112 CSP sont susceptibles de sanctions disciplinaires¹⁰⁰⁰. Or, la procédure d'enclenchement des sanctions disciplinaires est différente selon que le praticien est libéral ou rattaché au service public.

241. Lorsque la procédure concerne un praticien libéral, le DGARS¹⁰⁰¹ peut décider de saisir la chambre disciplinaire régionale de 1ère instance de l'ordre dont relève le praticien¹⁰⁰², en mentionnant explicitement dans le courrier de saisine accompagné du rapport d'inspection, les faits de nature à prouver l'indiscipline. L'ARS ne peut pas proposer un niveau de sanction, car ce pouvoir relève uniquement de la chambre disciplinaire de l'ordre qui dispose d'une liste de

⁹⁹⁸ Sept professions médicales et paramédicales sont organisées en Ordres professionnels : Ordre des médecins (article L.4121-1 du CSP), Ordres des chirurgiens-dentistes (article L.4121-1 du CSP), Ordres des sages-femmes (article L.4121-1 du CSP), Ordre des pharmaciens (article L.4231-1 du CSP), Ordre des infirmiers (article L.4312-1 du CSP), Ordre des masseurs-kinésithérapeutes (article L.4321-10 du CSP), Ordre des pédicures-podologues (article L.4322-2 du CSP).

⁹⁹⁹ Par exemple pour les médecins, chirurgiens-dentistes et sages-femmes : Art. L. 4127-1 CSP et Art. R. 4127-1 à R. 4127-367 CSP.

¹⁰⁰⁰ Par exemple, manquements aux devoirs généraux des médecins liés au non-respect de la dignité des patients, moralité, probité, respect du secret professionnel, etc.

¹⁰⁰¹ Ou le préfet de département, le procureur ou le ministre chargé de la santé.

¹⁰⁰² Juridiction administrative spécialisée.

sanctions ordinaires fixée par la loi¹⁰⁰³. Aucune donnée chiffrée sur le nombre de saisines des chambres régionales ordinaires par les ARS n'a pu être trouvée pour illustrer notre étude.

242. Lorsque la procédure disciplinaire concerne un praticien hospitalier médecin ou pharmacien, l'ARS, généralement saisie par le CNG, est chargée en tant qu'autorité de contrôle compétente d'objectiver les faits rapportés, les allégations (vérification de la présence réelle le jour des faits du PH, des témoins), le contexte (savoir si les problèmes viennent uniquement de ce PH ou également de l'organisation, d'autres confrères...) et également la manière de servir (ponctualité, absentéisme injustifié, participation aux réunions, avancement des tâches confiées, tenue des dossiers, intégration à la communauté médicale). Elle transmet son rapport d'inspection au CNG qui assure le rôle de conseil de discipline pour les PH, ou devant une juridiction disciplinaire nationale spécifique pour les PU-PH¹⁰⁰⁴. Ces instances décident, en droit et en opportunité, de la qualification des faits rapportés et de l'engagement de la procédure qui en découle, et notamment, en matière disciplinaire, de la sanction la plus appropriée qui est de nature administrative¹⁰⁰⁵.

Cette procédure est aujourd'hui la plus opérationnelle, même si elle n'aboutit pas nécessairement devant le conseil de discipline (3 à 4 saisines par an). En effet, des cas moins difficiles trouvent des aboutissements autres : des procédures plus légères peuvent être engagées (lettre d'admonestation, avertissement ou blâme¹⁰⁰⁶, suspension des fonctions de chef de pôle), les cas de révocation étant réservés aux cas les plus lourds¹⁰⁰⁷. Depuis la création du CNG,

¹⁰⁰³ Par exemple, pour les professions médicales (médecin, chirurgiens-dentistes et sages-femmes), l'article L. 4124-6 CSP prévoit les peines suivantes : blâme, interdiction temporaire d'exercice avec ou sans sursis, interdiction définitive d'exercer. La radiation du tableau de l'Ordre est la sanction disciplinaire la plus importante.

¹⁰⁰⁴ Décret modifié n° 86-1053 du 18 septembre 1986 fixant les règles de procédure devant la juridiction disciplinaire instituée par l'article L. 952-22 du code de l'éducation pour les membres du personnel enseignant et hospitalier.

¹⁰⁰⁵ Art. R. 6152-74 à R. 6152-78 CSP et R. 6152-310 à R. 6152-317 du CSP.

¹⁰⁰⁶ TA de Cergy-Pontoise, 7 mars 2016, n° 1310363, à propos d'un manque de communication d'un praticien avec les personnels soignants nuisant à la planification et la répartition du temps de travail et des congés ; TA de Nancy, 4 avr. 2017, n° 1501826, à propos des difficultés d'un praticien hospitalier à travailler en équipe, et à l'inobservance des pratiques recommandées au sein du service et l'insuffisance des actions de formation en obstétrique.

¹⁰⁰⁷ Art. R. 6152-249 CSP ; V. CE, 30 déc. 2011, *M. Said A.*, n° 342576, à propos d'un comportement habituel agressif, dévalorisant et déplacé à l'égard du personnel féminin ; TA de Nancy, 29 sept. 2017, *SAS X.*, n° 1602471, à propos de violences physiques et psychologiques et d'attitude et de propos dévalorisants tenus en publics... et d'actes vexatoires ; TA de Montpellier, 19 déc. 2014, n° 1301455, à propos de propos discriminatoires, humiliants et racistes et d'un autoritarisme malvenu envers les équipes infirmières et soignantes.

environ une centaine de dossiers, toutes disciplines confondues, est suivie par an et ce nombre augmente chaque année¹⁰⁰⁸.

A cette difficulté de naviguer entre les deux voies de procédures disciplinaires au regard du statut du praticien et qui, nous le verrons, peuvent dans le cas d'un PH, se cumuler (sanction disciplinaire et sanction ordinale), s'ajoute un obstacle de fond. Il ressort en effet des contrôles liés au comportement d'un professionnel de santé que peuvent être intriqués des faits se rattachant d'une part à la discipline et, d'autre part, à l'insuffisance professionnelle, l'infirmité ou l'état pathologique du praticien.

2/ La place de l'inspection dans la procédure d'insuffisance professionnelle, d'infirmité ou d'état pathologique du professionnel de santé

243. Le DGARS peut être informé par différentes sources de « difficultés » dans l'exercice d'un professionnel de santé qui relèvent de « l'insuffisance professionnelle ». S'il le juge nécessaire ou si le CNG lui demande lorsqu'il s'agit d'un praticien hospitalier, il peut missionner une équipe pour conduire une inspection afin de préciser la nature des faits, les documenter et les analyser¹⁰⁰⁹. L'article R. 6152-79 CSP définit, pour les PH, l'insuffisance professionnelle comme *« une incapacité dûment constatée à accomplir les travaux ou à assumer les responsabilités relevant normalement des fonctions de praticien hospitalier. Elle résulte de l'inaptitude à l'exercice des fonctions du fait de l'état physique, psychique ou des capacités intellectuelles du praticien »*.

Cette situation est distincte des faits à caractère disciplinaires précédemment évoqués, car l'insuffisance professionnelle n'a pas le caractère d'une faute disciplinaire¹⁰¹⁰. Elle se distingue aussi de l'infirmité et de l'état pathologique qui figurent au CSP¹⁰¹¹, même si les textes n'en définissent pas le contenu. Il faut reconnaître que la frontière entre discipline, infirmité, état pathologique et insuffisance professionnelle est parfois ténue, ce qui constitue souvent un obstacle pour les autorités de contrôle en charge de l'application d'une procédure juridique

¹⁰⁰⁸ C. Comptes, « Rapport public annuel 2009, Les personnels des établissements publics de santé », févr. 2009, p. 311 ; CNG, « Rapport d'activité », t. 1, 2018, p. 140.

¹⁰⁰⁹ Les inspecteurs de l'ARS, mêmes médecins, n'ont généralement pas de compétence pour apprécier une insuffisance professionnelle, un état pathologique ou une infirmité. Ils peuvent toutefois dans leurs constats lister les éléments de forte suspicion et ainsi orienter la décision du directeur général de l'ARS vers la procédure ad-hoc. Cette procédure nécessite souvent que des experts (PUPH et PH de la même spécialité) interviennent au titre de « personne qualifiée » dans le cadre de l'enquête et produisent un rapport complémentaire, consacré aux pratiques professionnelles du praticien.

¹⁰¹⁰ CAA, Bordeaux, 20 juin 2002, *Ministère de l'Emploi et de la Solidarité c. M.A.*, n° 98BX02211.

¹⁰¹¹ Art. R. 4124-3 à R. 4124-3-4 CSP.

idone. Dans le cas où il existe un doute sur une éventuelle pathologie du PH, les inspecteurs peuvent demander au DGARS de saisir au préalable le comité médical qui statuera, le cas échéant, sur une inaptitude physique ou mentale du praticien.

244. Comme en matière disciplinaire, l'insuffisance professionnelle fait l'objet de deux procédures distinctes selon le statut du praticien, et qui s'avèrent très lourdes, de par la nécessité de recourir à des experts. Pour le PH qui exerce en service public, la procédure prévoit que le CNG puisse prononcer, après avis d'une commission statutaire nationale, une suspension, puis un licenciement ou une reconversion avec placement direct du praticien en position de recherche d'affectation¹⁰¹². Les PH à temps plein qui exercent une activité libérale sont soumis à un régime spécifique qui s'oriente vers la suspension ou le retrait d'agrément en application de dispositions particulières¹⁰¹³.

Très peu de données sont accessibles sur la procédure liée à l'insuffisance professionnelle des PH. D'après une source non publique du CNG, cette procédure d'insuffisance professionnelle est conduite à raison d'un cas tous les deux ans environ. Toutefois, l'évolution jurisprudentielle admet que des comportements inadaptés constatés lors d'une inspection (incapacités à travailler en équipe, difficultés relationnelles récurrentes, déficit de communication) puissent relever de l'insuffisance professionnelle et « ... *que ces reproches, qui ne peuvent être regardés comme provenant de son état de santé, sont de nature, dans leur ensemble, à justifier un licenciement pour insuffisance professionnelle, alors même que certains d'entre eux, pris isolément, auraient pu conduire à une sanction disciplinaire* »¹⁰¹⁴.

Pour le praticien libéral, la procédure pour insuffisance professionnelle, infirmité ou état pathologique est différente, puisqu'elle donne lieu à une décision prononcée par le Conseil régional ou interrégional de l'ordre professionnel concerné, saisi par le DGARS¹⁰¹⁵, le Conseil départemental de l'ordre ou le Conseil national de l'ordre¹⁰¹⁶.

A la différence de la procédure disciplinaire qui aboutit à une sanction visant à punir un comportement généralement désinvolte ou désobligeant, les mesures prises dans le cadre d'une

¹⁰¹² Art. R. 6152-79 à R. 6152-93 CSP pour les praticiens hospitaliers à temps plein et art. R. 6152-254 à R. 6152-268 CSP pour les praticiens hospitaliers à temps partiel.

¹⁰¹³ Pour l'activité libérale des praticiens, une décision de suspension ou de retrait d'agrément s'impose en application des articles L. 6154-1 CSP à L. 6154-7 CSP.

¹⁰¹⁴ CAA Bordeaux, 9 mars 2009, *Mme Chantal X*, n° 07BX02439 ; CAA Nancy, 16 juin 2005, *Mme Anita X. c/ Centre hospitalier de Sedan*, n° 01NC00151.

¹⁰¹⁵ Le directeur général d'ARS accompagne alors sa saisine d'un rapport circonstancié.

¹⁰¹⁶ Art. R. 4124-3 à R. 4124-3-9 CSP.

procédure d'insuffisance professionnelle¹⁰¹⁷ ou d'infirmité ou d'état pathologique¹⁰¹⁸ ne constituent pas une sanction disciplinaire¹⁰¹⁹, ni une décision juridictionnelle¹⁰²⁰. Il s'agit de mesures préventives, la jurisprudence ayant conféré à la formation restreinte du Conseil national de l'ordre un pouvoir de police en matière d'insuffisance professionnelle visant à protéger l'intérêt général¹⁰²¹.

245. En matière de droit disciplinaire comme en matière d'insuffisance professionnelle, il peut parfois s'avérer que la situation ne permette pas d'attendre une procédure devant l'ordre ou le CNG. En cas d'urgence exposant les patients à un danger grave, le DGARS peut ainsi décider d'une suspension immédiate du droit d'exercer de tout professionnel de santé qui vaut mesure conservatoire, et ce pour une durée maximale de 5 mois, en application de l'article L. 4113-14 CSP, si nous prenons l'exemple d'un professionnel médecin, chirurgien-dentiste ou sage-femme¹⁰²². Toutefois, il a été jugé que la suspension d'un PH par le DGARS sera prononcée si le directeur d'hôpital n'a pas lui-même prononcé une suspension immédiate au titre de l'article L. 6143-7 CSP et qui peut être sans limite de durée¹⁰²³. Par ailleurs, cette suspension conservatoire par l'ARS n'engage ni l'instance ordinaire qui doit être parallèlement saisie, si le praticien est libéral¹⁰²⁴, ni le CNG si le praticien est hospitalier. Le CNG saisi peut alors décider d'une suspension dans l'intérêt du service, soit en matière disciplinaire¹⁰²⁵, soit en matière d'insuffisance professionnelle¹⁰²⁶.

246. Enfin, la question du cumul des procédures disciplinaires, ordinaires et pénales peut se poser dès le stade de l'inspection concernant un praticien, en particulier hospitalier. La procédure disciplinaire est indépendante des poursuites civiles, pénales et ordinaires dont il peut faire l'objet, y compris pour un même fait¹⁰²⁷. En cas d'absence de réaction de la direction de

¹⁰¹⁷ Art. R. 4124-3-5 CSP.

¹⁰¹⁸ Art. R. 4124-3 CSP.

¹⁰¹⁹ CE, 7 déc. 1956, *Rajaonary*, n° 34.639, Rec. 469, au sujet d'une suspension pour infirmité d'un médecin ; CE, 4 nov. 1987, *Caillault*, n° 66132, au sujet d'une insuffisance professionnelle.

¹⁰²⁰ CE, 9 juin 2010, *Gérard A.*, n° 329834, au sujet d'une infirmité ; CE, 13 juill. 1968, *M. X. c. CROM*, n° 73461, Rec. 435, au sujet d'une insuffisance professionnelle.

¹⁰²¹ CE, 7 juin 2017, *M. Buniet*, n° 403567, Rec. 766; *RDSS* 2017.882, concl. DIEU (au sujet d'une suspension pour insuffisance professionnelle).

¹⁰²² Pour un exemple de suspension immédiate de 5 mois d'une infirmière diplômée d'Etat exerçant dans un foyer d'accueil médicalisé en application de l'article L. 4311-26 CSP, notamment pour des faits d'administration de psychotropes et sédatifs sans prescription médicale, voir la décision du directeur général de l'ARS Bourgogne-Franche-Comté n° 2019-006/ ARS BFC/DG du 30 septembre 2019 publiée au recueil des actes administratifs.

¹⁰²³ CE, 9 nov. 2018, *CH de Voiron*, n° 419006.

¹⁰²⁴ Art. L. 4113-14 CSP.

¹⁰²⁵ Art. R. 6152-77 CSP.

¹⁰²⁶ Art. R. 6152-81 CSP.

¹⁰²⁷ Art. L. 4126-5 CSP.

l'hôpital face à une faute professionnelle d'un praticien hospitalier, l'ARS dispose d'une palette d'actions qui va de la suspension du praticien hospitalier en urgence, à la saisine du CNG pour une sanction disciplinaire, la saisine de l'instance ordinaire pour une sanction ordinaire et la saisine éventuelle du procureur de la République par application de l'article 40 CPP. Cette saisine du parquet peut d'ailleurs permettre d'allonger les délais des procédures disciplinaires et ordinaires¹⁰²⁸, mais les résultats d'un classement sans suite, d'un non-lieu, ou au contraire d'une mise en examen du praticien, si ils peuvent influencer les suites des procédures disciplinaires et ordinaires, ne lient pas ces suites professionnelles¹⁰²⁹.

A côté des sanctions professionnelles, une nouvelle catégorie de sanctions a pris toute sa place en législation sociale comme en législation sanitaire : celle des sanctions financières. Là encore, les autorités de contrôle éprouvent parfois des difficultés au regard de procédures parfois complexes à mettre en œuvre, et ceci, dans un contexte de restriction budgétaire pour les établissements et services.

B/ La place émergente des sanctions financières en inspection-contrôle.

Les sanctions pénales et les sanctions contractuelles sont rarement prononcées à l'encontre des établissements et services du champ étudié (1). En revanche, nous assistons depuis le début des années 2000 à une montée en puissance de sanctions financières qui peuvent être prononcées à la suite d'inspection-contrôle (2).

1/ Le constat d'une application rare des sanctions pénales et des sanctions contractuelles dans le champ étudié

247. Dans le champ du CSP, seules deux dispositions, figurant dans la 6ème partie du CSP au sein du Livre premier consacré aux établissements de santé, ont trait aux sanctions pénales relatives à l'activité des établissements. La première, introduite par l'article 38 de la loi BOULIN du 31 décembre 1970, punit d'une amende de 150 000 euros le fait d'ouvrir ou de gérer un établissement privé ou d'installer dans un établissement privé concourant aux soins médicaux

¹⁰²⁸ Art. R. 6152-76 CSP.

¹⁰²⁹ CE, Ass. 30 déc. 2014, *M. Bonnemaïson*, n° 38124, Rec. 443, le Conseil d'État a confirmé la radiation du docteur Bonnemaïson, médecin urgentiste, qui avait été jugé par ailleurs non coupable par la Cour d'assises des Pyrénées-Atlantiques des accusations d'« empoisonnement » sur sept patients âgés, malades et en fin de vie.

des équipements matériels lourds sans autorisation ou de passer outre à la suspension ou au retrait d'autorisation prévus à l'article L. 6122-13 CSP¹⁰³⁰. La seconde, introduite plus récemment par la loi HPST de 2009, punit de 3750 euros d'amende l'usage de l'appellation « d'établissement d'hospitalisation à domicile » par d'autres opérateurs que des établissements de santé exerçant une activité de soins à domicile dans le cadre de l'article L. 6122-1 CSP¹⁰³¹.

248. Il en va de même pour les ESSMS avec la loi 2002-2 qui punit à l'article L. 313-22 CASF d'une peine d'emprisonnement de 3 mois et d'une amende de 3750 euros les trois situations que sont, en premier lieu la création, transformation et extension sans autorisation, en deuxième lieu, la cession d'autorisation sans accord préalable de l'autorité administrative, et, en troisième lieu, le fait d'apporter un changement important dans l'activité d'un établissement ou service soumis à autorisation sans la porter à la connaissance de l'autorité¹⁰³².

En réalité, il s'avère très rare que les contrôles des autorités administratives donnent lieu à des sanctions pénales en matière d'activité des ES¹⁰³³ ou d'ESSMS¹⁰³⁴. Dans la majorité des cas, lorsqu'il est constaté un fonctionnement sans autorisation, l'autorité compétente procède à une injonction administrative de cessation de l'activité, avec une mention éventuelle de la disposition pénale afin de renforcer l'application de la mesure administrative. Aussi, les décisions prises par les autorités administratives sur l'activité des établissements ont longtemps été qualifiées de mesures de police administrative par le juge administratif, et non de sanctions administratives (cf supra). L'apparition des sanctions administratives applicables à l'activité des établissements et services sanitaires sociaux et médico-sociaux est en effet très récente comme nous l'avons vu.

249. A côté des sanctions pénales relatives à l'activité des établissements, sont apparues avec l'ordonnance du 24 avril 1996 dans le domaine de la santé, les sanctions contractuelles prévues en cas de manquements graves de l'établissement à ses obligations contractuelles dans le cadre des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens. Nous mettrons celles-ci de côté, car elles sont très peu mises en œuvre par les ARS, et elles ne ressortent pas d'une activité d'inspection

¹⁰³⁰ Art. L. 6125-1 CSP.

¹⁰³¹ Art. L. 6125-2 CSP.

¹⁰³² Il faut souligner que les sanctions pénales dans le secteur social et médico-social concernent tous les établissements et services publics ou privés, alors que dans le secteur sanitaire, la sanction pénale relative à l'activité non autorisée est réservée au secteur privé.

¹⁰³³ Moins d'une dizaine en 50 ans au titre de l'article L. 6125-1 CSP. V. Cass. Crim. 9 mai 2007, n° 06-85021, *Bull. crim. n° 120* ; *Rev. Dr. et santé* 2007, n° 21, p. 85, rapp. DELBANO, et p. 59, obs. PONSEILLE. ; Cass. Crim. 5 janv. 2005, pourvoi n° 04-82.738 ; Cass. Crim. 12 déc. 2000, pourvoi n° 99-86-625.

¹⁰³⁴ Aucune jurisprudence sous l'article L. 313-22 CASF.

contrôle qui est le champ de notre étude¹⁰³⁵. Ceci pour nous concentrer sur les sanctions financières qui peuvent être prononcées à l'encontre des établissements ou services à l'issue d'une inspection-contrôle.

2/ La montée en puissance des sanctions financières dans le champ étudié

250. Le développement des sanctions financières a commencé dans le secteur des établissements de santé avec la systématisation des programmes de contrôles T2A en 2003 exécutés par les médecins contrôleurs de l'assurance maladie, et qui peuvent aboutir, nous l'avons rappelé dans le titre 1, à une répétition de l'indu et à une pénalité financière en cas de manquement aux règles de facturation¹⁰³⁶. Dans ce cas, la sanction financière est une sanction administrative consistant au versement d'une somme correspondant à un pourcentage de recettes d'assurance maladie¹⁰³⁷, qui représentent des dizaines de millions d'euros. Se sont ajoutées en 2004, les sanctions financières prononcées par le DGARS en cas de non-respect par un établissement de santé de ses engagements dans le cadre d'un Contrat d'Amélioration de la Qualité et de l'Effizienz des Soins (CAQUES, ancien CBUM)¹⁰³⁸, complétées en 2010 par l'injonction qu'il peut formuler à l'établissement de reverser à l'assurance maladie une fraction des dépenses de médicaments lorsque le taux de prescriptions pharmaceutiques réalisé par l'établissement est supérieur à un certain taux d'activité fixé dans le CAQUES¹⁰³⁹.

Si les sanctions financières prononcées dans le cadre des contrôles T2A peuvent être considérées, de par la procédure suivie sur pièce et sur place, comme les résultats d'un contrôle qui se rapproche d'une inspection, les contrôles CAQUES reposent davantage sur des éléments déclaratifs systématisés, qui ne nécessitent pas de déplacement sur site. Au-delà de la sanction d'un manquement, ces contrôles témoignent d'une fonction régulatrice de l'État sur l'activité des établissements au regard des moyens alloués.

251. Par la suite, les sanctions financières se sont développées dans le champ de la santé avec l'affaire du *médiateur* et l'ordonnance n° 2013-1183 du 19 décembre 2013 relative à

¹⁰³⁵ Pour les établissements de santé, les articles L. 6114-1, R. 6114-9 et R. 6114-10 CSP prévoient une résiliation du contrat par l'ARS en cas de manquement grave de l'établissement de santé à ses obligations contractuelles, qui peut être assortie de pénalités prévues dans le contrat mais qui n'ont jamais été mises en œuvre. En revanche, pour les établissements et services sociaux et médico-sociaux, l'article L. 313-11 CASF qui met en place des contrats ou conventions pluriannuels facultatifs ne prévoit aucune pénalité financière en cas de non-respect des termes du contrat par l'établissement, et seule la résiliation du contrat est possible.

¹⁰³⁶ CE, 19 juin 2013, *Fédération de l'Hospitalisation Privée, Médecin, Chirurgie, Obstétrique*, n° 357885.

¹⁰³⁷ Art. L. 162-23-13 et R. 162-35 CSS.

¹⁰³⁸ Art. L. 162-30-4 CSS.

¹⁰³⁹ Art. L. 162-30-2 CSS.

l'harmonisation des sanctions pénales et financières. L'ANSM¹⁰⁴⁰ et L'ARS¹⁰⁴¹ disposent depuis lors de moyens d'investigations renforcées¹⁰⁴² et du pouvoir de prononcer des sanctions financières et des astreintes journalières pour lutter contre les manquements aux règles d'autorisation, d'information, de distribution des médicaments et produits de santé par l'industrie pharmaceutique, les grossistes répartiteurs et les officines de ville. Les montants de la sanction financière et de l'astreinte sont proportionnés à la gravité des manquements constatés. Ils tiennent compte, le cas échéant, de la réitération des manquements sanctionnés dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive¹⁰⁴³. Ces sanctions financières et les astreintes sont versées au Trésor public.

Comme le souligne Maryse DEGUERGUE¹⁰⁴⁴, cette ordonnance de 2013 a érigé le cumul des sanctions pénales et des sanctions financières en système, et ce pour trois raisons. D'abord, les manquements soumis à sanctions pénales et les manquements soumis à sanctions financières sont les mêmes. Ensuite, le cumul est expressément prévu et accompagné de la règle du montant global qui ne doit pas dépasser le maximum légal le plus élevé de l'une des deux sanctions encourues¹⁰⁴⁵. Le cumul entre sanctions financières pourrait également être retenu dans les limites rappelées par le Conseil Constitutionnel en 2015¹⁰⁴⁶. Enfin, la sanction disciplinaire peut venir s'ajouter aux deux premières sanctions, car l'ARS peut informer le conseil de l'ordre de la mise en œuvre de sanctions financières¹⁰⁴⁷.

L'application pratique de ce nouveau type de sanction proposées par les PHISP à leur autorité dans le champ du médicament et des produits de santé pose encore des difficultés dans l'appréciation de la proportionnalité de la sanction et dans l'assurance d'une mise en œuvre équitable entre régions. A titre d'exemple, il aura fallu six années pour que soit publiée une

¹⁰⁴⁰ Art. L. 5471-1 à L. 5471-2 CSP.

¹⁰⁴¹ Art. L. 5472-1 à L. 5472-2 CSP.

¹⁰⁴² Lorsqu'ils suspectent des infractions pénales en matières de médicaments et produits de santé commises en ayant recours à un moyen de communication électronique, les inspecteurs des ARS peuvent, en application de l'article L. 1435-7-2 CSP instauré par l'ordonnance 2013-1183, participer sous un pseudonyme aux échanges électroniques, être en contact par ce moyen avec les personnes susceptibles d'être les auteurs des infractions, et acquérir des produits ou substances.

¹⁰⁴³ Art. L. 1435-7-1 CSP concernant les pouvoirs du directeur général d'ARS.

¹⁰⁴⁴ DEGUERGUE M., *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques*, *op. cit.*, p. 291.

¹⁰⁴⁵ Art. L. 5471-2 et L. 5472-3 CSP ; Sur la notion de cumul de peines, V. Cons. Const. 17 janv. 2013, n° 2012-289 QPC ; CE, 21 juin 2013, *M. E. D.*, n° 345500.

¹⁰⁴⁶ Décision du Conseil constitutionnel du 18 mars 2015 (n° 2014-453/454 et n° 2015-462 QPC) : Le Conseil constitutionnel a rappelé sa jurisprudence constante selon laquelle le principe de nécessité des délits et des peines énoncé à l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 ne fait pas obstacle à ce que des mêmes faits commis par une même personne puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature différente, en application de corps de règles distincts devant leur propre ordre de juridiction.

¹⁰⁴⁷ Art. L. 5472-2 IV CSP.

circulaire précisant les modalités de mise en œuvre de ces sanctions financières sur le médicament par les ARS¹⁰⁴⁸.

252. Deux sanctions financières dans le secteur des établissements et services sociaux et médico-sociaux sont apparues plus tardivement. Toutes deux qualifiées de « sanctions » par le législateur, elles viennent réprimer deux comportements différents, à tel point que l'on peut se demander si la seconde ne relève pas plus de la police que de la sanction.

La première sanction financière a été mise en place par la loi HAMON du 17 mars 2014 visant à améliorer la protection des consommateurs et leurs relations avec les professionnels¹⁰⁴⁹, notamment les résidents des EHPAD qui doivent signer un contrat de séjour ou un document individuel de prise en charge en application de l'article L. 311-4 CASF. Issu de cette ordonnance, l'article L. 314-14 CASF met en place une amende administrative en cas d'absence de signature de contrat de séjour par le résident, ou d'absence de document individuel de prise en charge, ou lorsque les frais de résidence sont facturés en méconnaissance des dispositions législatives.

Qualifiée par le législateur de « sanction » à l'article L. 314-14 CASF, il est intéressant de constater que les manquements qui la matérialisent sont recherchés et constatés, non pas par des agents des ARS ou des CD, mais par des agents contrôleurs de la DGCCRF mentionnés aux articles L. 511-3¹⁰⁵⁰ et L. 511-21¹⁰⁵¹ du Code de la consommation. Le prononcé de l'amende vise bien à punir un abus de confiance sur une personne vulnérable selon une procédure clairement définie dans le Code de la consommation¹⁰⁵². Ces contrôles exigent une coopération souvent formalisée entre, d'un côté, les ARS et les CD, de l'autre côté, les agents des DGCCRF, afin de mutualiser les informations reçues dans le cadre de leurs contrôles respectifs et cibler les établissements d'hébergement qui contreviendraient au droit de la consommation.

¹⁰⁴⁸ Instruction n° DGS/PP/2019/103 du 30 avril 2019 relative à la mise en œuvre de la procédure de sanctions financières prononcées par les agences régionales de santé en application des articles L. 5472-1 et L. 5472-2 du Code de santé publique.

¹⁰⁴⁹ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, art. 118-I-2° et 119-3°.

¹⁰⁵⁰ *Les agents de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes sont habilités à rechercher et constater les infractions ou les manquements aux dispositions mentionnées à la présente section dans les conditions définies par celles-ci.*

¹⁰⁵¹ *Des fonctionnaires chargés de missions de protection économique des consommateurs sont habilités par arrêté du ministre chargé de l'économie à rechercher et constater les infractions et les manquements aux dispositions mentionnées à la sous-section 2 de la section 1 du chapitre 1er dans les conditions définies par celles-ci.*

¹⁰⁵² L'amende est prononcée dans les conditions prévues au chapitre II du titre II du Livre V du code conso (L. 522-1 à L. 522-10, PV d'amende, droits de la défense...) qui distingue clairement les mesures de PA et les sanctions administratives.

La seconde sanction financière en matière d'ESSMS est apparue avec l'ordonnance 2018-22 du 17 janvier 2018 et s'est fortement inspirée des sanctions financières de 2013 relatives aux médicaments et produits de santé. A la suite d'un contrôle d'un établissement social ou médico-social, en application de l'article L. 313-14 CASF, lorsque l'injonction n'est pas suivie d'effet, l'autorité administrative (DGARS, préfet de département, PCD) peut renforcer la mise en œuvre de l'injonction en prononçant une astreinte journalière de 500 euros maximum par jour et une sanction financière dont le montant est proportionné à la gravité des faits constatés et qui ne peut être supérieure à 1% du chiffre d'affaire réalisé lors du dernier exercice. A défaut d'activité permettant de déterminer ce plafond, ce montant ne peut être supérieur à 100 000 euros.

Cette sanction financière peut se cumuler avec une amende pénale infligée à raison des mêmes faits, le montant global des amendes et sanctions financières ne devant pas dépasser le maximum légal le plus élevé. On retrouve ici la philosophie du CSP avec l'idée sous-jacente que ce sont les établissements privés à but lucratifs qui devront davantage faire l'objet de ces sanctions financières. Une question se pose toutefois. Est-on réellement face à une sanction ? Il est probable que oui, au regard de la tournure de l'article L. 313-14 CASF, mais cet article figure dans une section 4 relative au « *Contrôle administratif et mesures de police administrative* », ce qui prête à confusion et peut interroger le régime applicable à ces deux mesures financières¹⁰⁵³.

253. En conclusion de cette section, nous constatons que le développement des sanctions administratives n'a pas eu pour conséquence la dépénalisation des comportements dans le champ de cette étude. Bien au contraire, le législateur est venu renforcer la sanction pénale par la sanction administrative, afin d'élargir la palette de réponses aux manquements des établissements et services et des professionnels y exerçant. Les autorités administratives possèdent aujourd'hui les moyens de graduer les suites qu'elles entendent donner à leurs contrôles. Cette évolution, louable en soi, mérite selon nous un bilan cout/avantage. Cela exige que les pouvoirs publics puissent mesurer la plus-value des différentes mesures de police administrative et de sanctions administratives étudiées, à l'aune d'autres modes de résolution des conflits que pourraient être notamment la médiation, ou d'autres modes de régulation que sont la certification ou l'évaluation.

¹⁰⁵³ Une instruction de la DGCS doit être publiée en fin d'année 2020 pour préciser la mise en œuvre des sanctions financières dans le CASF.

Nous pouvons avancer certaines hypothèses qui, sans remettre en cause le fondement de la police administrative et celui de la sanction, en relativisent la portée réelle. Le développement des différents types de mesures administratives qui font suite aux contrôles, se réalise au prix d'une grande complexité, parfois en dépit de toute cohérence par sédimentation dans les codes, ce qui n'en favorise pas une lecture et une application intelligible. Les mesures de police, toujours présentes pour prévenir le trouble à l'ordre public, sont généralement suivies d'effet dès le stade de l'injonction. Par conséquent, les mesures de police plus lourdes comme l'administration provisoire et la fermeture, réservées au cas les plus graves, sont moins nombreuses.

La sanction financière pourrait prendre toute sa place au sein des sanctions administratives, à condition que les conditions de fixation soient précisément fixées par les textes et appliquées de manière uniforme au niveau national par les autorités, ce qui n'est pas garanti. La sanction financière permettra sans doute d'éviter d'en arriver à des suspensions ou des fermetures de services, et ce d'autant plus qu'elle est maintenant couplée au respect des engagements contractuels de ces derniers. La sanction pénale restera présente dans l'exercice de contrôle lorsqu'il s'agira de punir une personne physique ou morale, notamment qui récidive dans ses manquements ou met en danger la vie des usagers. Cependant, il y a fort à penser que la sanction pénale doit demeurer très accessoire dans l'activité des contrôleurs, qui devant une situation pénalement répréhensible, hors mise en danger de la sécurité des personnes, préféreront actionner le levier administratif et notamment financier, dans une juste mesure car, en matière de sanctions financières, le contrôleur est ici toujours le payeur.

La réponse aux manquements prévus par les textes a été pendant longtemps seulement de nature pénale. Pourtant, la police administrative qui est apparue par la suite semble toujours la réponse la plus appropriée lorsqu'il s'agit de mettre fin à une situation de mise en danger des personnes. Mais l'apparition des diverses sanctions administratives, disciplinaires, ordinales, financières et contractuelles, au-delà de leur caractère infamant, pose la question de la fonction assignée au principe même de sanction qui semble être devenue aujourd'hui un instrument de régulation à part entière du système sanitaire et social, ce qui contribue encore plus à faire de l'inspection et du contrôle des instruments de cette régulation¹⁰⁵⁴.

¹⁰⁵⁴ CORMIER M., « La concurrence des sanctions en droit de la santé : le cas des établissements de santé », in *Sanctions en droit de la concurrence et concurrence des sanctions*, éd Mare et Martin, nov. 2017.

Conclusion du titre 2

254. L'analyse des textes, de la doctrine et de la jurisprudence a montré que l'inspection est un contrôle particulier dont la finalité sécuritaire apparaît essentielle qui justifie les larges pouvoirs attribués aux inspecteurs. Cette finalité sécuritaire fait entrer en jeu les autorités administratives que nous avons cités dans le premier titre. Mais le pouvoir régalien du préfet de département s'est aujourd'hui largement dilué entre les différentes autorités administratives intervenant dans le champ étudié, montrant, dans le champ sanitaire comme dans le champ médico-social, un mouvement d'attraction continue du contrôle d'ordre public par le contrôle de l'activité. Nonobstant les logiques de collaboration et de complémentarité mises en place entre les autorités de contrôle par le législateur, nous avons relevé qu'il subsiste des situations de concurrences entre elles en matière de contrôles et de suites à donner.

Par ailleurs, la finalité sécuritaire de l'inspection n'est pas exclusive d'autres finalités, qui peuvent porter aussi bien sur l'équilibre budgétaire des établissements et services que sur la qualité des prises en charges. Ces objectifs, sécuritaires ou non, donnent lieu à des suites d'inspection toujours complexes à mettre en œuvre, en raison des compétences croisées de plusieurs autorités administratives, ou de la proximité entre la police administrative et la sanction administrative, ou encore de l'expertise qu'exigent les procédures de sanctions professionnelles ou les sanctions financières qui se déploient largement dans le champ de cette étude.

Conclusion de la première partie

255. En conclusion de cette première partie consacrée à l'inspection à l'épreuve des autres contrôles, nous avons examiné les textes, la doctrine et la jurisprudence sur la notion d'inspection. S'ils sont loin d'être clairs à ce sujet, nous pouvons confirmer que l'inspection est essentiellement une opération matérielle de contrôle qui se caractérise par les moyens très larges dont bénéficient les inspecteurs. Ces pouvoirs se justifient parce que la finalité ultime de l'inspection est la police administrative, voire la police judiciaire, en tous cas, le respect de l'ordre public dans les structures d'accueil et d'accompagnement. Cette finalité d'ordre public n'est d'ailleurs pas toujours comprise des établissements et services. Ceux-ci se retranchent parfois derrière le secret médical ou le défaut d'accord du patient, pour dénier au médecin inspecteur l'accès à un dossier médical alors que les textes l'y autorisent¹⁰⁵⁵. Cependant, la visée d'ordre public est aussi pédagogique et ne se traduit pas toujours par une mesure coercitive, le simple rappel à la loi ayant toute sa place en inspection.

L'inspection peut aussi, en tant qu'opération matérielle, servir d'autres finalités que l'ordre public. Sur le principe de « qui peut le plus peut le moins », elle peut soutenir des contrôles financiers ou de gestion. En l'état actuel des textes, une difficulté peut alors se poser, nous l'avons souligné, lorsque certaines situations combinent mauvaise gestion et trouble à l'ordre public. Ces situations ne facilitent pas la détermination de la nature juridique de la décision administrative et du régime juridique applicable à cette décision.

Nous avons aussi réalisé que la sécurité est une exigence absolue qui justifie l'inspection, mais que la qualité semble être une exigence relative qui figure dans les textes. Ceci doit nous guider dans la seconde partie qui soumet l'inspection à l'épreuve des démarches qualité.

¹⁰⁵⁵ Art. L. 1421-3 CSP.

Partie 2 - L'inspection à l'épreuve des démarches qualités dans le champ étudié.

« Le principe de finalité n'est pas constitutif mais régulateur »¹⁰⁵⁶

256. Cette phrase du philosophe Emmanuel KANT intéresse l'entendement et le jugement, mais nous pouvons aussi l'appliquer plus modestement à l'objet de notre étude. Si l'on part du principe qu'il n'y a pas une seule finalité, mais une série de finalités qui viennent guider l'organisation et le fonctionnement des établissements et services, alors on peut penser que la régulation est le produit des moyens utilisés et des finalités poursuivies.

La première partie de cette thèse s'est attachée à démontrer que l'inspection est avant tout un mode opératoire du contrôle. Elle poursuit en priorité une finalité de police liée à la sécurité, mais qui n'est pas exclusive d'autres finalités associées à des objectifs de bonne gestion.

A travers sa procédure et sa finalité, la règle de droit constitue le fondement premier de l'inspection. Mais nous pouvons nous demander si une bonne activité de l'État, dépend seulement de la règle ou si elle n'exige pas un certain degré de régulation. Cette régulation a pris possession du secteur sanitaire et social et a été saisie par le droit. En tissant des liens avec la règle, elle influence nécessairement l'inspection-contrôle. Dès lors, il paraît judicieux de savoir si sous l'influence de la régulation, le contrôle a changé de nature, s'il s'est diversifié ou bien s'il a régressé au bénéfice d'autres activités plus souples sous l'influence du droit de la concurrence, du droit communautaire et de la situation budgétaire de l'État.

Lorsque l'on étudie la question, on s'aperçoit qu'une certaine porosité existe entre l'inspection-contrôle et ce que l'on peut appeler les autres modes de régulation, notamment les démarches qualité.

Cette observation nous amènera dans un premier temps à étudier la juridicité des démarches qualité et ses effets sur l'inspection (Titre 3), pour, nous pencher dans un second temps, sur la responsabilité indemnitaire en matière d'activité de contrôles relatifs à la qualité et à la sécurité dans le champ étudié (Titre 4).

¹⁰⁵⁶ KANT E., *Critique de la faculté de juger*, 1790.

Titre 3 - La juridicité des démarches qualité et ses effets sur l'inspection.

Les démarches qualités recouvrent les démarches évaluatives avec la certification des établissements de santé, l'accréditation des professionnels de santé et des équipes médicales, l'évaluation des pratiques professionnelles et celle des ESSMS. Elles sont apparues dans les années 1990 en se fondant sur l'amélioration continue de la qualité sans utiliser les méthodes coercitives propres à l'inspection-contrôle.

Au contraire, sont mises en avant les recommandations de bonnes pratiques professionnelles et l'accompagnement des opérateurs par la voie contrat ce qui les différencient a priori fortement de l'inspection qui utilise la voie principalement la voie de la police.

Les démarches qualités se sont aussi vues reconnaître une juridicité (Chap. 1) dont il nous faut étudier les conséquences sur l'inspection (Chap. 2).

Chap. 1- La reconnaissance d'une juridicité des démarches qualité.

257. Le mot qualité vient du latin « *qualitas* », qui signifie « *nature, manière d'être* »¹⁰⁵⁷. Dans le domaine sanitaire, la notion de qualité n'est pas nouvelle¹⁰⁵⁸. Elle y est inhérente, que ce soit dans le Code de déontologie médicale¹⁰⁵⁹, où dans la définition de la qualité des soins qu'a donné l'OMS qui considère que l'objectif de la qualité est de « *délivrer à chaque patient l'assortiment d'actes diagnostiques et thérapeutiques qui lui assurera le meilleur résultat en termes de santé, conformément à l'état actuel de la science médicale, au meilleur coût pour un*

¹⁰⁵⁷ Dictionnaire Larousse éd. 2020.

¹⁰⁵⁸ CLUZEL-METAYER L., « L'irruption de la qualité dans le domaine sanitaire », *RDSS* 2014, p. 1002.

¹⁰⁵⁹ Art. 4127-8 CSP : « *Dans les limites fixées par la loi et compte tenu des données acquises de la science, le médecin est libre de ses prescriptions qui seront celles qu'il estime les plus appropriées en la circonstance. Il doit, sans négliger son devoir d'assistance morale, limiter ses prescriptions et ses actes à ce qui est nécessaire à la qualité, à la sécurité et à l'efficacité des soins. Il doit tenir compte des avantages, des inconvénients et des conséquences des différentes investigations et thérapeutiques possibles* ».

même résultat, au moindre risque iatrogène et pour sa plus grande satisfaction en termes de procédures, de résultats et de contacts humains à l'intérieur du système de soins »¹⁰⁶⁰.

258. Aussi, comme le note Lucie CLUZEL-METAYER, on ne peut pas à proprement parler d'une « irruption » de la qualité dans le domaine sanitaire, mais les années 1990 ont servi de catalyseur à ce phénomène en droit de la santé et ceci par deux moyens. Sur la forme, on est passé d'une qualité implicite à une qualité explicite qui fait l'objet de procédures méthodologiques et systématisées. Sur le fond, on passe d'une qualité centrée sur les soins à une qualité globale qui touche l'ensemble du système de santé.

La qualité n'est donc plus seulement envisagée comme un moyen servant à l'évaluation des prestations délivrées, mais plus généralement, elle est consacrée comme un objectif ultime traduisant une obligation de résultat.

Sur le plan historique, le « management de la qualité » s'est développé aux États-Unis dans les années 1920, puis au Japon dans les années 1940 et est lié au taylorisme productiviste de l'automobile. La nécessité de normalisation des procédés de construction a donné lieu à la création d'une l'Organisation Internationale de Normalisation en 1947 (ISO) à l'origine de la série des normes ISO 9000 relatives aux « systèmes management de la qualité ».

Le management de la qualité s'appuie sur les normes techniques et le procédé de l'évaluation en vue d'une « amélioration continue de la qualité ». Le management de la qualité va progressivement pénétrer les services publics¹⁰⁶¹ dans les années 1980, puis de manière plus systématique dans les années 1990, à la faveur du « nouveau management public » (NMP)¹⁰⁶², avec l'exigence réglementaire de l'évaluation des politiques publiques qui vise à « *rechercher si les moyens juridiques, administratifs ou financiers mis en œuvre permettent de produire les effets attendus de cette politique et d'atteindre les objectifs qui lui sont fixés* »¹⁰⁶³.

¹⁰⁶⁰ Définition donnée à la qualité par l'Organisation mondiale de la santé en 2002.

¹⁰⁶¹ CLUZEL-METAYER L., *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, 2006.

¹⁰⁶² Le management, issu du français « *ménagement* », correspond à l'ensemble des techniques de direction, d'organisation et de gestion d'une entité afin qu'elle atteigne ses objectifs. Le management n'est pas à proprement parler une théorie mais plutôt une pratique regroupant un ensemble de savoir-faire techniques et relationnels (ALECIAN S., FOUCHER D., *Le management dans le service public*, Collections Service public, éd. d'Organisation, 2002).

¹⁰⁶³ Décret n° 90-82 du 22 janv. 1990 relatif à l'évaluation des politiques publiques.

259. Le niveau d'exigence de la qualité est aussi maintenu élevé, car les usagers revendiquent des prestations de qualité par l'intermédiaire des associations d'usagers agréées¹⁰⁶⁴ qui peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile en cas de délit d'imprudence, ou encore représenter les malades dans des instances de réflexion¹⁰⁶⁵, alors que, de leur côté, les ES créent des « directions de la qualité et des relations avec les usagers ». Sans oublier le devoir « moral » des agents en charge de ces prestations ou de leur contrôle qui ont été marqués par le scandale de l'affaire du sang contaminé en 1991 et craignent par la non qualité d'engager encore plus leur responsabilité pénale individuelle et collective qu'une responsabilité administrative ou disciplinaire.

Aujourd'hui, le secteur sanitaire et social est totalement imprégné de l'approche qualité dans ses systèmes, ses établissements, ses services et ses dispositifs. Au départ associée à une démarche volontaire dans une optique d'amélioration des prestations, la qualité est devenue un objectif en soi repris par les pouvoirs publics dans les textes relatifs aux établissements et services qui intéressent notre étude.

Il convient d'examiner en quoi la qualité constitue une nouvelle forme de régulation (Sect. 1) dont le droit s'est saisi (Sect. 2), pour mieux saisir ensuite quels sont les effets des démarches qualité sur l'inspection-contrôle.

Sect. 1 – La recherche d'une nouvelle forme de régulation par la qualité

260. L'exigence de qualité apparue à partir des années 1990 a profondément bouleversé le fonctionnement des services publics. Habituels à répondre de la conformité de leur action à la règle de droit, ils doivent dorénavant faire la preuve de leur efficacité et de leur efficience. Comme l'a bien résumé Lucie CLUZEL-METAYER à propos de la qualité dans le domaine sanitaire, « *d'une logique de moyens, on passe à une logique de résultats* »¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶⁴ Art. L. 1114-1 à L. 1114-7 CSP.

¹⁰⁶⁵ Les lois du 4 mars 2002 et 9 août 2004 relatives aux droits des malades et à la politique de santé publique ont institué un agrément des associations de malades et d'usagers du système de santé dont les listes figurent sur le site internet du Ministère des solidarités et de la santé (environ deux-cents associations sont agréées en 2020 au niveau national, et d'autres le sont au niveau régional).

¹⁰⁶⁶ CLUZEL-METAYER L., « L'irruption de la qualité dans le domaine sanitaire », *op. cit.*, p. 1002.

Afin de mieux mesurer les effets de la qualité et de ses instruments sur la fonction inspection-contrôle, nous devons d'abord comprendre pourquoi la qualité est apparue dans le champ étudié (§1) et comment elle s'y est installée en étudiant ses principaux ressorts, ses instruments (§2) qui sont nommés « démarches qualité » par les professionnels des sciences de gestion¹⁰⁶⁷ et ceux de la santé publique¹⁰⁶⁸, par emprunt du terme à « l'assurance qualité » de l'industrie. Ce terme ayant été repris ensuite par les professionnels du soin¹⁰⁶⁹, et ensuite par une partie de la doctrine juridique qui en a proposé l'analyse¹⁰⁷⁰. Ces instruments de la qualité recouvrent principalement la certification des ES, l'accréditation des professionnels par l'évaluation des pratiques professionnelles, l'évaluation des ESSMS, ou encore la contractualisation.

Nous proposons d'étudier les causes des démarches qualité dans le champ de notre étude (§1), avant d'en étudier les principaux ressorts (§2).

§1 Les causes des démarches qualité

Les démarches qualité répondent à l'exigence de sécurité et à la reconnaissance des droits des usagers dans un contexte qui est celui de « performance » attendue des services publics (A). Ces démarches sont devenues une réalité juridique à part entière dans le champ de notre étude (B).

A/ La qualité, un concept intégratif de sécurité et de reconnaissance du droit des usagers en lien avec l'exigence de performance des services publics.

Notre recherche nous conduit à penser que la qualité trouve son origine à la fois dans une cause sécuritaire et de reconnaissance des droits des usagers (1), mais également dans une cause

¹⁰⁶⁷ MINVIELLE E., « Les politiques d'amélioration de la qualité des soins à l'hôpital : quel fondement organisationnel ? », in *Politiques et management public*, vol. 17, n° 4, déc 1999, p. 63-84.

¹⁰⁶⁸ BERTRAND D., « Accréditation et qualité des soins hospitaliers », *Adsp*, 2001, p. 17.

¹⁰⁶⁹ De nombreux articles sont consacrés à la qualité dans les soins (par exemple ISRAËL J.-M., *Évaluation des pratiques professionnelles et démarche qualité : analyse de quelques exemples d'outils utilisables en médecine nucléaire*, Elsevier Masson, oct. 2008) ou en promotion de la santé (par exemple L. CAMBON, *Quand la démarche qualité devient un enjeu du développement de la promotion de la santé*, Santé publique, 2008/6, p. 513 à 514).

¹⁰⁷⁰ COCQUEBERT L., « Démarche qualité pour les établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux », *Juris associations* 2011, n° 446, p. 19 ; CLUZEL-METAYER L., « L'irruption de la qualité dans le domaine sanitaire », *op. cit.*, p. 1002.

économique qui est la recherche de performance des autorités administratives et des structures dont elles ont la charge (2).

1/ La cause sécuritaire de la qualité et la reconnaissance des « droits des usagers »

261. La qualité est apparue avec l'idée que la sécurité des personnes et des biens est nécessaire mais insuffisante pour parvenir à une approche globale des besoins des usagers. Le processus de sanction-réparation ne peut pas être la seule réponse à un dysfonctionnement qui viendrait altérer une prise en charge. Au-delà de la réponse ponctuelle, pénale ou administrative, il fallait apporter une réponse qui permette, tel un filet de sécurité, de mailler les prises en charge par des procédures, des savoirs et des retours d'expériences. Le concept de « démarches qualité », lié à ce que l'on nomme aujourd'hui l'« organisation apprenante »¹⁰⁷¹, trouve son origine dans des événements qui ont eu raison de la vie de personnes prises en charge dans le domaine sanitaire et le domaine médico-social.

Une étude historique des textes montre que les démarches qualités ont fait l'objet de temporalités différentes au sein du secteur sanitaire et du secteur social et médico-social. Cependant, elles connaissent depuis 2018 des convergences importantes par le truchement d'une seule entité qui est HAS¹⁰⁷².

262. Pour les ES, la loi *Boulin* de 1970 portant réforme hospitalière¹⁰⁷³ était muette à propos des démarches qualité en établissements de santé. Mais les drames sanitaires des années 1990 ont été le déclencheur d'une politique visant à renforcer la sécurité sanitaire et la qualité des soins. Les deux affaires qui ont initié sur le plan sécuritaire la démarche qualité sont, d'une part, l'affaire du sang contaminé avec la découverte de distribution par le Centre national de transfusion sanguine aux hémophiles des lots de sang contaminé par le virus du Sida, et, d'autre part, le dépôt de plainte des parents d'un enfant atteint de la maladie de Creutzfeld-Jacob à la suite d'un traitement à base d'hormones de croissance. A propos de cette dernière affaire, l'IGAS soulignait dans son rapport « *un grave dysfonctionnement du dispositif français* »¹⁰⁷⁴. D'autres drames de santé publique ont depuis consolidé ce renforcement de la qualité et de la

¹⁰⁷¹ BEAUJOLIN F., *Vers une organisation apprenante*, Paris, éd. Liaisons, coll. « Entreprises et carrières », 2001.

¹⁰⁷² Loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018 (art. 72).

¹⁰⁷³ Loi n°70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière.

¹⁰⁷⁴ Rapport IGAS du 24 décembre 2012 sur les conséquences du traitement par l'hormone de croissance extractive (publié).

sécurité avec la canicule de 2003, le médiateur en 2012, l'amiante en 2016, puis les dispositifs médicaux avec les prothèses *PIP*.

La loi ÉVIN du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière¹⁰⁷⁵ a été la première à faire de la qualité une préoccupation centrale en mettant en place un système d'évaluation des établissements de santé avec l'instauration de l'Agence nationale pour le développement de l'évaluation médicale (ANDEM - association Loi 1901) chargée notamment de l'évaluation médicale. Cette agence qui manquait de moyens financiers¹⁰⁷⁶, s'est avant tout concentrée sur l'élaboration des références médicales opposables aux médecins libéraux.

L'ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996 a quant à elle mis fin à l'ANDEM pour confier ses missions à une nouvelle agence, l'Agence nationale de l'accréditation et de l'évaluation en santé (ANAES), créée sous la forme d'un établissement public de l'État à caractère administratif, doté de la personnalité juridique et placé sous la tutelle du ministère de la santé¹⁰⁷⁷. Pour la première fois apparaissait, à côté de la notion d'évaluation, l'idée d'un contrôle du coût et de la qualité des soins médicaux et hospitaliers en décernant un « label qualité » sous la forme de l'accréditation¹⁰⁷⁸.

L'ANAES fut remplacée par la HAS avec la loi du 13 août 2004¹⁰⁷⁹. Son statut juridique d'autorité publique indépendante à caractère scientifique (API) constitue la forme d'indépendance la plus aboutie parmi les autorités administratives indépendantes, puisqu'elle lui confère une autonomie financière et une personnalité juridique distincte de celle de l'État¹⁰⁸⁰. La HAS définissait, lors de sa création, la qualité des soins comme « *l'amélioration de l'efficacité, de la sécurité, et de l'accès aux soins d'une part, et la prise en compte du caractère équitable, durable et solidaire du système d'autre part* ». La loi du 13 août 2004 a aussi transformé l'accréditation des établissements de santé en « certification »¹⁰⁸¹.

Le dispositif organique qui s'est ainsi tissé autour de la référence à la qualité dans le secteur sanitaire est un dispositif mêlé de prévention et de réaction, dont la sécurité sanitaire constitue

¹⁰⁷⁵ Loi n° 91-748 du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière.

¹⁰⁷⁶ Rapport IGAS n° 1994100 de 1994 relatif à l'ANDEM et l'évaluation médicale (publié).

¹⁰⁷⁷ Décret n° 97-311 du 7 avril 1997 relatif à l'organisation et au fonctionnement de l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé instituée à l'article L. 791-1 du code de la santé publique et modifiant ce code.

¹⁰⁷⁸ Ord. N° 96-346 du 24 avr. 1996 précitée ; V. COULOMB A., « L'accréditation : alibi d'une réforme institutionnelle ou amorce d'une révolution des comportements », *Dr. soc.* 1996. p. 888.

¹⁰⁷⁹ Loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie (*JO* du 17 août 2004).

¹⁰⁸⁰ Art. L. 161-37 CSS.

¹⁰⁸¹ NABARETTE H., CANIARD, E. « La certification des sites dédiés à la santé en France : apports, limites et perspectives », *RDSS* 2010, p. 197.

un élément structurant que Lucie CLUZEL-METAYER a qualifié de « *niveau incompressible de la qualité du système de santé* »¹⁰⁸².

263. De son côté, le secteur social et médico-social issu de la loi du 30 juin 1975 ne connaissait pas le terme « évaluation », mais seulement celui de contrôle aux normes juridiques et techniques des ESSMS¹⁰⁸³. Pour autant, dès les années 80, la question des outils d'évaluation et de planification était en germe dans plusieurs rapports officiels, notamment le rapport annuel de l'IGAS de 1984 qui porte sur le rôle et la place des associations dans les politiques sociales. L'IGAS y soulignait que le contrôle des associations « *manque excessivement de recul parce qu'il ne se donne pas les moyens d'évaluer les services rendus et leur coût. D'une certaine manière, il est d'abord un instrument de dépenses alors qu'il devrait et pourrait être un moyen de garantir l'utilité de la dépense* »¹⁰⁸⁴. Forte de ce constat, L'IGAS préconisait ainsi un contrôle a posteriori dans une logique conventionnelle, c'est-à-dire un contrôle « *qui porte sur les résultats obtenus* »¹⁰⁸⁵, ajoutant que « *l'évaluation sera d'autant mieux reçue par les associations qu'elle sera le gage d'un renouvellement du contrat, qu'elle aura été explicitée au départ et qu'en échange on abandonnera certains contrôles aussi tatillons qu'inefficaces* »¹⁰⁸⁶.

Cette vision renouvelée du contrôle qui vise à l'atteinte de résultats va se fonder sur l'idée de qualité qui commence à irriguer le secteur médico-social avec la loi du 6 janvier 1986 modifiant la loi de 1975 et qui disposait dans son article 7 que l'autorisation est accordée « *compte tenu de tous les éléments de qualité que peut comporter l'établissement ou le service* »¹⁰⁸⁷, et qui prévoyait dans son article 11-3 un retrait d'habilitation lorsque la qualité est jugée insuffisante au regard de la « *disproportion entre le coût de fonctionnement et les services rendus* ». Mais le premier texte opposable en matière de qualité du service sera le décret du 27 octobre 1989 et ses annexes relatives aux établissements accueillant des enfants et des adolescents qui formalisera la préoccupation d'améliorer la qualité du service rendu¹⁰⁸⁸. Plus tard, l'évaluation va faire son apparition dans le secteur des EHPAD avec les conventions tripartites entre État, département et établissement, et l'arrêté du 26 avril 1999 qui constitue le cahier des charges de ces conventions dans lesquelles les recommandations visant à la qualité sont préférées aux

¹⁰⁸² CLUZEL-METAYER L., « L'irruption de la qualité dans le domaine sanitaire », op. cit., p. 1002.

¹⁰⁸³ Loi n° 75-535 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales

¹⁰⁸⁴ Rapport IGAS, *La politique sociale et les associations*, 1983-84, p. 471.

¹⁰⁸⁵ Rapport IGAS, *Ibid.* p. 501.

¹⁰⁸⁶ Rapport IGAS, *Ibid.* p. 501.

¹⁰⁸⁷ Loi n° 86-17 du 6 janvier 1986 adaptant la législation sanitaire et sociale aux transferts de compétences en matière d'aide sociale et de santé.

¹⁰⁸⁸ Décret 89-798 du 27 octobre 1989, remplaçant les annexes XXIV, XXIV bis et XXIV ter au décret du 9 mars 1956 modifié fixant les conditions techniques d'agrément d'établissements accueillant des enfants ou adolescents handicapés.

normes techniques ayant un caractère obligatoire¹⁰⁸⁹. L'autoévaluation y est alors promue grâce à un outil d'autodiagnostic dénommé « *Angelique* »¹⁰⁹⁰.

La période qui précède la promulgation de la loi du 2 janvier 2002 a donc été le creuset de ce que Pierre SAVIGNAT a appelé la « révolution copernicienne » de la qualité, constatant que « *d'une logique où le travail d'action sociale est centré autour de l'institution toute puissante à laquelle les usagers doivent s'adapter, l'on passe à la vision inverse où c'est l'utilisateur qui est au centre et l'institution qui doit s'adapter* »¹⁰⁹¹. Les débats parlementaires de la loi du 2 janvier 2002 vont entériner le choix d'une évaluation interne et d'une évaluation externe et la reconnaissance des droits des usagers, alors que, comme dans le secteur sanitaire, le secteur médico-social était émaillé d'affaires de malversations et de maltraitance, rappelant au législateur que la sécurité doit être un objectif premier. L'affaire des disparues de l'Yonne, qui s'est étalée des années 1980 aux années 1990, a fait l'effet d'un électrochoc populaire et politique. Elle concernait des jeunes filles transportées en bus par Emile Louis de leur domicile à l'IME qui devait les accueillir. Les enquêtes ont révélé des agressions sexuelles et les meurtres dont Émile LOUIS s'est rendu coupable, mais aussi les maltraitances au sein de l'IME et de son association gestionnaire, ainsi que dans les familles d'accueil. Cette affaire a d'ailleurs été à l'origine du premier programme national d'inspection relative à la lutte contre la maltraitance envers les enfants handicapés, juste après la promulgation de la loi 2002-2¹⁰⁹².

264. L'autre fondement commun aux démarches qualité repose sur la reconnaissance des « droits des usagers ». Le concept de « démocratie sanitaire » s'est développé avec la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et de la qualité du système de santé, dite « Loi KOUCHNER »¹⁰⁹³. La consécration des droits des patients avec le droit à l'information, au consentement, au respect de la dignité, de la vie privée notamment¹⁰⁹⁴, trouve à s'appliquer grâce au dispositif de réparation des accidents médicaux¹⁰⁹⁵. Dans le secteur social et médico-

¹⁰⁸⁹ Arrêté du 26 avril 1999 fixant le contenu du cahier des charges de la convention pluriannuelle prévue à l'article 5-1 de la loi n° 75-535 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales.

¹⁰⁹⁰ Application nationale pour guider une évaluation labellisée interne de la qualité pour les usagers des établissements.

¹⁰⁹¹ SAVIGNAT P., *Évaluer les établissements et les services sociaux et médico-sociaux*, Dunod 2009, p. 37.

¹⁰⁹² Circulaire DGA 5/SD 2 n° 2002-265 du 30 avril 2002 relative au renforcement des procédures de traitement des signalements de maltraitance et d'abus sexuels envers les enfants et les adultes vulnérables accueillis dans les structures sociales et médico-sociales.

¹⁰⁹³ Loi n° 2002-303, 4 mars 2002, RDSS 2002 (n° spéc.), p. 641 s. ; RDSS, Les lois des 2 janvier et 4 mars 2002 : dix ans après (dossier), n°3, 2012, p. 411 s.

¹⁰⁹⁴ LAUDE A., PENNEAU J., PORCHY-SIMON S., JOURDAIN P., *Le nouveau droit des malades : droits des malades et indemnisations des victimes d'accidents thérapeutiques, Loi du 4 mars 2002* : actes de la journée d'études des Editions du Juris-Classeur, Litec 2002 ; MOQUET-ANGER M.-L., « Le droit des personnes hospitalisées », RDSS. 2002, p. 667 ; PITCHO B., *Le statut juridique du patient*, thèse, éd. LEH, 2004.

¹⁰⁹⁵ Art. L. 1142-1 CSP.

social, la loi du 2 janvier 2002 met aussi en exergue dans son article 7 les droits et libertés individuels garantis aux usagers des ESSMS¹⁰⁹⁶, notamment à l'article L. 311-3 CASF, « *le respect de sa dignité, de son intégrité, de sa vie privée, de son intimité, de sa sécurité et de son droit à aller et venir librement* ».

Nous savons que les droits des usagers ne sont pas simplement subjectifs, mais qu'ils sont objectivés, « matérialisés » pourrait-on dire, par des supports juridiques tels que le projet d'établissement, le dossier individuel de prise en charge ou le dossier patient, le contrat de séjour ou encore l'existence d'un conseil de la vie sociale. Aussi, ces droits peuvent-ils être saisis, tant par les démarches qualité et leurs évaluations, que par l'inspection et les injonctions dans le cadre de la police administrative.

2/ La cause économique de la qualité : la recherche de performance

265. Les considérations d'ordre économique ont fortement contribué à façonner le système d'assurance qualité. Pendant longtemps, il n'existait pas de culture du rendement dans la fonction publique, assise sur le centralisme et le juridisme de l'État depuis la révolution. Ce n'est que dans les années 1980 qu'une opposition s'est faite jour entre l'immobilisme bureaucratique et un nouveau dynamisme managérial issu de l'entreprise privée, entre la norme préétablie et le rendement, entre les valeurs juridiques et la rationalité économique¹⁰⁹⁷.

Le dogme de l'efficience, sous l'impulsion du ministère des finances, s'est alors installé et propagé à tous les niveaux de l'appareil d'État, fondé sur l'impératif économique et financier que la rationalisation des choix budgétaires avait initié dans les années 1970, et que la LOLF¹⁰⁹⁸ que les politiques publiques ultérieures ont prorogé par la suite¹⁰⁹⁹. Le contexte de maîtrise des dépenses de santé a assurément contribué à cette recherche de performance et d'efficience pour « faire mieux au moindre coût », par la recherche continue d'une réduction

¹⁰⁹⁶ LHUILLIER J.-M., « Le règlement de fonctionnement », *RDSS* 2004, p.795; EVERAERT-DUMONT D., « Les droits des usagers des établissements et services sociaux et médico-sociaux: quelle évolution? », *Dr. soc.* 2005, p. 311 ; LHUILLIER J.-M., *Le droit des usagers dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux*, op. cit. ; POINSOT O., *Le droit des personnes accueillies ou accompagnées, les usagers dans l'action sociale et médico-sociale*, coll. Ouvrages généraux, LEH Édition 2016.

¹⁰⁹⁷ CAILLOSSE J., « Le droit administratif contre la performance publique ? », *AJDA* 1999, p. 195.

¹⁰⁹⁸ Loi organique n°2001-692 du 1 août 2001 relative aux lois de finances.

¹⁰⁹⁹ La Révision générale des politiques publiques a été annoncée par Nicolas SARKOZY, alors président de la République, en conseil des ministres le 20 juin 2007.

des déficits publics, sous la pression conjuguée des critères européens fixés par le traité de Maastricht, et de la part importante des dépenses hospitalières dans l'ONDAM¹¹⁰⁰.

266. Les ARS nées en 2009 de la fusion entre les services de l'État et une partie de l'assurance maladie pour rapprocher le médico-social du sanitaire, interviennent depuis dix ans dans ce contexte de rationalité budgétaire et managériale qui vise à profondément restructurer l'offre de soins et médico-sociale. Dans un contexte de raréfaction des ressources, les ordres donnés aux ARS en 2009 ont été marqués par la nécessité de diminuer l'offre médico-social et sanitaire d'une part, et rapprocher ces deux offres d'autre part. Comme l'écrivait Robert LAFORE lors de la promulgation de la loi HPST, *« il convient d'optimiser les moyens en alignant le plus possible les coûts, de rationaliser l'offre en évitant les gaspillages et en faisant des économies d'échelle, tout cela dans un contexte où les logiques de prise en charge changent, appellent des déclouonnements, des coopérations et des regroupements de structures ; bref, à la logique de croissance extensive du secteur (social et médico-social) qui a longtemps prévalu et qui consistait à juxtaposer les établissements grâce à des découpages catégoriels, se substitue une contrainte de réorganisation intensive des activités pour assouplir et ouvrir leurs fonctions, pour mettre en cohérence leurs prestations selon des logiques transversales et territoriales, pour aménager des parcours dont le centre de gravité est la personne prise en charge et non plus les logiques organisationnelles »*¹¹⁰¹.

Les démarches qualités ont ainsi été conçues pour participer à la performance et l'efficacité des établissements avec les procédures d'accréditation, de certification et d'évaluation et la création d'un droit souple. La recherche d'un « amincissement de l'État »¹¹⁰² par un renouveau du contrôle a donné lieu paradoxalement à une véritable institutionnalisation des démarches qualités dans le champ étudié.

¹¹⁰⁰ Sur un budget ONDAM qui s'élevait dans la LFSS 2019 à 195 Mds d'euros, la part des dépenses hospitalières était de 80.7 Mds d'Euros sur un ONDAM de 195 Mds d'euros (plus facile à contraindre que les dépenses de soins de ville qui s'élevait à 89.3 Mds euros ou la part du médico-social qui s'élevait à 20.3 Mds euros).

¹¹⁰¹ LAFORE R., « La loi HPST et les établissements et services sociaux et médico-sociaux », *RDSS* 2009, p. 858.

¹¹⁰² BEZES P., « Le renouveau du contrôle des bureaucraties : l'impact du New Public Management », Caisse nationale d'allocations familiales (CNAF), *Informations sociales*, 2005/6 n° 126, p. 26 à 37.

B/ La qualité, une réalité juridique à part entière

La qualité s'est traduite dans les textes propres aux établissements et services du champ étudié (1) et elle a été institutionnalisée avec la création d'organes spécifiques (2).

1/ La traduction de la qualité dans les textes propres aux établissements et services du champ étudié

La qualité est une notion qui a désormais ses propres fondements juridiques. Les dispositions légales relatives aux établissements et services concernés sont claires.

267. Dans le champ des établissements de santé, l'article L. 1112-2 CSP dispose que *« la qualité de la prise en charge des patients est un objectif essentiel pour tout établissement de santé »*. Chaque établissement de santé doit ainsi procéder à une évaluation régulière de leur satisfaction dont les résultats sont pris en compte dans la certification définie aux articles L. 6113-3 et L. 6113-4 CSP.

Les différents textes depuis 1991 n'ont eu de cesse d'élargir le champ de la qualité, pour passer d'une qualité réservée aux soins à une approche globale de la qualité du système de santé reposant sur des méthodes et des processus qui viseraient non pas à évaluer la qualité mais à en faire un objectif ultime. Dans ce sens, l'article L. 1110-5 CSP figurant dans le titre consacré au *« Droits des personnes malades et des usagers du système de santé »*, dispose que *« Toute personne a [...] le droit de recevoir, sur l'ensemble du territoire, les traitements et les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire et le meilleur apaisement possible de la souffrance au regard des connaissances médicales avérées »*.

268. Dans le champ des établissements et services sociaux et médico-sociaux, l'article L. 311-3 CASF qui énonce la liste des droits des usagers, dispose dans son 3° que les ESSMS doivent assurer *« une prise en charge et un accompagnement individualisé de qualité favorisant son développement, son autonomie et son insertion, adaptés à son âge et à ses besoins, respectant son consentement éclairé... »*.

Les procédures qui visent à assurer la qualité au sein des structures sont essentiellement des procédures évaluatives. L'article L. 6113-3 CSP dispose que *« afin d'assurer l'amélioration continue de la qualité et de la sécurité des soins, tous les établissements de santé publics et*

privés doivent faire l'objet d'une procédure externe d'évaluation dénommée certification »¹¹⁰³. La procédure de certification concerne tous les ES publics et privés, mentionnés à l'article L. 6111-1 du CSP. Elle s'applique également aux groupements de coopération sanitaire mentionnés à l'article L. 6133-7 du CSP, ainsi qu'aux réseaux de santé visés à l'article L. 6321-1 du CSP. Les installations de chirurgie esthétique visées à l'article L.6322-1 du CSP sont également soumises à cette obligation.

Dans le champ social et médico-social, l'article L. 312-8 CASF issu de la loi 2002-2 dispose que « *Les établissements et services mentionnés à l'article L. 312-1 procèdent à des évaluations de leurs activités et de la qualité des prestations qu'ils délivrent, au regard notamment de procédures, de références et de recommandations de bonnes pratiques professionnelles validées ou, en cas de carence, élaborées, selon les catégories d'établissements ou de services, par la Haute Autorité de santé mentionnée à l'article L. 161-37 du code de la sécurité sociale* ». Tous les ESSMS sans restriction sont concernés par l'évaluation qui, nous le verrons, fait l'objet, comme pour les ES, d'une autoévaluation et d'une évaluation externe.

A côté des établissements et services, le législateur a voulu confier la gouvernance de la qualité à des organes spécifiques différents des autorités administratives de tutelles.

2/ L'institutionnalisation de la qualité par la création d'organes spécifiques

Bien qu'apparues ensemble dans les années 1990 au travers de textes différents, les démarches qualité applicables aux établissements de santé et celles relatives aux ESSMS ont été imaginées pour répondre aux spécificités de chaque secteur.

Aussi, une volonté de différenciation des dispositifs s'est exprimée tant dans les organes chargés de réguler la qualité que dans les postures, ce qui explique que les autorités administratives les regardaient avec une certaine circonspection (a). Toutefois, il convient de constater que les institutions chargées de la qualité se sont rapprochées, et il faudra en tirer des conséquences sur le maintien d'une différenciation des démarches (b).

¹¹⁰³ La loi du 13 août 2004 a remplacé l'accréditation des établissements de santé par la certification.

a) La volonté originelle d'une différenciation des organes et des postures propres aux démarches qualité

269. Une double césure a vu le jour en matière de démarche qualité. La première relève de la séparation entre les autorités de police administrative et les autorités de régulation de la qualité dans le champ sanitaire et social. Il fallait que les démarches qualités soient inscrites dans un temps long propre à l'amélioration continue qu'elles revendiquent, en lien avec la durée de l'autorisation, contrairement aux contrôles régaliens qui répondent trop souvent à l'urgence. La seconde césure a distingué les organes et les postures relatifs à la qualité, avec d'un côté le sanitaire et de l'autre le social et médico-social. Jusqu'au printemps 2018, deux organes de régulation de la qualité ont coexisté.

Du côté sanitaire, la HAS issue de la loi relative à l'assurance maladie du 13 août 2004 a repris les attributions de l'ANAES et s'est vue dotée du statut d'autorité publique indépendante. Le CSS lui attribuait trois missions principales. D'abord l'évaluation médico-économique des produits, des actes, des prestations et technologies de santé en vue de leur admission au remboursement. Ensuite, l'élaboration de bonnes pratiques cliniques et de santé publique. Enfin, la certification des ES et l'accréditation des disciplines médicales à risques.

Du côté social et médico-social, l'ANESM est née de la loi de financement de la sécurité sociale en 2007¹¹⁰⁴ et a pris le relais du Conseil national de l'évaluation sociale et médico-sociale (CNESMS)¹¹⁰⁵ qui avait été créé en 2003 et installé en 2005 afin de mettre en œuvre l'évaluation interne et externe instituée par la loi du 2 janvier 2002¹¹⁰⁶. Il fallait en effet, comme l'avait souhaité Philippe BAS, alors ministre délégué à la Sécurité sociale chargé du plan « Solidarité grand âge », une agence qui soit mieux dimensionnée en tant qu'agence de mission avec l'objectif d'élaborer un cahier des charges de l'évaluation et de confier ces évaluations à des prestataires extérieurs. Le statut de groupement d'intérêt public de l'Anesm regroupant l'État, la CNSA et des fédérations, lui a permis de continuer les travaux du CNESMS en élaborant des procédures, des références et des recommandations de bonnes pratiques professionnelles, mais également en mettant en place une habilitation des organismes

¹¹⁰⁴ Arrêté du 13 avril 2007 portant approbation de la convention constitutive du groupement d'intérêt public dénommé « Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et des services sociaux et médico-sociaux ».

¹¹⁰⁵ Décret n°2003-1134 du 26 novembre 2003 relatif au Conseil national de l'évaluation sociale et médico-sociale mentionné à l'article L. 312-8 du code de l'action sociale et des familles.

¹¹⁰⁶ Le CNESMS avait pris la suite de l'ancien Conseil scientifique de l'évaluation créé en 1990 puis du Conseil national de l'évaluation qui lui a succédé, tous deux chargés d'évaluer les politiques publiques.

chargés de l'évaluation externe de plus de 30 000 ESSMS dont les autorisations arrivaient massivement à échéance fin 2016.

270. En tant qu'organes de régulation de la qualité, la HAS et l'ANESM se sont donc construites presque simultanément, mais ont revendiqué des postures différentes qui n'apparaissaient pas en tant que telles dans les articles L. 6113-3 CSP et L. 312-8 CASF. Ainsi, l'ANESM n'a eu de cesse de vouloir se démarquer de la HAS qui selon elle prônait des normes rigides justifiées par l'approche clinique de la médecine, alors que le secteur social voulait conserver une certaine souplesse au dispositif d'évaluation afin de préserver l'hétérogénéité des structures d'accueil et les problématiques propres aux personnes prises en charge.

De plus, la démarche de l'ANESM se voulait essentiellement cognitive, comme le montre encore l'annexe 3-10 du CASF issu du Décret 2007-975 du 15 mai 2007 qui dispose dans son article 1.1 que « *L'évaluation doit viser à la production de connaissance et d'analyse. Cette évaluation doit permettre de porter une appréciation qui l'inscrit dans une logique d'intervention et d'aide à la décision. Elle a pour but de mieux connaître et comprendre les processus, d'apprécier les impacts produits au regard des objectifs... en référence aux finalités prioritairement définies pour l'action publique* ». L'évaluation des ESSMS s'inscrit plus largement dans le sillon de la politique sociale et médico-sociale dont l'un des objectifs fixés à l'article L. 116-1 CASF repose sur « *une évaluation continue des besoins et des attentes des membres de tous les groupes sociaux* ».

L'article 1.2 de l'annexe 3-10 du CASF affiche dans le même sens la différence de l'évaluation avec le contrôle et la certification: « *L'évaluation est distincte du contrôle des normes en vigueur. Elle se distingue également de la certification. L'évaluation [...] tient compte des résultats des démarches d'amélioration continue de la qualité que peuvent réaliser les établissements et services* ». Dans le même sens, l'instruction du 31 décembre 2013 relative aux évaluations des établissements et services sociaux et médico-sociaux distingue l'évaluation en tant que « *dynamique d'amélioration de la qualité* » et la certification qui vise « *l'atteinte immédiate de résultats ou de conformité à un étalon* »¹¹⁰⁷.

Ces querelles sémantiques sur les notions d'évaluation et de certification ont obscurci la compréhension des démarches qualités par les autorités chargées de délivrer les autorisations

¹¹⁰⁷ Art. 4-1 de l'Instruction DGCS/SD5C n° 2013-427 du 31 décembre 2013 relative aux évaluations des activités et de la qualité des prestations délivrées dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux.

qui sont destinataires des rapports de certification et d'évaluation. Les différences ne sont en réalité pas aussi profondes. La HAS définit elle-même la certification comme un « dispositif d'évaluation externe obligatoire ». En réalité, ce sont moins les postures qui diffèrent que les agents chargés de réaliser les évaluations et leur conséquence en droit des autorisations, comme nous aurons l'occasion de l'aborder. La seule différence notable est celle qui existe entre le contrôle et l'évaluation.

Pour Jacques CHEVALLIER, le contrôle « *poursuit un objectif de mise en conformité à travers un mécanisme de sanctions-corrections* », quand l'évaluation « *s'interroge sur les résultats obtenus, les effets enregistrés... cherche à mesurer l'impact des choix collectifs qu'elle prend en bloc sans dissocier décision politique et gestion administrative* »¹¹⁰⁸.

Cependant, cette différenciation d'origine entre les démarches d'évaluation et de certification s'est fortement estompée en 2018.

b) Du rapprochement à la fusion des démarches évaluatives

271. Après un rapprochement des fonctions supports des deux agences de régulation en 2015 sur le site géographique de la HAS, la loi de financement de la sécurité sociale pour 2018 a officialisé l'intégration des missions de l'ANESM par la HAS au 1^{er} avril 2018¹¹⁰⁹.

Cette fusion a été présentée comme la réponse à « *l'impératif d'envisager la santé dans sa globalité, sans se limiter aux soins médicaux mais en y intégrant la vie des personnes, en améliorant les pratiques de l'ensemble des professionnels et établissements impliqués* », l'objectif étant de « *favoriser les parcours de santé complets et de qualité, cordonnées et transversaux, répondant aux besoins et aux situations de vie de chaque personne* »¹¹¹⁰.

L'approche holistique de la qualité par la HAS a pourtant fait craindre aux fédérations du secteur social et médico-social une « sanitarisation » des établissements sociaux et médico-sociaux, malgré les recommandations communes sur certaines prises en charges des personnes âgées ou les connexions existantes entre certification et évaluation sur les EHPAD, ou encore la création au sein de la nouvelle HAS d'une Direction de la qualité de l'accompagnement social et médico-social (DIQUASM). Le rapport de l'IGAS de 2017 relatif au dispositif d'évaluation

¹¹⁰⁸ CHEVALLIER J., *Science administrative*, PUF, 3^e éd. 2002, p. 551.

¹¹⁰⁹ Article 72 de la Loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018.

¹¹¹⁰ Communiqué de presse de la HAS du 05 avril 2018. https://www.has-sante.fr/jcms/c_2841384/fr/avec-l-elargissement-de-ses-missions-au-social-et-medico-social-la-has-intervient-desormais-sur-tous-les-enjeux-de-la-sante.

interne et externe des établissements sociaux et médico-sociaux¹¹¹¹ ne préconisait d'ailleurs pas ce rapprochement mais soulignait la nécessité de fiabiliser la méthodologie et la qualité des évaluations externes et d'inclure le processus d'évaluation dans une démarche globale de dialogue de gestion.

272. Désormais, la HAS est devenue une autorité de régulation dont l'activité est conséquente. Son rapport d'activité sur l'année 2018 montrait un budget à hauteur de 62,9 millions d'euros, loin devant l'ex ANESM¹¹¹², 425 collaborateurs, 2 500 experts externes (599 experts visiteurs, 16 organismes agréés pour l'accréditation des disciplines médicales à risques et environ 1300 organismes habilités en charge de l'évaluation externe des ESSMS). Son activité annuelle sur 2018 comptait 1230 nouvelles accréditations de médecins, 819 nouvelles certifications d'établissements de santé, 142 publications de RBP. Cependant, elle s'est donnée jusqu'à 2021 pour continuer à réfléchir au lien entre évaluation externe et autorisation, ainsi qu'au lien contractuel et financier entre la structure et l'organisme habilité chargé de l'évaluation externe d'un ESSMS. Le rapprochement des deux agences n'est pas terminé car les procédures de certification et d'évaluation ont des conséquences juridiques qui diffèrent comme nous allons le voir.

L'État a ainsi entendu confier la politique de la qualité à des experts, sans lien avec la mise en œuvre d'un pouvoir de contrôle de police, sur un mode plus pédagogique que prescriptif. Pour saisir les différences entre les démarche qualité et l'inspection, il est nécessaire d'aller au-delà des définitions institutionnelles et mieux comprendre quels sont les ressorts des démarches qualité qui sont à l'œuvre dans le champ de notre étude.

§2 Les instruments des démarches qualité dans le champ étudié

Les démarches qualités utilisent plusieurs instruments, tels la certification, l'accréditation, la contractualisation, les recommandations de bonnes pratiques ou encore les indicateurs. Ces instruments s'inscrivent plus largement dans le mouvement général de « régulation » qui est la conséquence d'un rapprochement entre droit public et droit privé, par le truchement de

¹¹¹¹ Rapport IGAS n°2016-113R, *Le dispositif d'évaluation interne et externe des établissements et services sociaux et médico-sociaux*, juin 2017.

¹¹¹² En 2015, l'ANESM comptait 29 agents, un budget de 2,5 millions d'euros et presque trois fois moins de recommandations annuelles que la HAS.

l'économie, comme l'a bien montré Laurence CALENDRI dans sa thèse sur la notion de régulation en droit administratif français¹¹¹³.

Ces instruments de la qualité trouvent principalement leurs ressorts dans le passage d'une culture de la règle à une culture du résultat (A) et dans le passage d'une culture du contrôle à une culture de l'accompagnement (B).

A/ Le passage d'une culture de la règle à une culture du résultat.

Les démarches qualités sont nées du besoin de diversifier les modes d'intervention de l'action publique pour mieux satisfaire aux besoins des usagers et répondre à une nouvelle posture des autorités administratives. Cela se traduit par une dilution de la règle dans le concept de « régulation » (1), et par la recherche de résultats attendus des opérateurs, au risque de l'indifférenciation des instruments juridiques utilisés par l'autorité administrative (2).

1/ La diversification des modes d'intervention de l'action publique : La dilution de la règle dans la régulation

273. La transformation de l'État gendarme en État stratège qui multiplie les instruments de son intervention a été rendu possible parce qu'il a diversifié ses modes d'action en empruntant au droit privé. Cette évolution a remis en question la nature même de l'action administrative que l'arrêt *Blanco* de 1873 avait défini à travers la responsabilité du fait du service public qui « ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil pour les rapports de particulier à particulier », tout en considérant que cette responsabilité « a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés »¹¹¹⁴.

Aussi, la conception fondamentaliste qu'a pu avoir Léon DUGUIT du service public en droit français n'a pas résisté aux évolutions de l'État¹¹¹⁵. Les services publics issus des trente glorieuses se sont adaptés au marché et l'État gendarme s'est mué progressivement en État providence. L'administration a dû modifier et varier ses instruments juridiques sous le contrôle démocratique, médiatique et associatif, provoquant un recul de l'action unilatérale et une mise

¹¹¹³ CALENDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ, 2008.

¹¹¹⁴ TC, 8 févr. 1873, *Blanco*, Rec. p. 61, 1er suppl. ; DP 1873. 3. 20, concl. DAVID.

¹¹¹⁵ DUGUIT L., *Les transformations du droit public*, Armand Colin, 1913, p. 19. « La notion de service public devient la notion fondamentale du droit public moderne. Les faits vont le démontrer ».

en avant des techniques d'incitation, voire de régulation, apanage des autorités administratives indépendantes. Selon Jacques CHEVALLIER, « *L'État s'efforce d'obtenir la coopération et d'emporter l'adhésion des acteurs sociaux, les choix publics tendent à devenir le produit de négociations et de compromis* »¹¹¹⁶. Cependant, le rapport entre l'autorité publique et l'administré n'est pas complètement renversé, car l'administration conserve ses prérogatives de puissance publique, même si ses outils et ses inclinaisons sont d'une nature plus incitative. Comme l'a exprimé Bertrand SEILLER, « *pour reprendre le vocabulaire de l'éthique, la traditionnelle direction hétéronome, c'est-à-dire imposée de l'extérieur, des conduites humaines cède peu à peu du terrain à une direction autonome, en réalité moins librement décidée que librement acceptée* »¹¹¹⁷.

274. Cet emprunt du droit public au droit privé et l'ouverture du droit au marché de l'offre et de la demande dans le cadre de l'Union européenne sont aujourd'hui connus. Ils répondent au concept apparu à la fin du XX^{ème} siècle de « régulation » dans les services publics. Laurence CALENDRI a montré que le terme de « régulation » est passé dans le langage courant juridique, mais il trouve sa source au 14^{ème} siècle dans l'action de « régler » ou « règlementer », puis en biologie (on parle de fonction) avant d'être repris en économie (on parle de théorie)¹¹¹⁸. Elle a aussi exposé la manière dont le droit a été « saisi » par le phénomène de régulation qui emprunte aux règles juridiques en élargissant celles-ci, notamment par la distinction entre « acte invitatif » et « acte coercitif ». La prérogative de puissance publique et l'acte unilatéral qui pose une règle et en prévoit la sanction, ne sont plus les instruments privilégiés de l'intervention publique. L'articulation entre droit et régulation apparaît dans les textes, notamment des missions des ARS¹¹¹⁹, et s'exerce dans les pratiques des acteurs qui s'emparent des règles légitimes pour les faire évoluer (arrangements professionnels avec la norme pour trouver un équilibre entre soins du patient et protection du soignant en matière de radioprotection dans les contrôles réalisés par l'ASN par exemple)¹¹²⁰. Ce conflit entre la règle, le contrôle et la

¹¹¹⁶ CHEVALLIER J., « Agencification et gouvernance, in Conseil d'Etat, Les agences : une nouvelle gestion publique ? » EDCE n° 63, *Doc. fr.*, 2012, p. 239.

¹¹¹⁷ SEILLER S., *Droit administratif, 2. L'action administrative*, 5^e éd. Flammarion, 2014, p. 28.

¹¹¹⁸ CALENDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Thèse soutenue le 10 novembre 2005 sous la direction de Serge REGOURD (Toulouse 1).

¹¹¹⁹ Art. L. 1431-2 CSP 2° : « *Les agences régionales de santé sont chargées [...] De réguler, d'orienter et d'organiser, notamment en concertation avec les professionnels de santé et les acteurs de la promotion de la santé, l'offre de services de santé, de manière à répondre aux besoins en matière de prévention, de promotion de la santé, de soins et de services médico-sociaux, aux besoins spécifiques de la défense et à garantir l'efficacité du système de santé [...]* ».

¹¹²⁰ GEOFFROY B., BRETESCHE S., LONCEINT R., « Du risque contrôlé au risque régulé : le cas de la médecine nucléaire », FFE, *Annales des Mines – Gérer et comprendre*, 2017/1 n° 127, pp 15-26.

négociation a été étudié par le sociologue du travail Jean-Daniel REYNAUD à l'origine de la « théorie de la régulation sociale ». Il y montre très bien que la création, le maintien et la destruction des règles s'appuient sur une activité de régulation qui est mise en œuvre de façon permanente et qui se fonde sur « *le raccordement entre le normatif et le normal* »¹¹²¹.

275. Pour autant, il n'existe pas de définition juridique de la régulation, mais celle-ci entretient des liens étroits avec la police administrative et le service public. Le terme « régulation » est souvent employé au sujet des Autorités administratives indépendantes, mais il s'applique aussi aux services territoriaux des ARS et Cohésion sociale. Gérard MARCOU en a donné une définition fonctionnelle en droit public économique, ainsi posée « *La régulation est une fonction de la puissance publique qui tend à établir un compromis entre des objectifs et des valeurs économiques et non économiques, pouvant être antinomiques, dans le cadre d'un marché concurrentiel* »¹¹²². L'auteur fait d'ailleurs remarquer que dans l'ordre public économique fondé sur les règles de concurrence et qui constitue l'espace de l'exercice des libertés économiques, comme la liberté d'entreprendre, « *la protection de la concurrence peut être assimilée à une fonction de police administrative* ».

Cette position selon laquelle la régulation doit être entendue au sens large incluant la police, est dominante dans la doctrine juridique actuelle, fortement inspirée des sciences de gestion qui évoquent d'ailleurs le « concept de régulation de la qualité »¹¹²³. Le débat juridique qui vise à savoir si la sécurité constitue une dimension de la qualité ou un champ autonome semble majoritairement tranché en faveur de la première solution. La doctrine considère que la qualité est au cœur d'une nouvelle régulation¹¹²⁴, comme si la qualité étendait la notion de la police au-delà de la sécurité en la faisant entrer dans la sphère de la régulation des établissements et services. Benoît APOLLIS souligne ainsi que le contrôle porté sur la qualité et la sécurité des soins fait partie des 24 items de la « régulation » figurant sous la liste des activités des ARS à l'article L 1431-2 CSP¹¹²⁵ et que cette régulation s'est élargie avec le contrôle des juridictions financières sur les comptes des personnes morales de droit privé à caractère sanitaire, social ou

¹¹²¹ REYNAUD J.-D., « Les règles du jeu. L'action collective et la régulation sociale », *Revue française de sociologie*, 1990, pp. 650-654.

¹¹²² MARCOU G., « La notion juridique de régulation », *AJDA* 2006, p. 347.

¹¹²³ GIRAULT A., MINVIELLE E., « Performance et qualité des établissements de santé », in Béatrice Fermon et al., *Performance et innovation dans les établissements de santé*, Dunod « Guides Santé Social », 2015, p. 91-104.

¹¹²⁴ FABERON F., « Qualité et santé : vers un nouvel ordre public sanitaire », *RDSS* 2015, p. 752.

¹¹²⁵ APOLLIS B., in Colloque Rennes 1 « La régulation des établissements de santé après la Loi du 26 janvier 2016 MNSS », 2 mars 2017.

médico-social avec la loi de modernisation de notre système de santé en 2016¹¹²⁶. Une partie de la doctrine va même jusqu'à considérer que tous les moyens de l'action administrative mis à disposition des ARS peuvent être considérés comme des instruments de la régulation sur les ES¹¹²⁷.

Si l'on convient que la régulation existe, même si elle n'est pas juridiquement définie, il nous faut analyser quels liens les démarches qualité entretiennent avec la régulation, et quelles en sont les conséquences sur l'inspection-contrôle. Nous allons comprendre que les ressorts des démarches qualités sont aussi ceux de la régulation qui met en avant le concept de performance par la recherche de résultats attendus des opérateurs, au risque de l'indifférenciation des instruments juridiques utilisés.

2/ La prééminence de la performance par la recherche de résultats attendus des opérateurs au risque de l'indifférenciation des instruments juridiques

Le droit positif est le fruit de rapprochements progressifs entre droit public et droit privé mis en exergue par Bertrand SEILLER¹¹²⁸ qui nous aident à mieux comprendre le processus de régulation dans lequel les démarches de contrôle de la qualité et de la sécurité s'inscrivent. Le rapprochement entre droit public et droit privé a pris plusieurs formes.

276. Il s'agit d'abord d'un rapprochement matériel fondé sur la dualité entre la prescription liée à la police administrative et la prestation liée au service public. La prescription, que Bertrand SEILLER nomme « réglementation », se traduit par le commandement, l'interdiction ou l'autorisation. Or, l'action administrative a désormais recours à une prescription plus incitative qui se rapproche du droit privé à l'image de la mutation de l'État gendarme en État providence. L'incitation au même titre que la réglementation sont des « idéaux types » qui parfois se recouvrent l'un de l'autre au sein de la même entité administrative¹¹²⁹, si bien que l'on peut passer insensiblement du contrôle à la régulation¹¹³⁰. Sara BRIMO a étudié au sein des agences sanitaires la répartition des tâches entre l'expertise et la gestion qui peut faire naître une confusion dans les esprits. Elle énonce que « *selon les termes du Littré, l'expert est une personnalité qui, « ayant la connaissance acquise de certaines choses, est commise pour les*

¹¹²⁶ Art. L. 111-8-3 et L. 211-8 CJF.

¹¹²⁷ CORMIER M., « Régulations(s) de l'hôpital public », *RDSS* 2015, p. 131.

¹¹²⁸ SEILLER B., *Droit administratif, 2. L'action administrative*, 5^e éd. Flammarion, 2014, *op. cit.*

¹¹²⁹ AMSELEK P., « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *op. cit.*, p. 275.

¹¹³⁰ OBERDORFF H., KADA N., *Les institutions administratives*, *op. cit.*, p. 35.

vérifier et en décider ». De cette confusion lexicale entre « vérification » et « décision » naît une équivoque autour de la fonction de l'expert, et donc autour de la fonction des agences sanitaires : leur rôle se situe au carrefour de la science et du pouvoir (de l'évaluation et de la gestion du risque) »¹¹³¹.

Cette confusion entre police et prestation, prescription et incitation, existe au sein des services territoriaux actuels que sont les ARS et services de cohésion sociale relevant du préfet de département qui sont à la fois des administrations de mission (de contrôle notamment), et de gestion au sens large des établissements et services, par la tarification ou la contractualisation qu'elles assurent. La confusion est également entretenue dans le discours des inspecteurs qui considèrent que l'inspection est un « mode de régulation », au même titre que la planification, la tarification ou la contractualisation¹¹³². Nous aurions tort de critiquer cette croyance, puisque la jurisprudence a donné une interprétation extensive des compétences régaliennes des ARS exercées au nom de l'État dans le domaine sanitaire, comme l'a montré Didier TABUTEAU¹¹³³, que ce soit en matière de délivrance des décisions relatives à la création, au transfert ou au regroupement d'officines de pharmacie¹¹³⁴, ou en matière de décision relative à la prise en charge d'un enfant autiste¹¹³⁵.

Cette conception extensive des missions régaliennes des ARS peut faire craindre un risque d'intrusion des ARS dans la gestion même des ES (et l'on pourrait élargir aux établissements médico-sociaux), car si le DGARS ne peut pas se substituer à l'établissement, il détient des pouvoirs très importants, notamment avec les compétences générales issues des articles L. 1431-1 et L. 1431-2 CSP, le pouvoir de demander à un établissement de santé un plan de redressement¹¹³⁶, modifier son état des prévisions des recettes et de dépenses¹¹³⁷, demander la conclusion d'une convention de coopération, la création d'un groupement de coopération

¹¹³¹ BRIMO S., « Les agences sanitaires : traduction(s) institutionnelle(s) d'un principe fonctionnel ? », *RDSS* 2013 p. 779.

¹¹³² Le premier Guide IGAS de 2001 sur les bonnes pratiques d'inspection contrôle à destination des DDASS et DRASS situait l'inspection comme un « mode de régulation » à part entière. Ce guide non public avait été distribué à l'ensemble des inspecteurs des services territoriaux et est resté en vigueur jusqu'en 2012.

¹¹³³ TABUTEAU D., « Les agences régionales de santé (ARS) : cadre et limites juridiques d'une nouvelle autorité sanitaire », *RDSS* 2017, p. 1056.

¹¹³⁴ CE, 4 juin 2014, *Min. des affaires sociales et de la santé c/ Grande Pharmacie d'Anjou*, n° 367298, au Lebon, concl. M. VIALETES ; V. également CE, 7 mai 2015, *Min. des affaires sociales et de la santé c/ Clinique Mathilde*, n° 373313, au Lebon, concl. A. LALLET ; *AJDA* 2015. 1896.

¹¹³⁵ CE, 27 nov. 2013, *M. et Mme A.*, n° 373300, Rec. 112 ; *AJDA* 2014. 574, note F.-X. FORT ; *ibid.* 2013. 2342 ; *D.* 2013. 2855, obs. P. VERON ; *RFDA* 2014. 531, étude L. FERMAUD.

¹¹³⁶ Art. L. 6143-3 CSP.

¹¹³⁷ Art. L. 6145-4 CSP.

sanitaire ou d'un groupement d'intérêt public, voire la fusion d'établissement¹¹³⁸ ou la révision de son CPOM¹¹³⁹.

Ces dispositions témoignent selon Didier TABUTEAU « *d'une contestable confusion des pouvoirs de contrôle et des pouvoirs de gestion qui place les ARS en position ambiguë : le contrôleur est mal à l'aise pour exercer son contrôle s'il a contribué à l'organisation ou à la gestion de l'établissement, il devient juge et partie. Si l'on peut espérer et penser que ces dispositions intrusives ne sont guère mises en œuvre par les directeurs généraux des ARS, il reste qu'une clarification des missions des agences dans ce domaine serait particulièrement bienvenue* »¹¹⁴⁰. Soulignons ici que les agences nationales de sécurité sanitaire et la HAS n'ont pas ce problème de double posture, car elles sont, soit exclusivement marquées par un objectif de police, soit par celui de la démarche qualité. Nous verrons pourtant que les démarches qualité ont été saisies par le droit et participent paradoxalement l'exercice de la police administrative.

Le rapprochement entre droit public et droit privé est d'autant plus marqué que le statut de l'administré a lui-même évolué, comme l'a fait remarquer Jaques CHEVALLIER lors de la promulgation de la loi du 12 avril 2000 dite « DCRA »¹¹⁴¹, en passant, dans les années 1980, du statut de « l'administré client », dont les services publics sont tenus de satisfaire les aspirations liées à l'émergence de la notion de qualité, au statut de « l'administré-citoyen », apparu au cours des années 1990, qui revendique une participation à la construction des normes et des labels¹¹⁴².

Aussi, l'observation de l'histoire du droit à travers les rapports sociaux montre que la dualité entre le service public et le secteur privé n'est plus aussi tranchée. L'action administrative ne s'est jamais limitée aux domaines régaliens de la défense, la justice, la fiscalité et la diplomatie. D'autres domaines ont été encadrés par l'État tout en étant « hors marché », comme l'éducation ou les soins. Toutefois, après les deux premières guerres mondiales, l'interventionnisme de l'État s'est élargi au domaine privé de manière volontariste. La législation sociale et la législation sanitaire sont devenues de plus en plus interdépendantes, les caractéristiques propres à l'hôpital,

¹¹³⁸ Art. L. 6131-2 CSP.

¹¹³⁹ Art. L. 6131-5 CSP.

¹¹⁴⁰ D. Tabuteau, Les agences régionales de santé (ARS) : cadre et limites juridiques d'une nouvelle autorité sanitaire, *op. cit.*, p. 1056.

¹¹⁴¹ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

¹¹⁴² CHEVALLIER J., « La transformation de la relation administrative : mythe ou réalité ? », *D.* 2000, chr., p. 575.

la médecine de ville et le secteur médico-social se sont estompées autour de lignes politiques et budgétaires communes.

277. La deuxième forme de rapprochement entre droit public et droit privé est organique et a donné lieu à l'individualisation des personnes publiques. L'érection de services publics en « établissements publics » réunissant personnes publiques et personnes privées, comme les ARS, se traduit par un fonctionnement d'entreprise plus managérial qui, de surcroît, accepte de déléguer des tâches y compris à des consultants extérieurs¹¹⁴³. Benoît PLESSIX considère que « *au sens économique du terme, l'entreprise est une organisation dont l'objet est de pourvoir à la production, à l'échange ou à la circulation des biens ou services. Elle est l'unité économique et juridique dans laquelle sont groupés et coordonnés les facteurs humains ou matériels de l'activité économique. Dans le secteur public, l'établissement public représente le moyen de singulariser un service doté de moyens propres pour remplir une mission que la personne publique de rattachement ne souhaite pas effectuer elle-même* »¹¹⁴⁴.

L'association des personnes privées à l'action administrative est devenue le moyen privilégié d'étendre l'action administrative, notamment en leur attribuant de prérogatives de puissance publique¹¹⁴⁵. Nous verrons qu'il s'agit d'une tendance extrêmement forte dans le champ sanitaire et social, particulièrement avec la HAS qui délègue ses évaluations à des organismes habilités ou des accréditations de médecins à des organismes agréés, ou encore les ARS qui délèguent les contrôles de qualité de l'eau à des laboratoires ou transforment des contrôles de « gouvernance » des établissements en audit par des cabinets extérieurs. La « *dilution de la spécificité de l'action administrative* » soulignée par Bertrand SEILLER, notamment par le biais des délégations de service public, est à l'œuvre dans le champ de notre étude qui montre que les expressions d'administration directe et indirecte, de gestion et de régulation, s'entremêlent dans ce qui a pu apparaître aux yeux de certains comme un « *zoo administratif* »¹¹⁴⁶.

278. Les deux rapprochements, matériel et organique, entre droit public et droit privé ne seraient être regardés comme suffisants s'ils ne servaient pas une cause utilitariste, celle de leur

¹¹⁴³ CE, sect. avis, 8 nov. 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, Rec. p. 492, concl. BERGEAL.

¹¹⁴⁴ PLESSIX B., Jurisc. Adm. Fasc. 135 et 136.

¹¹⁴⁵ CE, Ass. 31 juil. 1942, *Monpeurt*, n° 71398, Rec. 239 ; RDP 1943, p. 57, concl. SEGALAT, note BONNARD ; GAJA, n° 51); CE, Ass. 2 avril 1943, *Bouguen*, n° 72210, Rec. 86 ; S. 1944, III, p. 1, concl. LAGRANGE, note MESTRE ; GAJA, n° 52.

¹¹⁴⁶ CHEVALLIER J., « Agencification et gouvernance, in Conseil d'Etat, Les agences : une nouvelle gestion publique ? » *op. cit.*, p. 239.

finalité commune, à savoir la « performance » attendue des autorités administratives dans leur rôle de tutelle, et des structures à travers les résultats obtenus.

En termes de contrôle, nous avons déjà évoqué le « contrôle à distance » qui a fait son apparition dans les DRASS et DDASS des années 1990, notamment avec les contrôles financiers (cf supra partie 1). Mais la notion de « performance » en matière d'inspection contrôle est en réalité concomitante et parallèle à la performance attendue des structures contrôlées. C'est ainsi que le contrôle de régularité ou de conformité à la règle s'est progressivement élargi au contrôle d'efficacité par rapport aux résultats attendus, puis au contrôle d'efficience eu égard aux moyens alloués, et maintenant au contrôle de pertinence des soins, tous ces contrôles coexistant ensemble.

Toutefois, ce sont les mêmes agents qui réalisent ces différents contrôles, sans toujours savoir à quel type de contrôle ils se réfèrent, parce que la commande qui leur est donnée n'est souvent pas claire. Le risque est alors élevé de voir les moyens de contrôle se confondre et s'effacer devant la prééminence des résultats. A ce propos, Patrick GIBERT stigmatise la « nébuleuse évaluation-contrôle » en évoquant le rapprochement du contrôle de gestion avec l'évaluation de politique et appelle de ses vœux une nouvelle typologie des contrôles¹¹⁴⁷.

La recherche de résultats de performance en matière de qualité et sécurité consiste aussi à se référer aux indicateurs qui aident à savoir si le résultat attendu est atteint ou non. Parmi toute une série d'indicateurs quantitatifs et qualitatifs dans le champ étudié, les indicateurs de qualité et de sécurité des soins (IQSS) permettent des incitations financières à l'amélioration de la qualité (IFAQ) pour les établissements de santé publics et privés en matière de MCO. La corrélation entre le couple qualité/sécurité et la rémunération à la performance n'est pas nouvelle. Les indicateurs et des « *pratiques exigibles prioritaires* » ont été introduits dans la V2010 (Définition du manuel de la certification HAS juin 2009¹¹⁴⁸) et se poursuivent dans la V2020 avec les « exigences prioritaires ». Mais, si les indicateurs n'ont pas fait disparaître la règle et son contrôle, il est possible qu'ils en aient modifié l'objectif, la portée, en mettant en

¹¹⁴⁷ GIBERT P., « Contrôle et évaluation, au-delà des querelles sémantiques, parentés et facteurs de différences », La documentation française, RFAS 2010/1, p. 71-88.

¹¹⁴⁸ Manuel de certification HAS V2010 : « *Les pratiques exigibles prioritaires sont des critères pour lesquels des attentes particulièrement signalées sont exprimées [...] La sélection de ces pratiques est fondée sur l'identification de sujets jugés fondamentaux pour l'amélioration de la qualité et de la sécurité des soins, par la HAS, les parties prenantes et les experts nationaux et internationaux ainsi que sur la capacité de la certification à générer des changements sur ces sujets. La non-atteinte d'un niveau de conformité important sur ces exigences conduira systématiquement à une décision de certification péjorative voire à une non-certification* ».

avant le suivi de l'action, le résultat recherché, plus que la conformité à la règle. Il nous faudra comprendre si cela ne contribue pas à diluer un peu plus la notion de contrôle de police.

Le passage d'une culture de la règle à une culture du résultat et de la performance rejoint également, dans l'enjeu actuel de régulation à l'œuvre, la volonté de passer d'une culture de contrôle à celle de l'accompagnement.

B/ Le passage d'une culture du contrôle à une culture de l'accompagnement.

L'autorité administrative érigée en « stratège » doit aujourd'hui « piloter » la politique publique et « conduire l'accompagnement au changement ». Cette finalité impose d'utiliser des postures et des outils moins « clivants » que le contrôle traditionnel de conformité et de légalité. Les démarches qualifiées empruntent donc largement à l'outil de la contractualisation (1) et à la normalisation des pratiques (2) pour réaliser cet accompagnement.

1/ L'accompagnement des établissements et services par la contractualisation

279. Avec l'avènement du nouveau management public et la recherche d'efficacité publique, l'administration connaît depuis une vingtaine d'années une « *prédilection pour l'action concertée* »¹¹⁴⁹. Selon Bertrand SEILLER, le degré ultime de rapprochement juridique du droit public avec le droit privé est la contractualisation. Celle-ci tend à s'imposer, tant au niveau de l'élaboration que de la mise en œuvre des règles¹¹⁵⁰ et « *correspond à un nouveau style et à un nouveau registre de l'action politique et administrative se fondant sur la négociation et le consensus plutôt que sur l'autorité* »¹¹⁵¹.

On peut affirmer que la contractualisation a envahi le secteur sanitaire et social. Dans le champ des établissements de santé, les contrats apparus avec la loi du 31 juillet 1991 qui prévoyait des contrats d'objectifs sont devenus, avec l'ordonnance du 24 avril 1996, des CPOM obligatoires¹¹⁵².

¹¹⁴⁹ SEILLER B., *Droit administratif, 2. L'action administrative*, 5e éd. Flammarion, 2014, p. 27.

¹¹⁵⁰ MORAND C.-A., « La contractualisation du droit dans l'Etat providence », in *Normes juridiques et régulation sociale*, sous la direction de CHAZEL F. et COMMAILLE J., LGDJ, 1991, p. 139 et ss.

¹¹⁵¹ Rapport public 2008, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 79, 2008, p. 15.

¹¹⁵² Art. L. 6114-1 CSP.

Le secteur social et médico-social s'est inspiré de l'outil de contractualisation sanitaire. Le contrat pluriannuel et de moyens a été introduit par la loi du 2 janvier 2002. Pour les EHPAD, les conventions tripartites issues de cette loi ont été remplacées par le CPOM de 5 ans avec la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 d'adaptation de la société au vieillissement. Les lois de financement de la Sécurité sociale de 2016 et 2017 ont étendu les CPOM à d'autres établissements et services pour personnes âgées (hébergements temporaires, accueil de jours, etc.) et au secteur du handicap¹¹⁵³, procédant ainsi à une généralisation des CPOM dans le secteur médico-social¹¹⁵⁴. Le secteur social a également vu le CPOM s'imposer aux établissements et services comportant ou non un hébergement, assurant l'accueil, notamment dans les situations d'urgence¹¹⁵⁵ avec la loi du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique¹¹⁵⁶.

Selon une circulaire de la DGCS de mars 2017 relative au cahier des charges des CPOM, cet outil « *permet de moderniser le dialogue entre les pouvoirs publics et les établissements et services médico-sociaux (ESMS) en fixant des objectifs de qualité et d'efficience, en contrepartie de perspectives pluriannuelles sur le financement des établissements* », et se veut « *le levier privilégié pour servir la transformation de l'offre* »¹¹⁵⁷. En illustration, il est rappelé que le rythme de « Cpomisation » attendu de la DGCS est de 1700 établissements / an sous CPOM d'ici à fin 2021.

La qualité se trouve être au cœur des CPOM. Dans le secteur sanitaire, les contrats définissent des objectifs en matière de qualité et de sécurité des soins qui comportent les engagements d'amélioration de la qualité et de la sécurité des soins qui font suite à la procédure de certification¹¹⁵⁸ (Les OQOS¹¹⁵⁹). Dans le social et le médico-social, la qualité fait partie intégrante des CPOM des ESSMS¹¹⁶⁰, ainsi que le précise un arrêté du 3 mars 2017 fixant le

¹¹⁵³ Article 75 de la loi de financement de la sécurité sociale 2016 (LFSS) et article 89 de la LFSS 2017.

¹¹⁵⁴ Art. L. 313-11 à L. 313-12 CASF.

¹¹⁵⁵ Art. L. 312-1 I 8° CASF.

¹¹⁵⁶ Loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique.

¹¹⁵⁷ Instruction n° DGCS/SD5C/2017/96 du 21 mars 2017 relative à la mise en œuvre de l'arrêté du 3 mars 2017 fixant le contenu du cahier des charges du contrat d'objectifs et de moyens (CPOM) prévu au IV ter de l'article L. 313-12 du code de l'action sociale et des familles et à l'articulation avec le CPOM prévu à l'article L. 313-12-2 du même code.

¹¹⁵⁸ Art. L. 6114-3 CSP al 1 CSP.

¹¹⁵⁹ Art. D. 6114-6 CSP.

¹¹⁶⁰ Art. L. 313-12-2 CASF « *Ce contrat définit des objectifs en matière d'activité et de qualité de prise en charge* » et art. L. 313-11-1 8° CASF « *Le contrat précise les modalités de mise en œuvre des actions de prévention de la maltraitance et de promotion de la bientraitance* ».

contenu du cahier des charges du contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens¹¹⁶¹ qui y inclut les références aux RBP édictées par l'ANESM (HAS)¹¹⁶².

280. En science administrative, les auteurs considèrent que la contractualisation constitue un outil de la performance publique, voire une « *nouvelle conception de la légitimité du pouvoir* »¹¹⁶³. S'appuyant sur l'analyse de Alain SUPIOT¹¹⁶⁴, Christian-Albert GABAR constate que *le droit négocié s'étend ainsi aux dépens du droit imposé* », avec un glissement sémantique par requalification de l'action administrative en « action publique » et du contrat administratif en « contractualisation »¹¹⁶⁵, comme s'il fallait se détacher du carcan juridique pour donner plus de souplesse au management public. Un nouveau modèle sociétal est imaginable où la loi cède sa place au contrat, au projet et au programme, et la réglementation laisse sa place à la régulation.

Le recours fréquent au contrat traduit selon Bertrand SEILLER « *la répugnance actuelle des personnes publiques à affirmer leur autorité* », ce qui s'avère particulièrement vrai actuellement dans la relation qu'entretient l'autorité administrative avec les établissements sanitaires, sociaux ou médico-sociaux, car l'objectif est d'assurer une sécurité tout en visant à une restructuration de l'offre qui soit consentie et même recherchée activement par les opérateurs. Le contrat présente des avantages pour l'administration. Il renvoie classiquement aux dispositions des articles 1101 et suivants du Code civil qui régissent le champ de la liberté contractuelle dans le cadre du respect de l'ordre public¹¹⁶⁶. Toutefois, le CPOM est un contrat

¹¹⁶¹ Arrêté du 3 mars 2017 fixant le contenu du cahier des charges du contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens prévu au IV ter de l'article L. 313-12 du code de l'action sociale et des familles.

¹¹⁶² Le CPOM doit faire « *référence aux recommandations de bonnes pratiques édictées par l'Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux (ANESM) et par la Haute Autorité de santé (HAS)* ». Un des objectifs du CPOM est le « *Développement de la qualité de la prise en charge des résidents ; accompagnement de l'évolution des compétences professionnelles des personnels et appropriation des recommandations de bonnes pratiques professionnelles ; amélioration des conditions d'emploi et de travail ; démarches favorisant la bientraitance et déploiement de dispositifs de signalements précoces en cas de situation de maltraitance ; accompagnement de la fin de vie dans le respect de la dignité et des droits des personnes et accès aux soins palliatifs des personnes* »

¹¹⁶³ CHEVALLIER J., « Loi et contrat dans l'action publique », *Les cahiers du conseil constitutionnel*, n° 17, 2004, p. 81.

¹¹⁶⁴ SUPIOT A., « La gouvernance par les nombres » : cours au Collège de France, 2012-2014, Paris, Fayard, coll. « *Poids et mesures du monde* », 2015.

¹¹⁶⁵ GABAR C.-A., « Performance et contractualisation de l'action publique », in *Performance et droit administratif*, Litec Lexis Nexis, collection Colloques et débats, sous la direction de Nathalie Albert, 2010 (Actes du colloque organisé à Tours par le LERAD les 28 et 29 janvier 2009 sur la nouvelle gouvernance publique).

¹¹⁶⁶ Art. 1101 Code civil : « *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ».

particulier de nature administrative¹¹⁶⁷, qui peut s'apparenter à un « contrat d'adhésion »¹¹⁶⁸. D'abord parce qu'il est expressément prévu par la loi, et ensuite parce-que du point de vue organique, un des contractant au moins est une personne publique, et que du point de vue de son contenu, il se réfère au droit administratif, soit dans l'objet qu'il vise (le service public par exemple), soit par les clauses exorbitantes de droit commun qu'il peut contenir, soit encore par le régime juridique auquel il est soumis.

Malgré ces orientations favorables à l'administration, le CPOM fait de celle-ci un « partenaire » du cocontractant et permet d'engager une responsabilité contractuelle avec une légitimité renforcée par rapport à celle engagée du fait d'un acte unilatéral. Il a aussi un caractère plus souple que la décision unilatérale et permet de consolider les responsabilités publiques éparpillées du fait de la décentralisation, comme c'est le cas par exemple pour les CPOM signés entre l'État, le département et les EHPAD. La démarche contractuelle convient en réalité parfaitement aux autorités administratives que sont les ARS et les services de cohésion sociale, traditionnellement chargées de missions verticales de tarification, de planification et de contrôle et qui ont trouvé dans le contrat un nouveau style d'action publique qui mise sur la proximité et sur l'influence plutôt que sur les mesures coercitives dans le but de modifier les comportements.

Comme le remarque Jacques CHEVALLIER, « *si les agences combinent en général, bien que selon un alliage extrêmement variable, une fonction de régulation du secteur dont elles ont la charge, et la mission de fournir des biens et services, la proximité par rapport à leur milieu d'intervention modifie les conditions d'exercice de ces attributions : notamment, la fonction de régulation, qui se traduit par l'attribution de compétences normatives (association à l'élaboration de la réglementation, pouvoir de décision individuelle), relevant parfois d'une préoccupation de police (par exemple en matière de santé ou d'environnement), sera exercée en étroite relation avec les destinataires ; l'utilisation de la technique contractuelle pour assurer cette régulation (contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens, contrats locaux de santé, contrats d'amélioration des pratiques des professionnels...) constitue un bon indicateur de cette inflexion* »¹¹⁶⁹.

¹¹⁶⁷ TA Lille, 24 janv. 2006, *Clinique Saint-Roch*, n° 05-03.649; TASS Paris, ord., 19 juin 2000 n° 15614/00 ; TITSS de Lyon, 12 mars 2012, req. n°11-73-6.

¹¹⁶⁸ Art. 1110 Code civil, : « *Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties* ».

¹¹⁶⁹ CHEVALLIER J., « Agencification et gouvernance, in Conseil d'Etat, Les agences : une nouvelle gestion publique ? » *op. cit.*, p. 239.

La généralisation du recours aux techniques contractuelles concerne tous les domaines de l'action publique, mais son développement doit être maîtrisé, comme le rappelait le Conseil d'État dans son rapport public en 2008¹¹⁷⁰. Le contrat constitue en effet un puissant levier de structuration des établissements et services sanitaires, sociaux et médico-sociaux avec une visée aussi bien de moyens que de résultats, notamment sur la qualité des prestations délivrées aux usagers. Mais le contrat n'est pas le seul outil d'accompagnement. La normalisation constitue également un ressort aussi efficace de régulation dans le champ étudié.

2/ L'accompagnement des établissements et services par la normalisation

281. Notre étude nous oriente naturellement à observer que le secteur sanitaire et social est particulièrement sujet au mouvement de normalisation.

Nous pouvons définir la normalisation comme l'extension de la norme, par la création, à côté d'un « droit dur »¹¹⁷¹ issu de la réglementation, d'un « droit souple »¹¹⁷² issu d'une production scientifique¹¹⁷³. La HAS en tant qu'API, est aujourd'hui, là aussi, à l'origine de la plupart des RBP en vigueur dans les établissements de santé et les établissements médico-sociaux depuis qu'elle a intégré l'ANESM en 2018 (les RBP dans le champ d'activité des établissements sociaux sont très lacunaires).

Les RBP font plus que seconder les processus de certification, évaluation et contractualisation. Elles nourrissent littéralement les procédures internes des établissements et des services, le regard externe que les évaluateurs portent sur eux, ainsi que les contrats qui les lient à l'autorité administrative. De plus, les RBP ne sont pas prescrites ou imposées aux professionnels, notamment par la voie du contrôle de police (même si certaines d'entre elles peuvent faire grief comme nous le verrons), mais elles procèdent d'une démarche négociée, d'abord entre experts qui décident de leur teneur, ensuite dans le CPOM et autres contrats signés avec les structures qui doivent, comme nous l'avons montré, attester qu'elles tendent vers les bonnes pratiques.

¹¹⁷⁰ CE, Rapport public 2008, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, op. cit., p. 15.

¹¹⁷¹ Hard Law.

¹¹⁷² Soft Law. V. Etude annuelle 2013 du Conseil d'Etat - Le droit souple.

¹¹⁷³ Dutheillet de Lamothe L., « Un recours souple pour le droit souple », *AJDA* 2016, p. 717.

Comme il n'existe pas de définition juridique de la norme, l'usage du terme « norme » par les services, les notes internes et le langage courant, rend difficile l'interprétation des volontés¹¹⁷⁴. La distinction souvent utilisée entre une définition « au sens strict » ou « au sens large » de la norme est censée rendre intelligible la chose mais peut s'avérer relative et discutable dans le choix que l'auteur opère.

282. Ainsi, certains auteurs considèrent que la norme « au sens strict » doit être entendue comme celle de l'Association française de normalisation (AFNOR). Les représentants de la HAS la définissent « au sens strict » comme « *le résultat du processus de normalisation avec un monopole pour établir ces normes (Afnor, en France, CEN en Europe et Iso au niveau international) avec le décret 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation qui dispose dans son article 1 que « l'Association française de normalisation oriente et coordonne l'élaboration des normes nationales et la participation à l'élaboration des normes européennes et internationales »* ».

Mais les mêmes auteurs écrivent que « *dans le langage courant, on parle des normes réglementaires, et les recommandations de bonnes pratiques, tout comme les référentiels de la HAS, peuvent être vus comme des normes dans ce sens large* »¹¹⁷⁵.

Le fait de mettre sur un pied d'égalité les normes réglementaires et les recommandations de bonnes pratiques nous interrogent sur l'utilisation que des inspecteurs peuvent faire des recommandations dans l'exercice de leur mission d'inspection. Nous serons amenés à revenir sur le sujet.

Dans son éditorial des *Tribunes de la santé* en 2020, Didier TABUTEAU se fonde sur la définition du dictionnaire Robert selon laquelle la norme est le « *type concret ou la formule abstraite de ce qui doit être* »¹¹⁷⁶ et reprend la formule du philosophe Georges CANGUILHEM qui écrivait dans « *Le normal et le pathologique* » que « *ce qui caractérise la santé, c'est la possibilité de dépasser la norme qui définit le normal momentané, la possibilité de tolérer des infractions à la norme habituelle et d'instituer des normes nouvelles dans des situations nouvelles* »¹¹⁷⁷.

¹¹⁷⁴ LANORD-FARINELLI M., « La norme technique, une source du droit légitime ? », *RFDA* 2005, p. 738.

¹¹⁷⁵ GRENIER C., LE GULUDEC D., DE MONTALEMBERT P., MOUNIC V., « Haute autorité de santé et normalisation de la médecine », *Les Tribunes de la santé*, 2020/2 n° 64, p. 37-47.

¹¹⁷⁶ TABUTEAU D., *Les Tribunes de la santé*, 2020/2 n° 64, p. 3 à 4.

¹¹⁷⁷ CANGUILHEM G., *Le normal et le pathologique*, PUF, 2013.

L'adaptation de la norme aux situations nouvelles est en effet une des caractéristiques du champ de la santé et du médico-social, comme le sous-entend Georges CANGUILHEM. Elle s'explique par le fait que les normes réglementaires soient rapidement frappées d'obsolescence, ce qui justifient le recours aux recommandations qui construisent un « droit souple ». Le revers de la médaille tient dans « l'inflation normative »¹¹⁷⁸ qui résulte des normes réglementaires liées à la sécurité sanitaire, des normes médicales fondées sur l'Evidence based médecine appelée également « médecine fondée sur les preuves », des RBP, auxquelles se juxtaposent les méthodes évaluatives de certification, d'accréditation, les indicateurs quantitatifs et qualitatifs, les indicateurs d'efficacité, d'efficience, de qualité, de performance ou même de pertinence. Tous ces dispositifs contribuent à créer un « maelström normatif » qui peut perdre le professionnel comme l'utilisateur¹¹⁷⁹.

283. En définitive, et c'est ce qui guidera notre recherche du point de vue de la « normalisation » des activités dans les établissements et services soumis à inspection, nous notons un changement de paradigme propre à la notion de « norme ». Le psychanalyste Roland GORI, qui a confronté la loi à la normalisation sociale due à la mise en place d'agences d'évaluation dans les domaines de la justice, de l'enseignement et de la santé¹¹⁸⁰, pense que ce sont les normes qui préparent les lois. Il démontre que la densification normative aboutit à une dévalorisation de la loi et de son caractère souverain et sacré. C'est la raison pour laquelle les lois sont sans cesse réécrites et ramenées à la fonction de circulaires de service. Selon GORI, « *les formes de savoir elles-mêmes sont normalisées et calibrées* » par des acteurs de régulation qui mesurent les activités à l'aune d'indicateurs quantitatifs et financiers.

La normalisation constitue aujourd'hui un puissant ressort des démarches qualités. Il nous faudra voir comment l'inspection se saisit de cette normalisation, notamment par le biais des RBP de la HAS qui ont acquis une certaine juridicité, mais également en quoi le phénomène de normalisation semble aujourd'hui rattrapé, voire dépassé, par celui de « labellisation » dans le champ étudié.

Cette section nous a amené à nous rendre compte que la qualité est à l'origine d'une nouvelle forme de régulation des établissements et services dont les causes sont liées à la sécurité, au

¹¹⁷⁸ MOCKLE D., « La réglementation intelligente : réglementer mieux ou réglementer moins ? », *RFDA* 2015, p. 1225.

¹¹⁷⁹ TABUTEAU D., Éditorial des Tribunes de la santé, *op. cit.*, p. 3 à 4.

¹¹⁸⁰ GORI R., *La fabrique des imposteurs*, éd. Les liens qui libèrent, 2013.

droit des usagers et à la recherche de performance en santé publique. Les ressorts des démarches qualité traduisent le passage d'une culture de la règle à celle du résultat, et le passage d'une culture du contrôle à une culture de l'accompagnement par la contractualisation et la normalisation.

Nous allons maintenant nous rendre compte que les démarches qualité sont paradoxalement de plus en plus ancrées dans le droit, ce qui devra nous amener à en tirer des conséquences sur le positionnement de l'inspection-contrôle.

Sect. 2 –Les démarches qualité saisies par le droit

L'étude des démarches qualité révèlent un paradoxe qui trouve son origine dans « *le télescopage entre deux rationalités, juridique et managériale* »¹¹⁸¹ caractéristique du secteur sanitaire et social actuel. Alors que ces démarches reposent sur des mécanismes incitatifs, les établissements et services du champ étudié ont été contraints par le législateur d'y adhérer.

Toutefois, il s'avère que cette contrainte s'exerce de manière hétérogène en ce qui concerne principalement la certification et l'évaluation (§1). Par conséquent, il est utile de s'interroger sur la portée juridique des actes issus de ces démarches qualité (§2).

§1 Les démarches qualité imposées de manière hétérogène

L'étude des différentes démarches qualité relevant de notre champ montre une hétérogénéité liée aux procédures utilisées (A) et aux statuts des agents chargés d'en assurer la mise en œuvre (B).

¹¹⁸¹ CLUZEL-METAYER L., *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, 2006, prec.

A/ Une hétérogénéité liée aux procédures utilisées dans les démarches qualité.

Les démarches qualité à l'œuvre dans le champ des établissements et service sanitaires et sociaux poursuivent le même objectif d'amélioration continue de la qualité, mais empruntent des chemins différents en termes de procédures. Cette hétérogénéité des moyens interroge le droit, alors que la HAS est devenue l'autorité ayant à la fois en charge la certification des ES (1) et l'évaluation des ESSMS (2).

1/ La certification des établissements de santé

284. La certification est le fruit d'un compromis entre le pouvoir réglementaire qui la voulait obligatoire et les représentants d'établissements qui se montraient récalcitrants à cette procédure, craignant une perte de liberté dans le choix des prises en charges médicales et dans l'organisation interne de la structure. Inspirée du modèle canadien et américain, l'ordonnance JUPPE du 24 avril 1996 a rendu obligatoire l'accréditation des ES, mais en a laissé l'initiative aux établissements de santé qui avaient cinq ans suivant son adoption pour y adhérer¹¹⁸².

L'obligation d'accréditation devenue certification des ES est posée à l'article L. 6113-1 CSP qui dispose qu'« *afin de dispenser des soins de qualité, les établissements de santé, publics ou privés, sont tenus de disposer des moyens adéquats et de procéder à l'évaluation de leur activité* ». L'article L. 6113-3 CSP précise que « *tous les établissements de santé publics et privés doivent faire l'objet d'une procédure externe d'évaluation nommée certification* ».

La certification doit être entendue comme une évaluation externe menée par des professionnels indépendants et fondée sur l'idée d'amélioration continue de la qualité. La procédure est conduite par la HAS, et vise selon l'article L. 6116-3 CSP à « *porter une appréciation indépendante sur la qualité d'un établissement ou, le cas échéant, d'un ou plusieurs pôles, structures internes ou activités d'un établissement, à l'aide d'indicateurs, de critères et de référentiels portant sur les procédures, les bonnes pratiques cliniques et les résultats des différents services et activités de l'établissement* »¹¹⁸³. Sa durée de validité dépend du niveau de certification retenue par la HAS (6 ans pour le niveau A, 4 ans pour le niveau B).

¹¹⁸² Article 2 de la l'ordonnance n° 96-346 du 24 avr. 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée (ancien article L. 710-5 CSP).

¹¹⁸³ Art. L. 6113-3 alinéa 2 CSP.

La certification repose sur le principe de maîtrise des processus inspirée des méthodes de « management de la qualité totale » définies par les normes ISO 9001¹¹⁸⁴. En application de l'article 1 de la procédure de certification de la HAS (avril 2019), « *la certification a pour objet d'évaluer la qualité et la sécurité des soins dispensés et l'ensemble des prestations délivrées par les établissements de santé et autres structures soumises à la présente procédure. Elle tient compte notamment de leur organisation interne et de la satisfaction des patients* ». Tout l'intérêt de la certification réside dans une approche qui responsabilise l'établissement en se fondant sur trois piliers essentiels qui permettent de partir de l'étude du patient (parcours du patient), d'utiliser le ressort pédagogique (coordination des services, parangonnage, notoriété de l'établissement) et d'accepter que la procédure de certification soit en constante évolution.

Pour ce faire, la certification s'est imposée aux ES à l'aide d'un outil, le manuel de certification, (a) et d'une procédure (b).

a) L'outil de la certification : Le manuel de certification

285. Une des forces de l'outil certification est de s'adapter de manière continue à l'évolution des pratiques professionnelles et à l'état de l'art d'un secteur. Ce principe reprend le modèle de la « Roue de DEMING »¹¹⁸⁵ élaborée dans les années cinquante et qui incarne aujourd'hui le système de gestion de la qualité en entreprise. Elle repose sur les quatre phases d'amélioration d'un processus : « Prévoir, mettre en œuvre, évaluer et améliorer »¹¹⁸⁶.

Contrairement aux normes législatives et réglementaires qui peuvent paraître statiques (elles le sont de moins en moins en réalité, car soumises à une labilité extrême dans le champ sanitaire et social), la procédure de certification est élaborée et mise à jour régulièrement par la HAS grâce au « manuel de certification », qui est l'outil principal de la certification des établissements de santé et dont l'évolution est constante¹¹⁸⁷.

Ce manuel n'est pas défini explicitement dans les textes législatifs et réglementaires. Il décline les termes de la définition de la certification visée à l'article L. 6116-3 CSP en ayant pour vocation à guider la structure sur deux thématiques principales, à savoir le management de l'établissement (management stratégique, de ressources, de la qualité et de la sécurité des soins)

¹¹⁸⁴ CLUZEL-METAYER L., *Le service public et l'exigence de qualité*, op. cit., p. 87.

¹¹⁸⁵ William Edwards DEMING est un statisticien américain qui a donné son nom à la « roue de Deming » dans les années 1950 qui correspond à un graphique présentant les quatre phases de l'amélioration continue de la qualité.

¹¹⁸⁶ L'acronyme anglais « PDCA » détaille les quatre phases de l'amélioration continue de la qualité : Plan (Planifier), Do (faire), Check (contrôler, évaluer), Act (ajuster, améliorer).

¹¹⁸⁷ Le manuel de certification de l'HAS a fait l'objet des refontes successives suivantes : V1 1999 « accréditation », V2 2005 jusqu'à fin 2010. V3 2010-2014, V4 2014-2020.

et la prise en charge des patients (droits des patients, gestion des données du patient, parcours du patient, prise en charge spécifiques notamment aux urgences, évaluation des pratiques professionnelles).

286. Le manuel de certification a ainsi été conçu par la HAS comme un cahier des charges pour les établissements de santé et les experts-visiteurs. Au départ, il n'était pas à appliquer tel quel, mais constituait une base aux obligations des établissements de santé, puisqu'il n'était pas obligatoire dans tous ces éléments, mais seulement dans ses objectifs, comme l'a fait remarquer Emmanuel DEVREESE¹¹⁸⁸. A ce propos, les termes employés par l'ANAES dans le manuel d'accréditation en 1999 montraient une place laissée à l'initiative des établissements. A propos du guide d'autoévaluation, l'Agence notait qu'« *il a une portée indicative, sachant que chaque établissement de santé peut choisir l'organisation jugée adaptée à son contexte* ». Le manuel d'accréditation de 1999 précisait, pour chaque référence, que « *l'établissement peut avoir développé d'autres réponses pour atteindre l'objectif ; il lui appartient d'en faire état* »¹¹⁸⁹. Cependant, cette capacité d'initiative n'était pas synonyme de liberté totale. Si l'établissement remplissait ses obligations d'une manière différente de celle proposé par le manuel, il devait le justifier.

Par la suite, le contenu du manuel est devenu largement plus impératif avec l'apparition des indicateurs nationaux généralisés par le ministère (tableau de bord des infections nosocomiales) et la HAS (Indicateurs pour l'amélioration de la qualité et de la sécurité des Soins - IPAQSS), auxquelles sont venus s'ajouter les pratiques exigibles prioritaires (qui indiquent un « niveau d'exigence renforcée » selon les termes du manuel). Aussi, pourrait-on considérer que le manuel de certification est devenu un cahier des charges imposé et que conformément à la jurisprudence du Conseil d'État relative au « document-type » qui emporte adhésion¹¹⁹⁰, il constitue une décision susceptible de recours en annulation lorsque l'établissement estime un objectif du manuel illégal. Cette situation ne s'est à notre connaissance jamais présentée.

¹¹⁸⁸ DEVREESE E., « L'ARH, le juge et l'accréditation », *GH*, janvier 1999, p. 20.

¹¹⁸⁹ Manuel d'accréditation des établissements de santé, ANAES, Février 1999.

¹¹⁹⁰ CE, ass., 5 mai 1961, *Ville de Lyon*, Rec. 294 ; CJEG 1961, p. 175, concl. G. BRAIBANT, note P. TESTE et L. CHAUDOUARD.

b) La procédure de certification (V2014 version du 17 avril 2019)

287. Pour bien saisir comment la certification s'est inscrite en droit et entrevoir les liens avec l'inspection contrôle, il nous faut étudier en quoi consiste sa procédure. Celle-ci se compose de quatre étapes¹¹⁹¹.

La première étape est celle de l'engagement de procédure. En application de l'article L. 6113-4 CSP, la certification est engagée à l'initiative de l'établissement de santé, notamment dans le cadre du contrat qui le lie à l'ARS. En l'absence de CPOM mentionné à l'article L. 6114-1 CSP, l'ARS saisit le directeur de l'EPS concerné ou le représentant de l'ESP d'une demande tendant à ce que cette procédure soit engagée. Un lien avec l'inspection a été établi au travers de la « fiche interface » envoyée par l'établissement de santé à la HAS dans les 6 mois qui précèdent la visite de certification et qui doit indiquer les inspections ayant eu lieu et les points critiques majeurs soulevés par elles. La HAS peut ainsi décider de différer la visite de certification si un problème de sécurité des soins a été relevé ou est en attente de mise en conformité. Elle peut à ce titre rédiger un « constat de carence » et de « non certification » en cas d'absence d'envoi de la fiche interface. Au contraire, si, à la réception de cette fiche, la HAS constate l'absence de contrôles réglementaires dans un domaine de sécurité sanitaire jugé particulièrement critique, elle en informe l'autorité de tutelle et l'établissement et peut décider de reporter la date de la visite jusqu'à ce que le contrôle soit réalisé.

La deuxième étape de la procédure est celle de l'autoévaluation et du compte-qualité¹¹⁹². Cette démarche n'est pas propre aux établissements de santé car elle existe aussi pour les établissements et services sociaux et médico-sociaux (évaluation interne). Lorsque l'établissement n'envoie pas le compte qualité résultant de son autoévaluation prévue en application de l'article R. 6113-13 CSP dans les délais demandés par la HAS, celle-ci prononce alors un « constat de carence » qui peut être assorti d'une mise en demeure d'un mois à l'issue de laquelle la HAS prend une « décision de non certification » en cas d'absence de réponse de l'établissement¹¹⁹³.

La troisième étape est celle de la visite de certification¹¹⁹⁴. La visite est programmée et annoncée au plus tard trois semaines avant le démarrage de la visite qui est assurée par une équipe composée de deux à six « experts visiteurs » sur lesquels nous reviendrons. Leur mission se

¹¹⁹¹ Articles R. 6113-12 à R. 6113-16 CSP.

¹¹⁹² Art. R. 6113-13 autoévaluation avec indicateurs du manuel de certification.

¹¹⁹³ Art. 8-4 de la Décision n° 2019.0073.DC/SCES du 17 avril 2019 du collège de la Haute Autorité de santé portant modification de la procédure de certification des établissements de santé – V2014 (JO du 27 avril 2019)

¹¹⁹⁴ Art. 6113-14 CSP.

déroule sur place et sur pièces. « *L'établissement [...] communique aux experts chargés de ces visites tout document nécessaire à leur analyse. Les médecins peuvent consulter sur leur demande les dossiers ou documents médicaux dans les conditions prévues au dernier alinéa de l'article L. 1414-4 CSP (obligation de secret et discrétion professionnelle, accès aux informations médicales par les experts visiteurs médecins que si elles sont strictement nécessaires de la mission de certification)* ». Lors de cette étape, il a été conçu un lien direct avec les pouvoirs de police de l'autorité d'autorisation et de contrôle. En application de l'article R. 6113-14, al. 2 CSP, « *Les faits ou manquements mettant en jeu la sécurité des patients, constatés par les personnes chargées d'effectuer la visite de certification, sont portés à la connaissance des autorités compétentes* ». Cette information permet le cas échéant de diligenter une mission d'inspection au sein de l'établissement.

La certification est une évaluation externe qui suppose une procédure connue et partagée avec l'établissement. Ce dernier s'y prépare, la visite est programmée et les experts visiteurs peuvent rencontrer toute personne utile aux besoins de leurs missions. La HAS utilise depuis 2014 deux méthodes inspirées des expériences d'amélioration continue de la qualité des soins dans d'autres pays, principalement les États-Unis avec la « joint commission » en 2008. Il s'agit de l'audit de processus¹¹⁹⁵ et de la méthode du patient traceur¹¹⁹⁶ qui sont déployées sur tous les établissements de santé. Elles permettent d'avoir des résultats répondant au souci d'analyser le parcours du patient, ce qui garantit la qualité et l'homogénéité de cette procédure évaluative.

La quatrième et dernière étape concerne le rapport de certification et la décision de la HAS. Les experts visiteurs rendent un pré-rapport de certification qui « *rend compte de l'évaluation de la qualité et de la sécurité des soins et des prestations délivrées* », « *des écarts [...] au regard des critères définis dans le manuel de certification et de la réglementation en vigueur* »¹¹⁹⁷. A ce propos, le manuel rappelle, pour chaque thématique de prise en charge, l'obligation de conformité à la réglementation en général, mais aucune réglementation en particulier.

¹¹⁹⁵ Définition de l'audit de processus selon la HAS (Lexique des termes utilisés dans les rapports de certification 2019) : « *Méthode qui consiste à évaluer le management, l'organisation et la mise en œuvre effective d'un processus (une des thématiques V2014) afin de mesurer sa conformité aux exigences et sa capacité à atteindre les objectifs. Mené selon la logique du « PDCA », l'audit de processus analyse les contributions respectives des responsables du processus et des acteurs de terrain, la manière dont le management mobilise les équipes opérationnelles, mais également la capacité des équipes opérationnelles à rétroagir sur les pilotes des processus* »

¹¹⁹⁶ Définition de du patient-traceur selon la HAS (Lexique des termes utilisés dans les rapports de certification 2019) : « *Méthode d'évaluation rétrospective qui consiste, à partir d'un séjour d'un patient hospitalisé, à évaluer les processus de soins, les organisations et les systèmes qui concourent à sa prise en charge* ».

¹¹⁹⁷ Définition du référentiel applicable selon la HAS (Lexique des termes utilisés dans les rapports de certification 2019) : « *Exigences du manuel de certification, incluant la réglementation et les éléments issus du processus décisionnel de la HAS* ».

Comme en inspection, il existe une procédure contradictoire préalable d'un mois. L'ES peut formuler des observations sur des erreurs matérielles, des formulations inadéquates et sur la qualification sur le niveau des écarts relevés (de A à E)¹¹⁹⁸.

288. Soulignons ici deux éléments importants.

En premier lieu, lorsqu'il s'agit d'une décision de non certification (affichage E), cela signifie que le rapport de visite fait état de fréquentes et graves situations à risques pour lesquelles il n'existe pas de système de management de la qualité et de la sécurité des soins suffisamment structuré pour récupérer ou atténuer la survenue du risque. Il revient alors à l'autorité de tutelle qu'est l'ARS de faire le choix du maintien de l'activité de l'établissement ou non. La non certification par la HAS n'a donc pas de portée juridique en soi puisqu'elle n'empêche pas l'établissement de santé de fonctionner. Si l'autorité de tutelle fait le choix du maintien de l'activité, l'HAS doit décider avec elle dans quel délai l'établissement doit faire l'objet d'une nouvelle visite.

En second lieu, toutes les décisions sont prises, non pas par les experts visiteurs, mais par la HAS sur avis de la CREDO¹¹⁹⁹. Les décisions de certification font l'objet d'un affichage sur le « scope-santé » disponible sur le site internet de la HAS. Cette publicité est d'une efficacité redoutable, car elle vise directement la réputation de l'établissement, ce dernier étant parfois plus sensible à cela qu'un « simple » rapport d'inspection qui demeure « bilatéral » entre inspecteur et inspecté. C'est selon nous une des forces de la HAS.

Nous allons maintenant pouvoir étudier les différences avec la procédure d'évaluation des ESSMS qui est également imposée par le législateur, mais d'une manière différente.

2/ L'évaluation des ESSMS

289. L'évaluation des ESSMS est une démarche imposée comme la certification des établissements de santé. L'article L. 312-8 CASF issu de la loi du 2 janvier 2002, plusieurs fois modifié et dans l'attente de la mise en application d'une procédure d'évaluation rénovée par la

¹¹⁹⁸ A : décision de certification ; B : décision de certification avec recommandations d'amélioration ; C : décision de certification avec obligation(s) d'amélioration ; D : décision de surseoir à statuer sur la certification ; E : décision de non certification).

¹¹⁹⁹ Commission de revue des dossiers de certification (Credo), qui est une sous-commission de la Commission de certification des établissements de santé.

HAS au 1^{er} janvier 2021 telle que prévue par la LOTSS du 24 juillet 2019¹²⁰⁰, dispose que « *Les établissements et services mentionnés à l'article L. 312-1 CASF procèdent à des évaluations de leurs activités et de la qualité des prestations qu'ils délivrent, au regard notamment de procédures, de références et de recommandations de bonnes pratiques professionnelles validées ou, en cas de carence, élaborées, selon les catégories d'établissements ou de services, par la Haute autorité de santé mentionnée à l'article L. 161-37 du code de la sécurité sociale* ».

La procédure évaluative dans le champ social et médico-social a été adaptée au regard du nombre important d'établissements et services et au regard de la nature différenciée des prises en charge pour laisser plus de marge de manœuvre aux évaluateurs. Aussi, allons-nous rappeler quels sont les outils de l'évaluation sociale et médico-sociale (a) avant d'en analyser la procédure (b).

a) Les outils de l'évaluation des ESSMS

290. Comme dans le secteur sanitaire, les ESSMS sont soumis à une évaluation interne et une évaluation externe sous l'égide de la HAS depuis avril 2018.

L'évaluation « interne » est fixée en application de l'article L. 312-8 al. 1 CASF qui dispose que « *Les établissements et services rendent compte de la démarche d'évaluation interne engagée. Le rythme des évaluations et les modalités de restitution de la démarche d'évaluation sont fixés par décret* »¹²⁰¹. L'article D. 312-203 CASF dispose que « *Les évaluations internes prévues au premier alinéa de l'article L. 312-8 reposent sur une démarche continue retracée chaque année dans le rapport d'activité des établissements et services sociaux et médicaux sociaux. Les résultats de ces évaluations sont communiqués à l'autorité ayant délivré l'autorisation tous les cinq ans ou, pour les établissements et services ayant conclu un contrat pluriannuel, lors de la révision du contrat* ». En principe, un ESSMS doit donc transmettre trois rapports d'évaluation interne pendant la durée de son autorisation de quinze ans.

L'évaluation « externe », elle, n'était pas prévue dans le projet de loi gouvernemental en 2002 mais a été ajoutée par un amendement parlementaire. En application de l'article L. 312-8 al. 3 CASF, « *Les établissements et services font procéder à l'évaluation de leurs activités et de la*

¹²⁰⁰ Loi n° 2019-774 du 24 juillet 2019 relative à l'organisation et à la transformation du système de santé (art. 75).

¹²⁰¹ Avec une exception calendaire pour les ESSMS ouverts avant la promulgation de la Loi HPST et pour lesquels l'article L. 312-8 al. 2 renvoie à un décret en attente de publication, et une autre exception concernant les Centres d'accueil pour demandeurs d'asile qui doivent communiquer au moins une évaluation interne dans un délai fixé par décret (L. 312-8-1 CASF issu de la loi 2015-925 du 29 juillet 2015 relative à la réforme du droit d'asile).

qualité des prestations qu'ils délivrent par un organisme extérieur. Les organismes habilités à y procéder doivent respecter un cahier des charges fixé par décret¹²⁰². La liste des organismes est établie par la Haute autorité de santé. Les résultats de cette évaluation sont également communiqués à l'autorité ayant délivré l'autorisation ». Un ESSMS est tenu de faire procéder à deux évaluations externes entre la date d'autorisation et la date de renouvellement de celle-ci¹²⁰³.

291. Soulignons que le législateur a pensé à articuler les démarches qualité entre elles, car un lien a été prévu entre les évaluations et l'éventuel CPOM signé par un ESSMS. En application de l'article D. 312-205 al. 3 CASF, « *Lorsqu'un contrat pluriannuel a été conclu par les établissements et services concernés, le calendrier de ces évaluations peut être prévu par le contrat* ». Néanmoins, une dérogation a été prévue pour les ESSMS autorisés et ouverts avant la loi HPST¹²⁰⁴. Par ailleurs, pour faciliter le travail des établissements et des évaluateurs externes, les champs des évaluations internes et externes sont identiques¹²⁰⁵.

Le principal outil utilisé pour l'évaluation des ESSMS est le cahier des charges de l'évaluation¹²⁰⁶ codifié aux articles D. 312-197 à D. 312-206 du CASF et qui figure à l'annexe 3-10 du même Code¹²⁰⁷. Ce cahier des charges fixe les principes déontologiques, les objectifs, l'organisation et la mise en œuvre de l'évaluation effectuée par les organismes habilités¹²⁰⁸. Il est l'équivalent du manuel de certification des ES.

Une fois la loi 2002-2 promulguée, il aura fallu ainsi attendre plus de cinq années pour connaître les règles du jeu de l'évaluation sociale et médico-sociale. Les débats sur l'autonomie des établissements et des associations gestionnaires, ainsi que les spécificités des populations prises

¹²⁰² L'actuel cahier des charges a été fixé par le Décret n° 2007-975 du 15 mai 2007. Il est en attente de modification prévue en 2021.

¹²⁰³ Selon l'article L. 312-8 al 4 CASF, « *Les établissements et services mentionnés à l'article L. 312-1 sont tenus de procéder à deux évaluations externes entre la date de l'autorisation et le renouvellement de celle-ci (15 ans). Le calendrier des évaluations est fixé par décret* ».

En application de l'article D. 312-205 CASF, « *La première des deux évaluations externes prévues [...] est effectuée au plus tard sept ans après la date de l'autorisation et la seconde au plus tard deux ans avant la date de son renouvellement* ».

¹²⁰⁴ Art. L. 312-8 al 5 CASF.

¹²⁰⁵ Article 2.2 du chapitre 1^{er} du cahier des charges : « *Les champs des évaluations interne et externe doivent être les mêmes, afin d'assurer la complémentarité des analyses portées sur un même établissement ou service. Les évaluations successives, internes et externes, doivent permettre d'apprécier les évolutions et les effets des mesures prises pour l'amélioration continue du service rendu* ».

¹²⁰⁶ Art. L. 312-8 al 3 CASF.

¹²⁰⁷ Décret n° 2007-975 du 15 mai 2007 fixant le contenu du cahier des charges pour l'évaluation des activités et de la qualité des prestations des établissements et services sociaux et médico-sociaux.

¹²⁰⁸ Art. D. 312-198 CASF.

en charge expliquent ce délai. Par ailleurs, s'est posée la question du lien entre l'évaluation et les démarches de « certifications qualité ». Ces dernières existaient avant la création de l'ANESM en 2007 et la publication de RBP. Les associations gestionnaires d'établissements et leur fédérations professionnelles avaient en effet développé une labellisation de certaines de leurs activités par des certifications thématiques. Aussi, le législateur de 2002 a-t-il dû tenir compte de cette labellisation et trouver une équivalence entre ces certifications qualité et la procédure d'évaluation externe. L'article L. 312-8 CASF dispose en ce sens que « *en cas de certification par des organismes visés à l'article L. 433-4 du code de la consommation*¹²⁰⁹, un décret détermine les conditions dans lesquelles cette certification peut être prise en compte dans le cadre de l'évaluation externe ».

C'est pourquoi l'article D. 312-206 CASF dispose que l'organisme habilité « *prend en compte la certification obtenue par l'établissement ou le service* »¹²¹⁰ sous la double condition que l'organisme certificateur soit accrédité par le Comité français d'accréditation (COFRAC) ou un organisme ayant signé au niveau européen une reconnaissance mutuelle, et que cette certification soit en cours de validité. Toutefois, il n'existe aucune correspondance complète entre la procédure de certification et celle de l'évaluation externe, la DGCS ayant rappelé en 2013 que les objectifs de ces deux démarches sont différents¹²¹¹. C'est la raison pour laquelle la loi a prévu que la prise en compte de la certification dans le cadre de l'évaluation externe « *ne dispense pas l'établissement ou le service de l'obligation de faire procéder à l'évaluation externe prévue à l'article L. 312-8 CASF* »¹²¹². Mais force est de constater que l'évaluation externe se trouve considérablement allégée par des référentiels qualité des EHPAD, comme le référentiel Qualicert RE/UPA/04¹²¹³ ou la norme NF X 50-058¹²¹⁴. Ces procédures de

¹²⁰⁹ Il s'agit des organismes qui bénéficient d'une accréditation délivrée notamment par l'instance nationale d'accréditation (Cofrac) pour procéder aux certifications qualité.

¹²¹⁰ Décret n° 2012-147 du 30 janvier 2012 relatif aux conditions de prise en compte de la certification dans le cadre de l'évaluation externe des établissements et services sociaux et médico-sociaux.

¹²¹¹ Dans l'instruction DGCS/SD5C n° 2013-427 du 31 décembre 2013 relative aux évaluations des activités et de la qualité des prestations délivrées dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux précitée, il est rappelé que « la reconnaissance entre les deux dispositifs d'évaluation et de certification reste partielle, car la certification se borne à attester de la conformité d'un service à des caractéristiques définies par un référentiel de certification, alors que l'évaluation externe, à partir du constat équivalent au constat de la certification, interroge la mise en œuvre d'une action, sa pertinence, les effets prévus et imprévus, son efficience, en considération du contexte observé ».

¹²¹² Art. D. 312-206 CASF.

¹²¹³ Arrêté du 17 avril 2013 portant reconnaissance de correspondance partielle entre le référentiel de certification de services Qualicert RE/UPA/04 pour les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes de la société SGS International Certification Services et le cahier des charges pour la réalisation des évaluations externes prévu à l'annexe 3-10 au code de l'action sociale et des familles (JO du 25 avril 2013).

¹²¹⁴ Arrêté du 17 avril 2013 portant reconnaissance de correspondance partielle entre le référentiel de certification de services constitué de la norme NF X 50-058 et des règles de certification NF 386 pour les établissements d'hébergement pour personnes âgées de la société par actions simplifiée AFNOR certification et le cahier des

certification qualité aux normes « NF Services » ne se substituent donc ni aux normes réglementaires, ni à la démarche d'évaluation.

Ajoutons à propos de la certification « technique » d'un ESSMS que celle-ci est délivrée par un organisme tiers accrédité après une période d'accompagnement de l'établissement par un cabinet spécialisé. Là encore, le processus utilisé est celui de l'audit, comme dans la procédure de certification des LBM ou la procédure d'accréditation des professionnels de santé à risque. L'auditeur en charge de la certification technique de l'établissement ou du service vérifie la maîtrise des risques dans l'activité quotidienne de la structure. S'il observe des écarts entre les références du manuel qualité et la réalité, il demande la mise en place d'actions correctives inscrites dans un « plan d'action ». Pour faciliter ces équivalences, un tableau de correspondance entre le référentiel de certification et l'annexe 3-10 CASF a été mis à disposition des organismes chargées des évaluations externes.

Ainsi, la HAS se veut la garante de ces équivalences et les organismes certificateurs doivent lui produire toutes les preuves de certification¹²¹⁵. Comme l'écrit Juliette GOUDARD-MONCEL, « *en définitive, si la philosophie n'est pas exactement la même entre les différentes modalités d'appréciation de la qualité et selon le champ d'intervention dans lequel on se place (agrément, autorisation, qualité, évaluation, certification), l'objectif tend à rester le même : être en mesure de délivrer des prestations de qualité satisfaisant aux attentes des bénéficiaires, consommateurs ou clients* »¹²¹⁶.

b) Une procédure encore floue sur l'évaluation externe

292. Le rapport d'évaluation externe doit contenir deux volets. Le premier est relatif aux droits des usagers, aux conditions de participation et à l'implication des usagers, au respect des choix de vie, des relations affectives, de l'intimité, de la confidentialité « *et si il y a lieu, sur les dispositions prévues pour assurer la sécurité des personnes* »¹²¹⁷. Le second volet porte sur le fonctionnement de l'établissement, les logiques d'action et les axes de travail. Didier CHARLANNE, ancien directeur de l'ANESM, ajoutait que l'évaluation externe doit produire « *les résultats des prestations délivrées au regard des besoins et des attentes des personnes* »¹²¹⁸.

charges pour la réalisation des évaluations externes prévu à l'annexe 3-10 au code de l'action sociale et des familles (JO du 25 avril 2013).

¹²¹⁵ Art. D. 312-206 II CASF.

¹²¹⁶ GOUDARD-MONCEL J., « Le contrôle de la qualité », *JA* 2007, n° 352, p. 18

¹²¹⁷ Art. 2.6.1 du Cahier des charges de l'évaluation.

¹²¹⁸ CHARLANNE D., « L'évaluation externe, un levier de progrès », *Juris associations* 2011, n° 446, p. 22.

Pour autant, il subsiste un flou sur les critères applicables par l'autorité administrative destinataire du rapport d'évaluation externe pour décider de l'accord ou du refus de renouvellement.

D'abord, la loi 2002-2 n'a pas prévu de référentiel commun d'évaluation pour les ESSMS, qui constituerait un socle commun (V. projet 2021 HAS). L'autorité compétente pour délivrer l'autorisation reçoit donc du gestionnaire d'établissement le rapport d'évaluation sans avoir eu son mot à dire sur le référentiel d'évaluation et le contenu précis de l'évaluation. L'ESSMS reste le commanditaire principal de l'évaluation, ce qui peut induire un biais entre les ESSMS de même nature qui choisissent des évaluateurs et des méthodes d'évaluation différentes. Comme l'écrivait Christophe PASCAL en 2011, « *l'évaluateur se trouve de ce fait placé dans la situation paradoxale de devoir produire un jugement sur un établissement à destination d'un tiers, la tutelle, sans que ce tiers n'ait exprimé les critères qu'il entend utiliser pour juger de la pertinence de l'autorisation* »¹²¹⁹.

Ensuite, les cas de renouvellement exprès proposés à l'autorité administrative sont réduits au nombre de trois dans la circulaire DGCS du 21 octobre 2011¹²²⁰. Aussi, comme le faisait remarquer le rapport IGAS de 2017 relatif l'évaluation des ESSMS, en citant Pierre SAVIGNAT, président de la Société française d'évaluation (SFE), « *l'administration a quasiment une compétence liée [...] sa décision relève d'un choix strictement binaire (renouveler ou non) sans espace de négociation pour éventuellement orienter les termes de l'autorisation sauf à rejeter le renouvellement tacite* »¹²²¹. L'injonction par l'autorité administrative de présenter une demande de renouvellement a ainsi été imaginée comme une exception par le législateur, afin notamment de permettre de bloquer un opérateur peu diligent ou de renégocier des crédits de fonctionnement, comme le suggérait dès 2003 Michel LAFORCADE, alors secrétaire général de la DRASS d'Aquitaine¹²²².

Enfin, le flou réside dans le fait qu'aucun lien apparent n'a été prévu dans la procédure d'évaluation externe entre un rapport d'évaluation externe jugé défavorable par l'autorité

¹²¹⁹ PASCAL C., « L'évaluation externe : des conséquences encore difficiles à apprécier », *Juris associations* 2011, n° 446, p. 27.

¹²²⁰ Une nouvelle évaluation externe dans les 6 mois, un changement d'évaluateur externe et une nouvelle évaluation externe dans les 6 mois, une injonction à présenter une demande de renouvellement pour empêcher la tacite reconduction 1 an avant la date de renouvellement.

¹²²¹ Rapport IGAS, HESSE C., LECONTE Th., 2016-113R *Le dispositif d'évaluation interne et externe des établissements et services sociaux et médico-sociaux*, IGAS 2017, p. 63.

¹²²² LAFORCADE M., « L'évaluation et la démarche qualité face au défi de la complexité », *Les cahiers de l'actif*, n° 330/331, novembre-décembre 2003, p. 71 : « *Il n'est pas à exclure que l'évaluation et les aspects financiers se recoupent en partie, soit pour faire apparaître une insuffisance de moyens comme obstacle à la qualité, soit au contraire pour faire apparaître que les prestations sont de piètre qualité eu égard aux moyens utilisés* ».

administrative et les dispositions des articles L. 313-14 et L. 313-16 CASF qui lui permettent d'utiliser les procédures d'injonction, d'administration provisoire, de suspension ou de cessation d'activité pouvant être déclenchées à la suite d'une inspection, notamment quand la sécurité des personnes est mise en cause dans le rapport d'évaluation. La volonté législative était bien d'écarter tout caractère coercitif dans le mécanisme souhaité d'amélioration de la qualité.

Les différences que l'on trouve entre les procédures de certification et d'évaluation se traduisent aussi par une hétérogénéité liée aux statuts des agents chargés d'assurer la mise en œuvre de ces démarches qualité.

B/ Une hétérogénéité liée aux statuts des agents chargés d'assurer la mise en œuvre des démarches qualité.

Les démarches qualité se sont construites sur l'expertise professionnelle d'un secteur. Pourtant, les choix réalisés par le législateur ont été différents selon que l'on se trouve dans le secteur sanitaire ou social. Il est utile de comparer ces profils et les pouvoirs des évaluateurs entre eux et avec les inspecteurs des agences et des services déconcentrés, car il résulte de ces observations une hétérogénéité des statuts dont il faut mesurer la portée.

Nous aborderons d'abord la question des agents en charge de la certification des ES (1), puis celle des agents chargés des évaluations externes des ESSMS (2).

1/ Les agents en charge de la certification des établissements de santé

293. Pour mener à bien sa mission de certification des ES, la HAS a recours à des experts visiteurs. Ce sont des experts médecins, pharmaciens ou parfois directeurs d'hôpitaux volontaires qui postulent pour être recrutés par la HAS et participer à la certification des établissements de santé¹²²³. Les « *Conditions de candidature et d'exercice pour la mission d'expert-visiteur* » figurent sur le site internet de la HAS. Ils ont le statut de « collaborateurs occasionnels » en application de l'article L. 1414-4 CSP et des articles du CSS¹²²⁴, et ne peuvent

¹²²³ Les modalités de dépôt de candidature figurent sur le site HAS. La transparence vis-à-vis de l'établissement d'appartenance est assurée par l'envoi d'un CV avec l'accord signé de la direction de l'établissement de rattachement (et de la CME pour les médecins et pharmaciens salariés), ainsi que l'envoi d'une lettre de motivation.

¹²²⁴ Art. R. 161-81 à R. 161-86 CSS.

à ce titre consacrer à cette fonction un temps supérieur à la moitié de leur activité professionnelle annuelle exercée à d'autres titres.

Pour ne pas en faire des professionnels qui vivraient de cette pratique, les contrats de missions avec la HAS sont limités à une durée de trois ans. Pour les experts-visiteurs ayant une activité salariée supérieure à 50% de leur temps professionnel, une convention de coopération est signée avec leur établissement d'exercice¹²²⁵. En moyenne, un expert visiteur médecin s'engage à la réalisation de trois à quatre missions par an. La durée d'une visite varie entre un et dix jours selon le type de visite (soient entre 3 ou 4 jours par an à 30 à 40 jours par an). Remarquons ici qu'un expert visiteur passe plus de temps en mission de certification qu'un inspecteur d'ARS en mission d'inspection, si l'on fait une comparaison avec « la moyenne » du temps passé en inspection pour l'ensemble des agents inspecteurs d'une ARS¹²²⁶.

Les textes ont aussi prévu que l'indépendance et l'impartialité de ces collaborateurs de service public soient assurés. Les qualités requises sont celles prévues par la norme d'audit *iso 19011*, à savoir l'impartialité, la rigueur et l'esprit de synthèse. Il faut souligner ici que cette indépendance est garantie de deux manières. D'abord, les experts visiteurs sont protégés dans leur mission d'évaluation par le fait que la HAS n'exerce aucune tutelle sur l'établissement demandeur de certification, contrairement aux agents des ARS¹²²⁷. Ensuite, les règles d'incompatibilité sont clairement définies dans la procédure de la HAS. Ils ont interdiction d'effectuer des visites dans la région dans laquelle ils exercent une activité professionnelle, et interdiction de participer à une visite dans des établissements ou organismes dans lesquels ils travaillent ou ont travaillé dans les cinq dernières années, ou avec lesquels ils ont ou ont eu des intérêts directs ou indirects au cours des cinq dernières précédentes. Comme les agents des agences sanitaires, ils doivent à ce titre remplir une déclaration publique d'intérêt sur le site du ministère « DPI-Santé »¹²²⁸. Un établissement de santé peut même récuser un expert auprès de la HAS en cas de risque de conflit d'intérêt¹²²⁹.

¹²²⁵ Guide méthodologique à destination des établissements de santé, Certification HAS V2014, p. 74.

¹²²⁶ En moyenne, selon les déclarations des inspecteurs et des ARS, la part du temps consacré à l'inspection par un inspecteur en ARS est de 10% de son temps professionnel, soit environ 24 jours par an (cette donnée comporte le temps de préparation, de visite sur site, de rédaction de rapport et de gestion des suites).

¹²²⁷ « La recherche de l'impartialité de l'expertise » in Tabuteau « Sécurité sanitaire et droit de la santé », RDSS 2007 p. 823.

¹²²⁸ Par application de l'article R. 161-85 CSS ; V. CE, 17 févr. 2012, *Centre laser international de la peau de Paris*, n° 349431. L'absence de déclaration d'intérêt d'un expert visiteur ne révèle pas par elle-même une méconnaissance du principe d'impartialité. Il revient à la HAS d'apporter de verser au dossier les éléments permettant au juge d'apprécier la nature des liens unissant les personnes.

¹²²⁹ Art. 9-1 procédure HAS de 2019.

La démarche de certification se veut indépendante et donc sans lien avec la tutelle de l'établissement. Une règle d'exclusion a été fixée de manière à ce que les professionnels exerçant dans les organismes de tutelle (ARS, ministère, caisse d'Assurance-maladie...) et qui exerceraient des fonctions qui entrent dans le champ de la certification des établissements de santé ne puissent pas être désignés experts-visiteurs. Enfin, ces derniers sont soumis aux règles du secret professionnel pendant et après l'exercice de leurs fonctions. Ils sont rémunérés dans le cadre de leur mission de certification par une indemnité journalière forfaitaire : 277,4 euros par jour de visite (plus 304 euros par jour d'indemnité compensatoire pour perte de revenu pour les expert visiteurs libéraux)¹²³⁰.

294. L'indépendance des experts visiteurs passe aussi par la reconnaissance de leurs compétences. Une fois recrutés, ils reçoivent une formation initiale et continue à distance et en présentiel par la HAS, et ils bénéficient d'un accompagnement tutoral¹²³¹. Pendant une mission de certification, la composition de l'équipe est toujours adaptée aux services et aux équipes rencontrées sur le principe de l'expertise par les pairs, qui sont des professionnels issus des professions médicales, paramédicales et administratives des établissements de santé publics et privés (une expérience de trois années en établissement de santé est requise pour la fonction d'expert). La HAS a pour ainsi dire « spécialisé » ses experts sur deux profils. Le premier est celui de l'expert-visiteur en charge de la visite de certification (médecins soignants, qualitatifs, pharmaciens...). Le second est un profil de médecin spécifiquement formé à l'investigation « patient traceur » et capable d'analyser collectivement et a posteriori le parcours d'un patient dont la prise en charge est « préférentiellement » complexe afin de comparer cette prise en charge au regard des référentiels en vigueur¹²³². A l'issue de la visite, chaque expert-visiteur participe à la rédaction du rapport de visite qui doit parvenir au plus tard 15 jours après la fin de la mission. Il participe aussi à l'évaluation de fin de mission.

Il en résulte un dispositif centré sur la notion d'expertise et encadré par la HAS qui choisit ses professionnels pour des missions ponctuelles, alors que l'évaluation a recours, nous allons le voir, à des experts choisis par l'évalué et qui vont parfois faire de cette fonction un métier et non une mission.

¹²³⁰ Les établissements employeurs d'experts visiteurs qui maintiennent une rémunération pour les experts visiteurs reçoivent un dédommagement de 138 euros par jour de visite réalisé.

¹²³¹ L'expert coordonnateur d'une mission reçoit une formation spécifique par la HAS.

¹²³² Fiche de mission Expert-visiteur médecin patients-traceurs, HAS 2019.

2/ Les agents en charge de l'évaluation externe des ESSMS

295. L'évaluation externe issue de la loi 2002-2 procède d'un autre choix que la certification. Pour réaliser leur évaluation externe, les ESSMS doivent choisir des organismes déjà habilités par la HAS et possédant des qualifications et compétences déterminées par l'annexe 3-10 du CASF¹²³³.

L'habilitation délivrée par la HAS est une décision administrative qui permet à un organisme privé (cabinet de consultant, société unipersonnelle) de procéder à des évaluations externes des activités et de la qualité des prestations des établissements et services visés à l'article L. 312-1 CASF. En effet, compte tenu du nombre d'ESSMS en France, l'ANESM (ex HAS) n'avait pas les moyens de recruter directement des experts visiteurs comme la HAS sur la certification. Elle a donc fait le choix de mettre à disposition des ESSMS une liste d'évaluateurs répondant à des engagements fixés par la loi 2002-2 et qui interviennent sur un marché ouvert à la concurrence¹²³⁴. Cette liste des organismes habilités est publiée au Bulletin officiel du ministre en charge de l'action sociale et sur le site internet de la HAS¹²³⁵. Selon la HAS, « *Elle ne concerne aucune autre activité que l'évaluation des ESSMS, elle est incessible, intransmissible et à durée indéterminée, elle est valable sur l'ensemble du territoire national* »¹²³⁶.

Les organismes habilités doivent respecter un cahier des charges pour l'évaluation¹²³⁷, dont le contenu a été fixé par décret du 15 mai 2007¹²³⁸ et modifié en 2018, après intégration de l'ANESM au sein de la HAS¹²³⁹. Toutefois, il s'est avéré que la ANESM/HAS avait peu de prise sur le travail effectué par les évaluateurs externes. Le contrôle a priori est plutôt faible (déclaration sur l'honneur relative à l'utilisation exclusive des références HAS¹²⁴⁰, déclaration d'absence d'intérêt financier direct ou indirect avec l'organisme gestionnaire de

¹²³³ Art. D. 312-199 CASF.

¹²³⁴ Dir. N° 2006/123/Ce du parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.

¹²³⁵ Art. D. 312-201 CASF.

¹²³⁶ https://www.has-sante.fr/jcms/c_2837217/fr/habilitation-des-organismes-pour-l-evaluation-externe-des-essms.

¹²³⁷ Y compris pour les organismes ou les personnes légalement établis dans un autre Etat membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen sous réserve d'une déclaration obligatoire préalable à l'HAS (L. 312-8 al. 8 CASF).

¹²³⁸ Décret n° 2007-975 du 15 mai 2007 fixant le contenu du cahier des charges pour l'évaluation des activités et de la qualité des prestations des établissements et services sociaux et médico-sociaux.

¹²³⁹ Décret n° 2018-467 du 11 juin 2018 relatif à l'intégration de l'Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux (ANESM) au sein de la Haute Autorité de santé (HAS).

¹²⁴⁰ L'article L. 312-8 al. 6 dispose que « *un organisme ne peut procéder à des évaluations que pour les catégories d'établissements et de services pour lesquels les procédures, références et recommandations de bonnes pratiques professionnelles ont été validées ou élaborées par la HAS* ».

l'établissement¹²⁴¹, et respect de l'obligation de réserve et du secret professionnel¹²⁴²). Le contrôle a posteriori est aussi limité, puisque l'organisme ne transmet pas son rapport d'évaluation externe à la HAS mais seulement à l'établissement évalué¹²⁴³. La HAS n'est destinataire que du rapport d'activité que l'organisme doit lui envoyer tous les sept ans pour vérifier que le cahier des charges et les critères d'habilitation sont respectés¹²⁴⁴. Finalement, seule l'information que l'établissement transmet à son autorité de tutelle sur des différends ou manquements survenus « *en matière de méthodologie d'évaluation et de production de résultats* »¹²⁴⁵ peut permettre à la HAS de suspendre ou retirer l'habilitation de l'évaluateur pour non-respect du cahier des charges¹²⁴⁶.

296. L'IGAS a exposé dans son rapport de 2017 les limites du dispositif d'évaluation interne et externe des ESSMS¹²⁴⁷. Le nombre d'organismes habilités est tellement élevé que le contrôle de leur activité est difficile¹²⁴⁸. Plusieurs biais ont été soulignés dans ce rapport. Le biais méthodologique principal tient au fait que l'organisme habilité est choisi par contrat et rémunéré par l'ESSMS¹²⁴⁹. Cette « relation client » instaure un lien de dépendance par la rémunération, surtout pour les petits cabinets d'évaluation qui ont besoin de travailler et « comptent sur le bouche à oreille pour se faire une clientèle »¹²⁵⁰. La procédure de mise en concurrence à l'initiative des ESSMS est difficile à mettre en œuvre pour des petits établissements isolés et qui ne font pas partie d'une fédération qui les conseille. Il s'agit d'une différence essentielle avec la certification pour laquelle la HAS choisit et rémunère elle-même ses experts visiteurs.

¹²⁴¹ Le cahier des charges de l'évaluateur prévoit que ce dernier « *fait une déclaration sur l'honneur annexée au contrat par laquelle il atteste remplir les conditions telles qu'énoncées dans le « cahier des charges »* » et celles figurant dans le dossier d'habilitation de l'organisme.

¹²⁴² Art. 2.3 du chapitre 3 du cahier des charges de l'évaluateur externe.

¹²⁴³ Art. D. 312-200 CASF.

¹²⁴⁴ Art. D. 312-202 al.1 CASF.

¹²⁴⁵ Art. D. 312-202 al. 2 CASF.

¹²⁴⁶ Art. D. 312-202 al. 3 CASF.

¹²⁴⁷ Rapport IGAS, HESSE C., LECONTE Th., 2016-113R, *Le dispositif d'évaluation interne et externe des établissements et services sociaux et médico-sociaux*, 2017, *op. cit.*

¹²⁴⁸ Sur 1314 organismes habilités au 31.12.15, seuls 640 étaient considérés comme « actifs » par l'Igas.

¹²⁴⁹ Le choix de l'évaluateur se fait dans le cadre du respect des règles de mise en concurrence et conformément aux règles du Code des marchés publics. Un contrat doit être signé entre eux deux (guide ANESM d'aide à la contractualisation publié sur site HAS).

¹²⁵⁰ Rapport IGAS, HESSE C., LECONTE Th., 2016-113R, *Le dispositif d'évaluation interne et externe des établissements et services sociaux et médico-sociaux op. cit.* p. 37.

Dans le même rapport, l'IGAS a calculé que la durée d'une évaluation externe s'étalait de 3,8 à 7,3 jour / homme (généralement 2 évaluateurs en binôme) selon la taille de l'ESSMS, mais certains organismes facturent plus de temps passé que la réalité. Sachant que les tarifs de l'évaluation sont libres et fixées dans le contrat entre évalué et évaluateur¹²⁵¹, le coût d'une évaluation externe a été estimé entre 3 563 euros et 7 727 euros selon la taille de la structure. Ironie du dispositif, le législateur a permis de faire porter la charge du coût de l'évaluation externe à l'autorité de tarification, puisqu'en application de l'article L. 312-8-2 CASF, les structures pour personnes handicapées et pour personnes âgées (EHPAD, petites unités de vie, résidences autonomie...) présentent la spécificité de pouvoirs répartir les amortissements des évaluations entre les différents financeurs selon les modalités fixées par décret.

Le coût global des évaluations externes au niveau national a été estimé, pour la période de début 2010 à fin 2015, à 142,3 millions d'euros¹²⁵². Le marché de l'évaluation est donc en plein essor et le législateur a décidé de mieux le réguler. L'article L. 312-8 CASF a été largement réécrit par la LOTSS n° 2019-774 du 24 juillet 2019 (art. 75-1) qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2021. La procédure d'évaluation renouvelée, prévoit un nouveau cahier des charges des organismes élaborés par la HAS, des résultats d'évaluation transmis, non seulement aux autorités ayant délivré l'autorisation, mais aussi à la HAS, et un calendrier des évaluations qui doit être fixé dans un décret à venir.

297. Un dernier élément apparaît essentiel si l'évaluation doit trouver ses marques par rapport à la certification afin de mieux répondre aux besoins nombreux et différents de la galaxie sociale et médico-sociale. Il s'agit de la montée en compétence des évaluateurs et de leurs qualifications. Bien souvent, les établissements et les autorités administratives ont dénoncé un certain amateurisme des évaluateurs, une méconnaissance du terrain, des effets d'aubaine.

Nous remarquons en effet que le cahier des charges de l'évaluation apparaît peu précis à propos de l'évaluateur, lorsqu'il exige cinq points indifférenciés et non critérisés¹²⁵³ comme *« l'expérience dans le champ social et médico-social, la formation aux méthodes évaluatives, des connaissances actualité de l'action sociale, une capacité d'adaptation et le respect du contradictoire »*. L'IGAS dans son rapport de 2017 recommandait à l'ANESM de se rapprocher de l'AFNOR pour élaborer une norme ou un référentiel de compétences des évaluateurs

¹²⁵¹ Art 2.1 chap III du cahier des charges de l'évaluateur.

¹²⁵² Bilan de l'ANESM au 31 déc. 2015.

¹²⁵³ art. 2.4 du chap III du Cahier des charges de l'évaluateur.

externes afin qu'ils soient certifiés sur la base de cette norme, avec une formation obligatoire, y compris sur les établissements « sociaux » dont les problématiques particulières ne sont pas assez connues des évaluateurs¹²⁵⁴. Pour renforcer le contrôle de la HAS sur les organismes habilités, Véronique GHADI, directrice de la qualité de l'accompagnement social et médicosocial à la HAS, retenait une formation en e-learning, la mise en place d'un contrôle renforcé de la HAS par transmission systématique des rapports d'évaluation externe, le contrôle aléatoire de certains d'entre eux et enfin, la publication des résultats sur site HAS¹²⁵⁵. C'est toute la réflexion actuelle que mène la HAS sur le versant social et médico-social et ce n'est sans doute qu'à ce prix que l'évaluation ne sera pas transformée en certification.

Les démarches qualités se sont donc imposées de manière hétérogènes dans le paysage des établissements et services sanitaires et sociaux, tant au niveau de leur procédure que des agents en charge de les mener. Cela ne les empêche pas de produire des effets de droit qui peuvent être considérés comme contraignants pour les établissements et services qui doivent s'y conformer et les autorités administratives dont ils relèvent.

§2 La porte juridique des actes issus des démarches qualités

Les démarches qualités ont été imposées juridiquement aux établissements et services mais elles viennent aussi modifier l'ordonnancement juridique en produisant elles-mêmes de la règle de droit. Nous proposons de distinguer la juridicité qui concerne les démarches de contractualisation et les démarches évaluations (A), de celle qui a été reconnue aux recommandations de bonnes pratiques dans le champ étudié (B).

A/ La reconnaissance de la juridicité des démarches de contractualisation et des démarches évaluatives.

298. Les actes qui résultent des démarches qualité ont acquis une portée juridique importante dont il va falloir tirer les conséquences en matière d'inspection contrôle.

¹²⁵⁴ Rapport IGAS, HESSE C., LECONTE Th., 2016-113R, *Le dispositif d'évaluation interne et externe des établissements et services sociaux et médico-sociaux*, op. cit. p. 70.

¹²⁵⁵ Revue *Direction(s)*, n° 173 mars 2019 p. 18-20.

C'est le cas de la démarche de contractualisation avec les CPOM dont la juridicité est clairement assumée.

Dans le champ sanitaire, le juge administratif a considéré que le CPOM devait être considéré comme un contrat administratif¹²⁵⁶, pouvant faire l'objet d'une résiliation par l'ARS « *en cas de manquement grave de l'établissement de santé ou du titulaire de l'autorisation à ses obligations contractuelles* »¹²⁵⁷. Le législateur a en outre prévu que l'inexécution totale ou partielle des CPOM, ou la non atteinte des objectifs fixés, donnent lieu à des pénalités financières proportionnées à la gravité du manquement constaté¹²⁵⁸.

Dans le champ médico-social, nous avons rappelé que les CPOM d'une durée de 5 ans ont été généralisés avec la loi du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement sur le secteur des personnes âgées¹²⁵⁹ et avec la LFSS du 21 décembre 2015 pour l'année 2016¹²⁶⁰, notamment sur les structures pour personnes en situation de handicap. En ce qui concerne les EHPAD, une sanction financière est même prévue en cas de refus de la personne gestionnaire de signer le contrat pluriannuel ou de le renouveler¹²⁶¹. Enfin, en cas de procédure de redressement financier en application de l'article L. 313-14-1 CASF, un avenant au CPOM peut aussi être ajouté, ce qui renforce son caractère exécutoire.

Parallèlement à la contractualisation, les démarches évaluatives du champ sanitaire (certification) et du champ social et médicosocial (évaluations internes et externes) ont été « saisies par le droit » en acquérant une juridicité, notamment dans le cadre du processus de renouvellement des autorisations de police administrative (1). Cependant, des différences subsistent, notamment entre certification et évaluation sociale et médicosociale, mais elles tendent à s'estomper (2).

¹²⁵⁶ TA Lille 24 janv. 2006, *Clinique Saint-Roch*, n° 0503649 ; CE, 18 juill. 2008, *FHP*, n° 300304, Rec. 290; *AJDA* 2008 p. 1461 ; *ibid* 1812, chron E. GEFFRAY et S.-J. LIEBER ; *RDSS* 2008, p. 966, obs. D. CRISTOL.

¹²⁵⁷ Art. L. 6114-1 CSP.

¹²⁵⁸ Art. L. 6114-1 dernier alinéa CSP.

¹²⁵⁹ Loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement.

¹²⁶⁰ Loi n° 2015-1702 du 21 décembre 2015 de financement de la sécurité sociale pour 2016 (article 75 I 1° de la loi codifié à l'article L. 313-12-2 CASF).

¹²⁶¹ Art. L. 313-12 IV ter CASF « *Lorsque la personne gestionnaire refuse de signer le contrat pluriannuel ou de le renouveler, le forfait mentionné au 1o du I de l'article L. 314-2 est minoré à hauteur d'un montant dont le niveau maximum peut être porté à 10 % du forfait par an, dans des conditions fixées par décret* ».

1/ Le rapprochement des démarches évaluatives autour de la question de leur juridicité

299. Du côté des ESSMS, la juridicité est bien ancrée dans le processus d'autorisation depuis la loi 2002-2. En application de l'article L. 313-1 CASF, *l'autorisation est accordée pour quinze ans. Le renouvellement, total ou partiel, est exclusivement subordonné aux résultats de l'évaluation externe mentionnée au troisième alinéa de l'article L. 312-8* ». La loi 2002-2 avait en effet pour objectif de réduire la durée d'autorisation à 15 ans et d'anticiper le nombre élevé d'ESSMS qui allaient être soumis à renouvellement (l'ANESM estimait lors de sa journée d'information du 2 décembre 2010 à 24 512 le nombre de renouvellements d'autorisations d'établissements et services sociaux et médico-sociaux à mettre en œuvre d'ici à janvier 2017).

L'évaluation externe revêt donc une importance capitale, et peut être excessive, selon Laurent COQUEBERT, « *dans la mesure où d'autres critères de décision seraient tout aussi pertinents puisqu'elle est le seul critère légal justifiant le renouvellement ou le non renouvellement de l'autorisation initiale* »¹²⁶². En effet, cette disposition juridique qui fait de l'évaluation externe un outil juridique du renouvellement de l'autorisation a mis mal à l'aise les représentants des établissements, et la Société française d'évaluation très impliquée dans l'élaboration de la loi 2002-2 et sa mise en œuvre, ainsi que l'ANESM elle-même, qui n'ont eu de cesse de mettre en avant la responsabilisation des acteurs dans la démarche d'amélioration continue de la qualité. Mais cette incantation à la responsabilisation n'a pas fait oublier le risque de percevoir l'éventuel non renouvellement d'une autorisation issu du processus comme la menace d'une sanction pouvant venir parasiter le déroulement des évaluations¹²⁶³, à tel point que l'ANESM a dû accentuer son propos sur l'effectivité du contrôle qu'elle réalisait sur les organismes habilités¹²⁶⁴.

Rappelons que seuls les renouvellements d'autorisation sont concernés par les évaluations externes, car une visite de conformité est toujours exigée de la part de l'autorité administrative pour les projets de création, de transformation et d'extension de l'autorisation en application de l'article L. 313-6 CASF.

¹²⁶² COCQUEBERT L., « Démarche qualité pour les établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux », *op. cit.*, p. 19.

¹²⁶³ LIGNEAU Ph., « L'évaluation dans la loi du 2 janvier 2002 », *RDSS* 2004, p. 825.

¹²⁶⁴ CHARLANNE D., « L'évaluation externe, un levier de progrès », *op. cit.*, p. 22.

300. Du côté des ES, ni l'ordonnance de 1996 pour l'accréditation, ni la loi du 13 août 2004 pour la certification, n'entendaient donner à ces procédures une quelconque portée juridique sur l'autorisation de fonctionner ou d'exercer une activité ou d'exploiter un équipement¹²⁶⁵. La procédure de certification des ES n'était pas au départ conçue pour créer des effets de droit en modifiant l'ordonnancement juridique, mais pour responsabiliser les établissements, accompagnés de manière continue par un tiers indépendant de l'établissement et de l'autorité de tutelle. Mais la rencontre du management et du droit de la santé a légitimement interpellé la doctrine qui s'est penchée sur les effets juridiques potentiels de ces « procédures administratives complexes » que sont les démarches qualité¹²⁶⁶. Ainsi, s'est posée immédiatement aux praticiens et à la doctrine la question de l'articulation entre le rapport d'accréditation/certification transmis aux autorités de tutelle et ses éventuelles conséquences en matière d'autorisation sanitaire¹²⁶⁷, de contractualisation et même d'inspection¹²⁶⁸.

Il faut reconnaître que la HAS a toujours eu des velléités de juridicité en ce qui concerne ses propres décisions qui portaient en elles le germe de l'ambiguïté juridique. En effet, alors que seul le législateur peut conférer un pouvoir réglementaire à une autorité indépendante, la disposition qui confère à la HAS un pouvoir réglementaire, notamment en matière d'accréditation et de certification, résulte elle-même d'une disposition réglementaire¹²⁶⁹. En outre, la HAS a très tôt qualifié de « décisions » les certifications qu'elle délivre au titre de l'article R. 161-74 CSS, dépassant ainsi le rôle d'expertise et d'accompagnement qui lui était originellement dévolu.

301. Aussi, dans sa décision du 17 décembre 2008 portant adoption de la procédure de certification des ES¹²⁷⁰, la HAS avait conçu l'acte de certification comme pouvant entrer dans la catégorie des actes susceptibles de recours pour excès de pouvoir en indiquant que « *tout litige relatif à la décision de certification qui ne pourrait être réglé à l'amiable pourra être porté devant la juridiction administrative compétente* ». Cette possibilité de recours contentieux

¹²⁶⁵ CLUZEL-METAYER L., « L'irruption de la qualité dans le domaine sanitaire », *op. cit.*, p. 1002.

¹²⁶⁶ MOREAU J., « L'accréditation dans le domaine de la santé publique. Acte juridique ou acte prospectif ? », *GH* mars 1998, p. 181; CORMIER M., « L'accréditation a-t-elle des conséquences juridiques ? », *Concours médical* 2000, n° 122, p. 2282 ; CORMIER M., « Les effets juridiques indirects de l'accréditation », *Concours médical* 2000, n° 122, p. 2365, CORMIER M., « Accréditation, quelles responsabilités ? », *Concours médical* 2000, n° 122, p. 2442.

¹²⁶⁷ DE FORGES J.-M., « Accréditation et régime d'autorisation », *Hosp. Privée*, nov.-déc. 1999, n° 349, p. 24.

¹²⁶⁸ CHEROUTRE-BONNEAU S., « Quelques réflexions sur l'accréditation, le point de vue d'un DARH », *GH*, janv. 1999, p. 16.

¹²⁶⁹ Art. R. 161-76 CSS.

¹²⁷⁰ Décision n° 2008.12.091/MJ du 17 déc. 2008 du Collège de la Haute Autorité de santé adoptant la procédure de certification des établissements de santé

n'a pas été reprise dans les procédures ultérieures de certification de 2012¹²⁷¹, 2013¹²⁷², 2015¹²⁷³ et 2019¹²⁷⁴. En revanche, depuis la procédure de certification du 27 novembre 2013 précitée, la HAS reconnaît à l'établissement le droit de former un recours gracieux à l'égard de toutes les décisions de certification prononcées, et ce dans un délai de deux mois à compter de leur notification¹²⁷⁵. Comme l'écrit Marie-Laure MOQUET-ANGER, « *l'interrogation sur la nature juridique de la décision de certification n'en demeure pas moins. En faisant précéder la décision d'une procédure contradictoire, il y a lieu de s'interroger sur la nature véritable d'une telle décision* »¹²⁷⁶.

302. Du recours gracieux au recours contentieux, il n'y a qu'un pas qui a été franchi par le juge administratif en 2013. En effet, si la procédure pilotée par la HAS donne lieu la plupart du temps à une certification de l'ES, assortie ou non de recommandations, elle peut parfois se traduire par une certification avec réserves ou réserves majeures, voire à une non certification, même si cette dernière demeure rare. Saisi d'une décision de certification « avec réserves » sur les processus de qualité et de sécurité d'un établissement public de santé, le tribunal administratif de Montreuil en 2013 s'est implicitement déclaré compétent s'agissant d'un recours en annulation, reconnaissant ainsi que la décision de certification pouvait être considérée comme une décision faisant grief¹²⁷⁷. En l'espèce, le tribunal administratif n'a pas fait droit à la demande d'annulation, considérant que la décision n'était pas entachée d'erreur manifeste d'appréciation.

Le Conseil d'État n'a pas encore eu pour l'heure à se prononcer, à travers la question de la recevabilité d'un recours contentieux, sur la nature juridique d'une décision de certification d'un établissement de santé qui serait susceptible de faire grief. Nous pensons toutefois qu'un faisceau d'indices pousse à admettre une reconnaissance par le juge administratif de la

¹²⁷¹ Décision n° 2012.0030 du 22 mars 2012 portant adoption de la procédure de certification des établissements de santé (V2010) *JO* du 2 mai 2012.

¹²⁷² Décision n° 2013.0142/DC/SCES du 27 nov. 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. 6147-7 et L. 6322-1 du code de la santé publique (*JO* du 21 décembre 2013).

¹²⁷³ Décision n° 2015.0151/DC/SCES du 10 juin 2015 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* du 26 juin 2015).

¹²⁷⁴ Décision n° 2019.0073.DC/SCES du 17 avril 2019 du collège de la Haute Autorité de santé portant modification de la procédure de certification des établissements de santé – V2014 (*JO* du 27 avril 2019).

¹²⁷⁵ Art. 15 de la procédure de certification du 27 novembre 2013 de la HAS.

¹²⁷⁶ MOQUET-ANGER M.-L., *Droit hospitalier*, *op. cit.* p. 190.

¹²⁷⁷ TA Montreuil, 18 juill. 2013, *CHU de Reims*, n° 1206888; DUPONT M., « Sur la nouvelle procédure de certification établie par la HAS », *JDSAM*, n° 2, 2014 p.41, note 12 ; CORMIER M., « Régulation(s) de l'hôpital public », *op. cit.* p. 131.

justiciabilité des décisions de certification de la HAS. La procédure mise en place par la HAS évoque une « décision » qui fait l'objet d'une « phase contradictoire » préalable à une « notification » à l'établissement, et cette décision de certification est susceptible de « recours gracieux ». Cette évolution serait d'ailleurs conforme à l'évolution jurisprudentielle qui a retenu la justiciabilité de certains actes de droit souple¹²⁷⁸.

Le législateur est venu confirmer la juridicité de la décision de certification des établissements de santé dans des conditions qui ne sont pas tout à fait analogues à celles des ESSMS, ce qui fait que des différences juridiques subsistent avec l'évaluation sociale et médico-sociale, mais elles s'estompent progressivement.

2/ Des divergences juridiques entre certification et évaluation sociale et médicosociale qui tendent à s'estomper

303. Il n'existe pas d'analogie complète entre les processus évaluatifs dans le champ sanitaire et le champ social et médico-social, mais un mouvement de rapprochement et de séparation qui crée un phénomène « d'attraction-répulsion » des démarches qualités au sein du droit des autorisations sanitaires et médicosociales¹²⁷⁹.

Dans les ES, la juridicité de l'évaluation est tout d'abord consacrée à l'article R. 6122-32-1 CSP qui précise qu'une partie du contenu du dossier justificatif de demande d'autorisation doit contenir des éléments relatifs à l'évaluation de l'activité. Ensuite, le rapport de certification est remis au DGARS¹²⁸⁰. Toutefois, il n'existait jusqu'en 2018 aucun lien juridique direct entre certification et autorisation sanitaire¹²⁸¹.

¹²⁷⁸ CE, 27 avr. 2011, *Association pour une formation médicale indépendante*, n° 334396, *Rec.* p. 168, *AJDA* 2011, p. 1326, concl. C. LANDAIS ; *JCP A*, 2011, 2321, note M.-L. MOQUET-ANGER ; CE, ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Société Fairvesta International GmbH et autres* (1^{re} esp) et n° 390023 *Société NC Numéricable* (2^e esp), *Rec.* 76, *AJDA* 2017, p. 717, chron DUTHEILLET DE LAMOTHE L. et ODINET G., p. 931, tribune ROLIN F. ; *DA* 2016, comm. 20, note VON COESTER S. et DAUMAS V. et comm. 34, note A. SEE ; *RFDA* 2016, p. 497, concl. VON COESTER S., p. 679, étude F. MELLERAY.

¹²⁷⁹ CRISTOL D., « Les autorisations sanitaires et médico-sociales : entre rapprochement et séparation », *RDSS* mai-juin 2020, p. 475.

¹²⁸⁰ Art. L. 6113-6 CSP.

¹²⁸¹ LEMOYNE DE FORGES J.-M., « Accréditation et régimes d'autorisation », *Hospitalisation privée*, nov.-déc. 1999, n° 349, p. 24-25 ; VALLAR C., « L'accréditation et les autorisations : une discrète convergence », *JuriSanté Actu.*, oct. 1999, n° 27, p. 11-12 ; CORMIER M., « Les effets juridiques indirects de l'accréditation », *op. cit.*, p. 2365 ; VILLENEUVE P., « L'accréditation et la certification des établissements de santé », in *Droit médical et hospitalier*, Litec, fasc. n° 120-20, 2006, n° 54-55, p. 14.

Depuis l'ordonnance du 17 janvier 2018 prise dans le cadre de la loi de modernisation de notre système de santé de 2016¹²⁸², le renouvellement de l'autorisation est subordonné notamment, mais pas exclusivement, comme c'est le cas pour l'évaluation externe des ESSMS, aux résultats de la certification. Cette ordonnance est en effet venue modifier l'article L. 6122-2 CSP qui dispose 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* ».

La « prise en compte » du rapport de certification par l'autorité administrative dans la décision d'autorisation initiale ou renouvelée n'est pas automatique, comme le souligne l'article R. 6122-34 II CSP issu du décret du 19 février 2018 pris en application de l'ordonnance¹²⁸³, qui rappelle que « *il peut être tenu compte de tout élément issu des rapports de certification émis par la Haute Autorité de santé, relatif au projet pour lequel l'autorisation ou son renouvellement est sollicité et pertinent à la date de la décision* ». Selon Yannick FRANCIA, cette rédaction affaiblit la portée du lien direct entre certification et autorisation, car l'emploi du verbe « pouvoir » laisse à penser que le DGARS n'a pas obligation de tenir compte du rapport de certification¹²⁸⁴. En outre, la prise en compte du rapport de certification devrait être, selon lui, réservée au motif tiré du défaut de qualité ou de sécurité, ce qui pose de nombreuses questions, comme celle de savoir si un établissement de santé peut être certifié alors qu'il présente un défaut de qualité ou de sécurité, ou encore la question de la capacité même des experts visiteurs de la HAS de déceler ce défaut de qualité ou de sécurité, capacité qui jusque-là était réservée à l'inspection au titre de la sécurité des soins¹²⁸⁵.

Cette incertitude sur les moyens utilisés par le DGARS pour se prononcer sur un renouvellement d'autorisation sanitaire n'a pas été levée par une autre disposition introduite par 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 qui a été codifiée à l'article L. 6122-4 CSP. Cette disposition rend facultative la visite de conformité par l'ARS

¹²⁸² Ordonnance n° 2018-21 du 17 janvier 2018 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.

¹²⁸³ 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.

¹²⁸⁴ FRANCIA Y., « L'évolution des conditions d'octroi des autorisations sanitaires », *RDSS* mai-juin 2020 p. 456.

¹²⁸⁵ Jusqu'à l'ordonnance n° 2018-21 du 17 janvier 2018, le non renouvellement d'une autorisation sanitaire était objectivé par des inspections diligentées par les ARS qui constataient un défaut de qualité remettant en cause la sécurité des soins, en particulier dans le secteur obstétrique, et qui légitimait des injonctions, voire des suspensions de l'autorisation d'activité au titre de l'article L. 6122-13 CSP.

en cas de demande d'octroi d'une autorisation initiale¹²⁸⁶, alors que le CASF la maintient obligatoire pour un ESSMS dans le cadre d'une demande d'autorisation initiale¹²⁸⁷.

304. Malgré ces divergences d'approches entre secteurs, le rapprochement du régime des autorisations sanitaires et sociales semble en marche avec une importance équivalente donnée à l'évaluation interne et l'évaluation externe dans les procédures de renouvellement des autorisations. En effet, la LOTSS de juillet 2019 a prévu qu'à partir du 1^{er} janvier 2021, les évaluations internes et externes des ESSMS devront s'effectuer selon une procédure unifiée élaborée par la HAS avec un objectif commun « d'amélioration continue de la qualité ». Cela signifie que le renouvellement d'autorisation ne sera plus simplement subordonné à la seule évaluation externe, mais aux résultats de l'évaluation dans sa globalité, incluant aussi l'évaluation interne. C'est ce qui est déjà en place dans le secteur sanitaire où, depuis le 1^{er} janvier 2020, le rapport de certification produit désormais des effets de droit en complément de ceux reconnus jusqu'alors à l'évaluation interne¹²⁸⁸, dans la mesure où, nous l'avons vu, un refus de renouvellement peut désormais être motivé lorsque le projet présente un défaut de qualité ou de sécurité¹²⁸⁹.

305. Enfin, on ne saurait parler de juridicité des actes d'évaluation sans aborder la question de leur publicité. Des divergences juridiques notables se font jour entre les secteurs. La décision de la HAS et le rapport de certification sont consultables sur le site internet de la HAS afin d'alimenter ce que certains auteurs appellent en droit commercial le « capital réputationnel » de l'entreprise, qu'il soit positif ou négatif¹²⁹⁰. A l'inverse, dans le secteur social et médico-social, il n'existe aucune publicité faite aux rapports d'évaluation et aux différents niveaux de

¹²⁸⁶ Art. L. 6122-4 alinéa 3 CSP : « Le directeur général de l'agence régionale de santé peut décider qu'il sera fait une visite de conformité dans les six mois suivant la mise en œuvre des activités de soins ou des structures de soins alternatives à l'hospitalisation ou la mise en service de l'équipement matériel lourd. Dans cette hypothèse, il notifie sa décision au titulaire de l'autorisation dans le mois suivant la réception de la déclaration de commencement d'activité. A défaut de notification dans ce délai, le directeur général de l'agence régionale de santé est réputé renoncer à diligenter cette visite ».

¹²⁸⁷ Art. L. 313-6 CASF.

¹²⁸⁸ APOLLIS B., « La réforme au long cours des autorisations sanitaires », *RGDM*, n° 72, 2019, p. 87 ; CORMIER M., « Ordonnances hospitalières de janvier 2018 : le délicat équilibre entre pérennisation et précarisation des autorisations », *RGDM*, n° 66, 2018, p. 310 ; CRISTOL D., « Régime des autorisations sanitaires : simplification et modernisation sur ordonnance », *RDSS* 2018, p. 271.

¹²⁸⁹ Danièle CRISTOL fait remarquer que « pour le secteur sanitaire, le défaut de qualité peut même justifier un refus de primo-autorisation, le DGARS pouvant tenir compte des éléments de la certification à sa disposition lorsqu'ils sont pertinents » (in CRISTOL D., « Les autorisations sanitaires et médico-sociales : entre rapprochement et séparation », op. cit., p. 483.)

¹²⁹⁰ CUZACQ N., « Le mécanisme du Name and Shame ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises », *RTD com.* 2017. 473.

qualité perçus. Le rapport d'évaluation sociale a un statut de droit privé et pour l'obtenir, il faut s'adresser directement à l'établissement qui en est propriétaire¹²⁹¹.

Il ressort de l'ensemble de ces constats que les démarches évaluatives ne font plus seulement figures de « label » décerné aux établissements en vue de les encourager à s'améliorer. Ancrée dans les CPOM et le droit des autorisations, la juridicisation progressive des démarches qualité ne fait plus de doute, en particulier pour les démarches évaluatives¹²⁹², au risque de devenir des outils de contrôle qui s'imposeraient comme une nouvelle forme de régulation des établissements et services. En ce sens, Claude VOLKMAR disait, à propos de l'évaluation dans la loi 2002-2, que « *cette loi, comme Janus, possède deux visages : elle renforce d'une part l'inventivité et la recherche de l'excellence, et d'autre part les modalités de contrôle des établissements et services* »¹²⁹³. Ces nouveaux outils de contrôle de la qualité et de la sécurité ne feront pas disparaître les outils traditionnels d'inspection-contrôle, comme nous le verrons, mais ils en redessinent les contours et imposent de trouver de nouvelles articulations entre eux. Il en va également des recommandations de bonnes pratiques professionnelles dans le champ étudié.

B/ La juridicisation des recommandations de bonnes pratiques professionnelles dans le champ étudié.

306. Les RBP qui s'inscrivent dans les procédures évaluatives peuvent intéresser l'inspection contrôle sous deux angles qui peuvent paraître paradoxaux. Parce qu'elles sont recommandations, elles ne seraient que des mesures correctives indicatives qui invitent un établissement ou une personne à réaliser un acte, à mettre en place un dispositif ou procéder à des travaux. Parce qu'elles correspondent à une bonne pratique professionnelle à un moment donné, elles tendraient à la conformité.

C'est le second angle qui est actuellement privilégié avec la reconnaissance d'une normativité des recommandations de bonnes pratiques de la HAS qui s'est progressivement imposé, dans

¹²⁹¹ PASCAL C., « L'évaluation externe : des conséquences encore difficiles à apprécier », *op. cit.*, p. 27.

¹²⁹² CAILLOSSE J., « Droit et évaluation », *RFAS* 2010/1, p. 353-367.

¹²⁹³ VOLKMAR C., « L'évaluation dans les nouvelles régulations », *Juris associations* 2006, n° 343, p. 14.

le sillage des « quasi-normes » que sont les références médicales opposables¹²⁹⁴, dans le champ sanitaire, puis dans le champ médico-social.

Dans un premier temps, le Conseil d'État a admis que les RBP définies par la HAS relatives aux modalités d'accès aux informations concernant la santé d'une personne¹²⁹⁵ n'ont pas le caractère de décisions faisant grief, mais qu'elles doivent toutefois être regardées comme telles lorsqu'elles sont rédigées de façon impérative¹²⁹⁶, reprenant la jurisprudence *Duvignères* de 2002 qui abandonnait la distinction entre circulaire interprétative et réglementaire¹²⁹⁷ pour fixer comme critère de recevabilité du recours pour excès de pouvoir le caractère impératif du texte¹²⁹⁸.

Dans un deuxième temps, le Conseil d'État a admis dans son arrêt *Formindep* de 2011 relatif à une recommandation de la HAS concernant le traitement médicamenteux du diabète de type 2, le caractère réglementaire de recommandations de bonne pratique de la HAS¹²⁹⁹, reconnaissant ainsi un pouvoir normatif réglementaire à la HAS¹³⁰⁰. Il n'a pour autant pas fait référence à la division issue de la jurisprudence *Duvignères*, mais s'est fondé sur les « données acquises de la science », pour estimer que si les recommandations fondées sur ces données doivent être regardées comme des décisions faisant grief et sont susceptibles de recours pour excès de pouvoir, alors il en va de même du refus d'abroger de telles recommandations¹³⁰¹.

Dans le même sens, la haute juridiction administrative a eu l'occasion de se prononcer en 2013 en faveur de la recevabilité d'un recours dirigé contre une recommandation de l'AFSSAPS

¹²⁹⁴ LAUDE A., « La force juridique des références médicales opposables », *Médecine et droit*, n° 28, 1998 ; Dossier thématique du journal droit de la santé et de l'assurance, n° 3 – 2015 : « Les normes en santé : avis, recommandations, guides de bonnes pratiques », sous la direction de D. Tabuteau.

¹²⁹⁵ Art. L. 1111-9 CSP.

¹²⁹⁶ CE, 26 sept. 2005, *Conseil national de l'ordre des médecins*, n°270234, Rec. p. 395 ; *AJDA* 2006, p. 308, note J.-P. MARKUS ; *RDFA* 2005, n° 6, p. 1215 ; *RDSS* 2006, n° 1, p. 53, note D. CRISTOL.

¹²⁹⁷ CE, Ass. 29 janv. 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*, n° 07134, Rec. p. 64.

¹²⁹⁸ CE, 18 déc. 2002, *Mme Duvignères*, n° 233618, Rec. p. 463 ; *AJDA* 2003, p. 487, chron. F. DONNAT et D. CASAS ; Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 2005, n° 116.

¹²⁹⁹ Sur le sujet, ZOLEZZI C., *La force juridique des recommandations de bonne pratique. Regards croisés France-États-Unis*, thèse droit Université Rennes 1, 2016.

¹³⁰⁰ CE, 27 avr. 2011, *Association pour une formation médicale indépendante*, req. n° 334396, Rec. p. 168, *AJDA* 2011, p. 1326, concl. C. LANDAIS ; *JCP A*, 2011, 2321, note M.-L. MOQUET-ANGER.

¹³⁰¹ « les recommandations de bonnes pratiques élaborées par la Haute Autorité de santé sur la base de ces dispositions ont pour objet de guider les professionnels de santé dans la définition et la mise en oeuvre des stratégies de soins à visée préventive, diagnostique ou thérapeutique les plus appropriées, sur la base des connaissances médicales avérées à la date de leur édicition ; qu'en égard à l'obligation déontologique, incombant aux professionnels de santé en vertu des dispositions du code de la santé publique qui leur sont applicables, d'assurer au patient des soins fondés sur les données acquises de la science, telles qu'elles ressortent notamment de ces recommandations de bonnes pratiques, ces dernières doivent être regardées comme des décisions faisant grief susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ».

relative à l'information du patient en matière de soins fondés sur les données acquises de la science, avant que cette Agence ne devienne ANSM le 1^{er} janvier 2012¹³⁰².

Dans un troisième temps, le Conseil d'État, dans deux arrêts d'assemblée *Fairvesta international* et *NC Numéricable* du 21 mars 2016, pour des domaines liés aux marchés financiers pour le premier, et à la concurrence pour le second¹³⁰³, est venu préciser les conditions dans lesquelles des actes, bien que non normateurs, puissent faire grief et être susceptibles de recours pour excès de pouvoir. Il a ainsi considéré que « *les avis, recommandations, mises en garde, prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice de leurs missions peuvent être attaqués devant le juge de l'excès de pouvoir dans deux cas : soit ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, soit ils ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent* »¹³⁰⁴.

L'intérêt de ce considérant¹³⁰⁵ apparaît surtout dans la deuxième partie, car le critère somme toute très subjectif que le juge va utiliser pour déterminer l'existence ou non du contrôle juridictionnel, est celui des effets produits par la décision. Comme le soulignait la rapporteure publique dans ses conclusions relatives à l'affaire *Fairvesta*, ce revirement de jurisprudence permet de soumettre l'ensemble de l'exercice non contraignant de régulation à un contrôle de légalité et de censurer d'éventuels détournements de pouvoirs en s'assurant que l'autorité de régulation reste dans ses compétences propres.

Le recours contentieux contre les actes de droit souple est en effet amené à se développer dans le secteur sanitaire et médicosocial particulièrement concerné par les recommandations émises par la HAS. Par exemple, au début de l'année 2020, la Fédération française des masseurs-kinésithérapeutes rééducateurs (FFMKR) a saisi le Conseil d'État d'une requête en annulation à l'encontre de la parution de la recommandation de la HAS sur la prise en charge du premier épisode de la bronchiolite aiguë chez le nourrisson de moins de douze mois. L'action est intervenue alors qu'un recours gracieux, d'abord adressé à la HAS, était resté lettre morte.

¹³⁰² CE, 4 oct. 2013, *Société des laboratoires Servier*, n° 356700, Rec. 747.

¹³⁰³ Le premier arrêt concerne des communiqués de presse de l'Autorité des marchés financiers qui mettaient en garde les investisseurs contre certains placements immobiliers, et le second concerne une prise de position de l'Autorité de la concurrence sur les modalités d'application d'une injonction formulée dans une précédente décision rendue par le Conseil d'État par laquelle il autorisait le rachat de TPS et Canalsatellite par Vivendi et le groupe Canal plus.

¹³⁰⁴ CE, ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Société Fairvesta International GmbH et autres* (1^{re} esp) et n° 390023 *Société NC Numéricable* (2^e esp), Rec. 76. Prec.

¹³⁰⁵ Quatrième considérant de *Fairvesta* et cinquième considérant de *Numéricable*.

307. Cependant, une recommandation d'une autorité administrative indépendante n'est pas la loi, ainsi qu'a pu le rappeler récemment la Cour de cassation dans un arrêt du 8 novembre 2018 relatif à une recommandation de bonne pratique de la HAS de mars 2012 « *Autisme et autres troubles envahissant du développement : interventions éducatives et thérapeutiques coordonnées chez l'enfant et l'adolescent* »¹³⁰⁶. La Cour de cassation y a considéré que « *les recommandations de la Haute autorité de santé, qui ne sont destinées qu'à l'information des professionnels de santé et du public, n'ont pas de valeur obligatoire et n'interdisent nullement la prise en charge de la méthode "3i"* », alors qu'en l'espèce, la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées (CDAPH) avait refusé d'octroyer à la famille de l'enfant autiste un complément d'allocation au motif que la méthode des « 3 i » n'était pas préconisée par la recommandation HAS.

Dans cette affaire, les juges judiciaires ne se sont pas prononcés sur la valeur de la recommandation HAS, même si le conseiller rapporteur a rappelé que « *ces recommandations sont évidemment dépourvues de valeur normative, même si, ainsi que le relève le mémoire en défense, elles sont considérées par le Conseil d'Etat comme des décisions pouvant faire grief et comme telles susceptibles de recours pour excès de pouvoir* », faisant explicitement référence à la jurisprudence *Formindép*. Ils ont cassé l'arrêt d'appel sur le terrain de la violation des dispositions législatives applicables à l'octroi des prestations sociales, car les institutions qui décident de cet octroi ne peuvent pas donner à une recommandation une portée qu'elle ne pouvait avoir.

Cette mise en garde peut être utile également dans l'utilisation que des inspecteurs peuvent faire des RBP de la HAS dans le cadre d'inspections, notamment quand ils les traduisent en injonctions ou prescriptions, comme nous le verrons, car « *transformer le droit souple en droit dur constituerait une grave régression, qui ne serait dans l'intérêt de personne* »¹³⁰⁷.

Les jurisprudences administrative et civile ont ainsi contribué à imposer le droit souple comme une source de droit légitime¹³⁰⁸ en révélant « *l'ombre portée de la sanction de droit dur sur le droit souple* »¹³⁰⁹.

¹³⁰⁶ C. Cass. 2^e ch. civ., 8 nov. 2018, *Mme X.*, n° 17-19556.

¹³⁰⁷ TIBERGHIE F., « Une recommandation d'une autorité administrative indépendante n'est pas la loi », *AJDA* 2019, p. 702.

¹³⁰⁸ LANORD-FARINELLI M., « La norme technique : une source du droit légitime ? », *op. cit.*, p. 738.

¹³⁰⁹ DOMINO X., BRETONNEAU A., « Miscellanées contentieuses », *AJDA* 2012 p. 2373.

308. Il nous apparaît toutefois que trois questions subsistent. La première a trait à la sécurité juridique du droit qui sous-entend l'absence de recours au juge. Il semble que celle-ci ne soit pas forcément préservée par le droit souple qui ne garantit pas qu'il y ait moins de contentieux qu'avec le droit dur. Le juge du contentieux de l'annulation procédera sans doute de manière itérative au gré des saisines afin de se prononcer sur la normativité et la justiciabilité d'un acte¹³¹⁰. La deuxième question est de savoir si le droit souple va accompagner la création de droit dur en le complétant ou se substituer à lui du fait de sa procédure d'adoption simplifiée et raccourcie permettant de s'adapter aux évolutions de la société plus vite que le processus législatif et réglementaire. La dernière question est celle de l'applicabilité du droit souple dans les pratiques des professionnels des établissements et leur responsabilité¹³¹¹, et en particulier dans celles des inspecteurs dans leur mission de recherche de conformité.

En conclusion de ce premier chapitre du titre 3, nous pouvons affirmer que l'instauration d'un nouvel ordre public sanitaire¹³¹² depuis les années 90 dans les établissements sanitaires, s'est étendu depuis 2002 dans le champ des établissements et services sociaux et médico-sociaux. Les démarches qualités qui sont nées sous le signe de l'incitation et ont grandi sous celui de la prescription, semblent avoir ainsi créé une « nouvelle bureaucratie » à travers laquelle elles se sont émancipées du cadre gestionnaire, en produisant des effets de droit¹³¹³.

Ces effets de droits des démarches qualité vont avoir des répercussions sur l'outil inspection, ce que nous nous proposons d'étudier maintenant.

¹³¹⁰ GIRARD D., « Le recours pour excès de pouvoir confronté au « droit souple » : il plie mais ne rompt pas ! », Note sous CE, Ass., 21 mars 2016, *Sociétés Numéricable et Fairvesta international et autres* ; *Revue générale du droit on line*, 2016, n°23904.

¹³¹¹ SAMLWOOD O., « La normalisation des règles de l'art médical : une nouvelle source de responsabilité pour les professionnels de santé ? », *Médecine & Droit* 2006, pp 121-126.

¹³¹² RENARD S., *L'ordre public sanitaire, étude de droit public interne*, prec.

¹³¹³ CLUZEL-METAYER L., « L'irruption de la qualité dans le domaine sanitaire », *op. cit.*, p. 1002.

Chap. 2 - Les effets des démarches qualité sur l'inspection

La juridicité reconnue aux démarches de régulation de la qualité dans les établissements et services agit sur l'inspection en tant qu'outil de police administrative dans des sens apparemment contraires.

Dans un sens, cette juridicité révèle une concurrence entre les démarches qualité qui se fonderaient sur la recherche de l'amélioration continue de la qualité et l'inspection qui ne répondrait qu'à un objectif de sécuritaire lié au pouvoir régalien (Sect. 1). Dans l'autre sens, cette juridicité autorise une complémentarité de ces démarches au risque de leur confusion (Sect. 2).

Sect. 1 – L'explosion des moyens de contrôle à l'origine d'effets de concurrence entre démarches qualité et inspection

Avec l'installation des démarches qualité dans les établissements et services étudiés, nous avons assisté à une explosion des moyens de contrôle sur des modes différents. Régulation versus police administrative, démarches qualité versus inspection. La prééminence actuelle donnée aux démarches qualités et à l'accompagnement, s'inscrit dans un contexte de diminution déjà amorcée des inspections et contrôles (§1), et contribue, par des effets de substitution juridique, à l'abandon ou la transformation de certains contrôles (§2).

§1 Le constat de diminution et de marginalisation de l'inspection

L'incrémentation des démarches qualité dans le champ qui nous intéresse s'inscrit dans un contexte de diminution statistique des inspections (A) et dans une période de minoration de cette fonction considérée comme un obstacle à l'accompagnement des opérateurs de terrain (B).

A/ Le contexte préalable d'une diminution statistique des inspections dans le champ étudié.

309. Afin d'envisager comment l'inspection se situe à l'égard des démarches qualités et des nouveaux modes de régulation des établissements, il est utile de replacer notre étude dans un contexte d'activité chiffrée. Peu de données officielles ont cours sur l'inspection, ce qui s'explique par la confidentialité des données des établissements, mais également par le fait que cette activité reste paradoxalement faible au regard du « cœur de métier » revendiqué par ceux qui en ont la charge.

Force est de constater que l'on assiste à une diminution des inspections dans le champ étudié, malgré les renforcements successifs de cette dernière dans les années 1990 au niveau national avec la création des agences de sécurité sanitaire¹³¹⁴, ou au niveau local avec la mise en place d'une programmation et d'une coordination nationale des inspection proposée par l'IGAS, ainsi que le renforcement du vivier des inspecteurs avec la mise en place des inspecteurs et contrôleurs « désignés » en ARS par la loi HPST de 2009. Les chiffres que nous donnerons ne concernent que les ARS et leur activité d'inspection dans le champ sanitaire et médico-social puisque le secteur social des DRJSCS et DDCS ne font l'objet d'aucune étude nationale connue et randomisée en la matière, ce qui peut être analysé comme un manque d'intérêt et de « portage » politique sur ce secteur qui nécessite pourtant un accompagnement renforcé.

L'analyse des « ratio de contrôle » entre agents de contrôle et structures contrôlées dans le domaine d'activité des ARS se révèle instructive¹³¹⁵. Rappelons que les ARS comptent environ 2 800 inspecteurs statutaires¹³¹⁶ et environ 500 inspecteurs et contrôleurs « désignés »¹³¹⁷ mobilisables pour réaliser des inspections-contrôles. Ce nombre peut paraître important, mais il est à relativiser eu égard à leurs différentes fonctions et à la priorité donnée à l'inspection-contrôle dans leur institution. Selon un rapport de l'IGAS de 2018 relatif à l'activité inspection-contrôle en ARS sur l'année 2016 et mis en ligne sur le site internet d'un syndicat professionnel,

¹³¹⁴ Loi n° 98-535 du 1er juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme (JO du 2 juillet 1998).

¹³¹⁵ BARLET C., « Autorisations, inspection et contrôle des établissements de santé », *RDSS* 2020, p. 442.

¹³¹⁶ Art. L. 1421-1 CSP.

¹³¹⁷ Art. L. 1435-7 CSP.

le temps global passé à l'inspection contrôle dans les ARS ne représentait que 372 équivalents temps plein travaillés (ETPT) au niveau national cette année-là¹³¹⁸.

Ces chiffres sont à mettre en regard du nombre considérable de structures et de professionnels qui peuvent être soumis au contrôle des ARS et dont la liste suivante n'est pas exhaustive. Aux 2 800 établissements de santé publics et privés, il faut ajouter plus de 120 000 médecins libéraux, 219 000 autres professionnels de santé libéraux (Kiné, infirmiers libéraux...), 22 000 officines de pharmacie, 33 000 périmètres de captage d'eau, 600 000 logements insalubres et 35 000 établissements et services sociaux (CHRS, CADA, services tutélaires, etc.) et médico-sociaux (établissements pour personnes âgées ou pour personnes handicapées).

Afin d'obtenir une photographie plus claire de l'existant, l'IGAS, dans son rapport de 2018, montre qu'un peu plus de 30 000 inspections-contrôles ont été réalisés en 2016 par les seules ARS (hors visites de conformité). Le secteur « *sécurité sanitaire, prévention des risques, protection des personnes* » concentre la plus importante part avec 24 000 inspections-contrôles (80%). Mais ce secteur qui ne recouvre que la santé-environnementale (ingénieurs et techniciens sanitaires des ARS) est très hétérogène, car il se répartit en cinq thèmes différents, dont un seul concerne les établissements et services ciblés dans notre recherche, à savoir le thème « établissements recevant du public », avec pour objet les contrôles relatifs à la légionellose, aux déchets d'activité de soins, à l'amiante et au radon.

Or, ce thème a donné lieu à seulement 4% du total des contrôles de sécurité sanitaire¹³¹⁹, loin derrière les contrôles réalisés « hors établissements et services », dans le champ « habitat et santé » (56% des contrôles de sécurité sanitaire), les contrôles de la désinsectisation des aéronefs (24,5% des contrôles de sécurité sanitaire), les eaux destinées à la consommation humaine (9,6% des contrôles de sécurité sanitaire), et les eaux de loisirs (4,9% des contrôles de sécurité sanitaire).

Le rapport IGAS montre aussi que le secteur « sécurité sanitaire » précède largement les autres secteurs soumis aux inspection- relevant des ARS, à savoir le secteur des « soins ambulatoires » (7,7%)¹³²⁰, puis le « médico-social » (7,5%)¹³²¹, et enfin les « soins hospitaliers » (4,8%)¹³²² pour lesquels les seuls contrôles de conformité en 2016 consommaient 56 équivalents temps

¹³¹⁸ V. Syndicat National des Personnels des Affaires Sanitaires et Sociales - Force Ouvrière (SNPASSFO) : <https://www.snpassfo.fr/sites/default/files/2018-09/2018-rapport%20IGAS%20inspection%20controle.pdf>

¹³¹⁹ 990 inspections-contrôles.

¹³²⁰ 2 317 inspections-contrôles.

¹³²¹ 2 259 inspections-contrôles.

¹³²² 1 465 inspections-contrôles.

pleins travaillés au niveau national. La part des inspections-contrôles sur les secteurs « prévention et promotion de la santé » et sur les « professionnels de santé » reste aussi très faible avec des taux de réalisation respectifs de 0,2%¹³²³ et 0,03%¹³²⁴ au niveau national.

310. Les leçons qu'il faut retenir de ces chiffres apparaissent clairement.

D'abord, le rapport IGAS ne porte que sur l'activité inspection-contrôle par les ARS dans le champ sanitaire et médico-social, à l'exclusion du champ social des DRJSCS et DDSCS pour lequel aucun chiffre n'est diffusé. Nous pouvons penser que les ratios de contrôles sur les établissements et services sociaux sont encore plus bas au regard notamment du faible nombre d'inspecteurs de l'action sanitaire et sociale qui y sont affectés, alors que les orientations nationales de contrôle y ont été multipliées ces dernières années¹³²⁵. Ensuite, on y voit que les ES et les établissements médico-sociaux représentent une petite part des inspections réalisées. Enfin, ce rapport de l'IGAS de 2018 pointe que, malgré une activité relativement faible en 2016 au regard du potentiel « inspectable », le nombre d'inspection-contrôles a progressé de près de 25% par rapport à l'année précédente et de 20% par rapport à 2014. Toutefois, ce résultat ne doit pas tromper l'analyse, car tous les chiffres avancés par les bilans internes régionaux et nationaux plus récents montrent une diminution certaine du nombre d'inspection-contrôles réalisés par les ARS sur les établissements et services.

Les raisons de cette diminution constante depuis 30 ans sont multiples, malgré les programmations nationales et régionales d'inspection et la création de cellules dédiées. Les principaux arguments avancés par les praticiens de l'inspection visent la baisse des effectifs, la lourdeur de la procédure d'inspection, en particulier l'écriture du rapport dans le champ médico-social où les inspections inopinées sont plus nombreuses qu'ailleurs et très chronophages. Ils avancent aussi la charge de travail des inspecteurs affectés en directions métiers, employés à plusieurs tâches et donc difficiles à mobiliser, alors que le nombre d'établissements et services à contrôler est conséquent.

La question de la capacité à inspecter est devenue récurrente, la probabilité de « passer » dans un établissement toujours posée, mais demeure souvent sans réponse objective. Aux inspections programmées viennent s'ajouter les inspections inopinées sur réclamations ou signalements qui grèvent sérieusement la programmation annuelle. Le taux moyen de 10% d'une activité qui

¹³²³ 58 inspections-contrôles.

¹³²⁴ 8 inspections-contrôles.

¹³²⁵ 490 IASS en services de cohésion sociale selon le bilan social des ministères sociaux de 2016.

serait consacrée à l'inspection par inspecteur en poste en ARS est souvent avancé par la praxis. Un EHPAD serait inspecté tous les 20 ans en moyenne selon les mêmes praticiens.

D'autres raisons plus officieuses peuvent être avancées pour expliquer cette diminution des inspections. Elles tiennent notamment dans une conception autocentrée de l'inspection fondée sur la crainte du contentieux qu'elle peut générer avec les établissements « partenaires » et dans l'idée sous-jacente qu'elle constitue un obstacle à l'accompagnement des établissements, notamment avec la contractualisation et le développement des techniques d'audit, ce que le discours technocratique et politique tend à confirmer, comme nous allons le montrer. Il ne faudrait pourtant pas s'arrêter à ce discours qui isole la fonction inspection et la rend encore plus difficile à mettre en œuvre quand la situation l'exige, avec pour seule perspective un manque d'habitude et d'assurance dans son déploiement.

B/ Des effets de minoration politique : l'inspection perçue comme un obstacle à l'accompagnement.

Les politiques de restructuration de l'offre sanitaire et sociale développées depuis une quarantaine d'années par les pouvoirs publics ont progressivement cantonné l'inspection à une fonction de sanction qui irait à l'encontre du processus d'accompagnement contractuel et financier à l'œuvre. Cette minoration de l'inspection au profit de l'accompagnement des structures s'est traduite tant dans les mots (1) que dans les actes (2).

1/ La traduction de la minoration de l'inspection dans les mots

Le discours « politique » n'est actuellement pas favorable à l'idée que la confiance n'exclut pas le contrôle. Il ne faudrait au contraire donner que des gages de confiance pour avancer dans la négociation et aboutir à une meilleure planification de l'offre et la demande. Deux exemples viennent illustrer cette conception. Le premier a trait au contenu des directives données aux DGARS (a), le second s'exprime dans le discours gouvernemental sur l'avenir de l'hôpital (b).

a) La disparition de l'inspection dans les directives données aux DGARS

311. Depuis 2010, chaque DGARS doit signer avec ses ministres de tutelle un CPOM sur cinq ans afin de répondre aux priorités de la stratégie nationale de santé¹³²⁶. Ce CPOM État-ARS est complété d'une lettre de mission adressée au directeur général mais qui n'a pas de fondement juridique propre.

Si les indicateurs chiffrés relatifs à l'inspection étaient rares dans les CPOM de 1^{ère} génération (2010-2014), les CPOM de seconde génération (2015-2018) ont fait apparaître l'inspection de manière timide et toujours en lien avec les démarches de certification et de l'évaluation dans un but de « *mise en œuvre d'une politique d'amélioration continue de la qualité et de la sécurité des prises en charges (ES, ESMS, ville)* »¹³²⁷. En revanche, depuis 2019, les CPOM actuels dits de « 3^{ème} génération » ne comportent plus d'indicateurs sur l'inspection et les lettres des missions des directeurs généraux d'ARS sont muettes sur cet aspect. Cette suppression de « l'activité inspection-contrôle » en tant que priorité formalisée interroge les inspecteurs dans le contexte évoqué de diminution des inspections, de raréfaction des ressources inspectantes, et alors que croît la place de la contractualisation. La lecture de ces feuilles de route adressées aux ARS qui agissent sous « tutelle stratégique », comme l'avait rappelé Clément CHAUVET¹³²⁸, montre que la stratégie se reporte désormais sur la mise en œuvre de la nouvelle loi santé du 24 juillet 2019 relative à l'organisation et à la transformation du système de santé, mais également sur le renforcement de la coordination entre professionnels de santé avec la question du maillage territorial, et enfin sur le développement des relations avec les élus locaux.

312. Cette évolution nous remet en mémoire la question originelle que posait l'IGAS dans son rapport de 2011 sur la réforme des établissements publics de santé, quand elle constatait que les ARS doivent « *concilier deux rôles de nature très différente : un rôle de management régional de l'hôpital public et un rôle de régulateur du système de santé* »¹³²⁹, et qu'elle se demandait, dans un autre rapport sur l'hôpital un an plus tard, s'il était « *souhaitable de donner au même acteur un rôle de régulation de l'offre de soins, de contrôle/inspection de tous les établissements de santé et de redressement financier des seuls hôpitaux publics* »¹³³⁰.

¹³²⁶ Art. L. 1433-2 CSP.

¹³²⁷ Instruction SG n° 2014-223 du 17 juillet 2014 relative à l'élaboration des CPOM État-ARS 2015-2018.

¹³²⁸ CHAUVET C., « La nature juridique de l'Agence régionale de santé », *op. cit.*, p. 405

¹³²⁹ Rapport du comité d'évaluation de la réforme de la gouvernance des établissements publics de santé présidé par M. Jean-Pierre FOURCADE, 2011.

¹³³⁰ Rapport IGAS, *L'hôpital*, Doc. fr. 2012, p. 127.

Cette disparition de l'inspection dans les consignes données aux DGARS se confirme dans le discours politique notamment sur la place de l'hôpital.

b) Les effets du discours public sur l'avenir de l'hôpital

313. La minoration de la place occupée par l'inspection transparait également dans le discours politique, en particulier lorsqu'une inspection concerne une petite maternité et est diligentée à la suite du décès d'un nouveau-né. Pour rappeler le contexte, en octobre 2012, un rapport de la DREES a montré qu'en 40 ans, deux-tiers des maternités ont disparu en France, surtout entre 1996 et 2016 où une maternité sur trois a fermé, alors que parallèlement le nombre des établissements dépassant les 3 000 accouchements par an a triplé¹³³¹.

Parmi les nombreux cas liés à des fermetures de maternités, deux cas récents liés spécifiquement à des causes de sécurité sanitaire ont été emblématiques et montrent le « porte à faux » dans lequel se trouve la fonction inspection sollicitée pour connaître des causes du décès de nouveau-né, et parfois, pour justifier une fermeture de maternité ou éviter qu'elle ne rouvre parce que les conditions de sécurité ne sont pas réunies. Le premier de ces cas a concerné la fermeture de la maternité de Bernay par décision de la HAS et de l'ARS de Normandie en février 2019, suite à plusieurs inspections en 2017 et 2018 ayant montré des carences dans la sécurité des prises en charge. Le second cas est relatif à une autre inspection diligentée par l'ARS Auvergne Rhône-Alpes à la suite d'un décès in utero en février 2019 dans la Drôme, alors que la maternité de Die est fermée depuis 2018 et que les élus et la population en demandaient la réouverture.

La médiatisation de ces situations et les manifestations d'habitants qui ont mis en avant le besoin de proximité avec leur maternité et rejeté la recherche de « rentabilité » par les pouvoirs publics ont trouvé un écho immédiat dans le discours politique. Lors de sa conférence de presse à l'Élysée le 25 avril 2019 dans le cadre du grand débat national, Le président de la République, Emmanuel MACRON, s'est engagé à ce qu'il n'y ait plus « *d'ici à la fin du quinquennat de nouvelles fermetures, ni d'hôpitaux, ni d'écoles sans l'accord du maire [...] Cela ne veut pas dire qu'il n'y aura pas de réorganisation. On le sait très bien. Elles sont parfois indispensables. Cela veut dire qu'il n'y aura plus de disparition comme on l'a aussi trop vécu* ».

¹³³¹ DREES, *Les maternités en 2016 : premiers résultats de l'enquête nationale périnatale*, Études et résultats, octobre 2017, n° 1031.

Dans le même sens, la Ministre de la santé de l'époque, Agnès BUZIN, déclarait un mois plus tôt le 21 mars 2019 dans son discours à l'assemblée nationale lors de l'examen de l'article consacré aux futurs hôpitaux de proximité dans la loi santé, que « *Aucun hôpital ne fermera, même ceux qui n'ont guère d'activité, ceux qui ont du mal à recruter, ceux qui travaillent uniquement avec des intérimaires, ou qui sont en permanence en déficit en raison d'une déprivation populationnelle* ».

314. La « déprivation » est un terme de psychologie clinique qui exprime « *le fait d'être privé de quelque chose à laquelle on avait accès auparavant* ». Son emploi par la ministre montre, semble-t-il, un renversement de discours sur les garanties de sécurité liées au niveau d'activité d'un établissement et à son attractivité. En autorisant des établissements à fonctionner alors même que la patientèle et le personnel diminuent, l'autorité administrative semble sortir du cadre réglementaire qui liait la sécurité des actes à un niveau minimal d'activité et permettait au personnel soignant d'assurer la qualité du service. Cette apparente remise en cause par la sphère politique du niveau minimum d'activité requis dans une discipline pose la question de la pertinence du contrôle externe chargé précisément de vérifier le respect des normes techniques propres à une discipline dans un objectif de sauvegarde de la qualité et de la sécurité.

La minoration de l'inspection dans le discours trouve aussi sa traduction dans les actes des autorités de contrôle.

2/ La traduction de la minoration de l'inspection dans les actes

Lorsque l'autorité administrative décide de diligenter une inspection, elle procède parfois à une certaine édulcoration ou une révision de la procédure qui permet d'en alléger le poids symbolique afin de ne pas mettre en avant le côté « régalien » de la mission, au risque de se mettre dans l'illégalité.

Nous illustrerons le phénomène avec la transformation partielle des pouvoirs d'inspection en audit (a) et avec le cas de l'inspection conjointe entre inspecteur et inspecté (b).

a) La transformation partielle des pouvoirs d'inspection en audit

315. Un département du sud de la France avait décidé en 2014 de s'engager dans un « programme d'aide à la gouvernance » sur plusieurs EHPAD qui relevaient de son autorisation et tarification par la mise en place d'« inspection-contrôles » devant permettre le « suivi régulier

automatisé » de ces structures avec pour finalité « l'inscription de chaque acteur dans une démarche de progrès ».

Cette initiative annoncée par courrier du président du Conseil général aux conseils d'administration des EHPAD concernés s'adossait à la procédure de contrôle des ESSMS de l'article L. 313-13 CASF et faisait intervenir « en qualité d'expert » un cabinet d'audit et de conseil d'envergure internationale. Ce cabinet était chargé par le département d'assurer seul la préparation du contrôle sur les volets financiers, ainsi que les logiques d'organisation et de fonctionnement (hébergement et dépendance). Pour ce faire, le cabinet était chargé d'envoyer à chaque établissement une clé USB vierge, charge à l'établissement de lui retourner avec l'ensemble des documents exigibles en vue d'une analyse préalable par les experts auditeurs. Une phase de visite sur place était ensuite réalisée conjointement par deux membres du Conseil général et quatre membres du cabinet d'audit. Ces derniers étaient alors chargés de la rédaction et de l'envoi à la direction de l'établissement inspecté d'un prérapport d'analyse, avant transmission de ce prérapport au département qui se chargeait de la rédaction du rapport final et de l'envoi en procédure contradictoire à l'établissement.

316. A travers ce métissage de l'inspection et de l'audit, plusieurs questions se posent. Au-delà de la mixité de l'équipe composée d'agents du Conseil général habilités au contrôle et d'« experts » auditeurs, c'est bien la relation entre la police administrative et le conseil qui est interrogée. La posture prise par le Conseil général ne semble pas lisible pour l'établissement contrôlé auquel l'autorité présente, dans la lettre d'annonce, son intervention comme un « contrôle ciblé », puis comme une « inspection » suivie du terme « étude » appliqué au travail des auditeurs. Les membres du cabinet d'audit étaient présentés comme des « experts » alors qu'ils participaient, au même titre que les agents du département, au contrôle. Ce contrôle dépassait l'objectif financier affiché par la collectivité territoriale et demandait l'accès aux dossiers des personnels et des résidents, alors que l'article L. 313-13 alinéa 5 du CASF n'en donne attribution qu'aux agents habilités du Conseil général. En l'espèce, les auditeurs experts ont pu demander par envoi préalable la communication de documents en l'absence de représentants du Conseil général, alors que certains documents sont soumis au secret professionnel et commandent d'être consultés sur place par des agents habilités¹³³².

Il se trouve également que l'ARS n'avait jamais été informée de ce programme d'inspections réalisées « conjointement » par le département avec un cabinet d'audit sur un périmètre qui

¹³³² Art. R. 314-56 CASF.

dépassait visiblement l'aspect financier des établissements. Si une inspection d'établissement sous autorisation conjointe, tel un EHPAD, peut être réalisée par une seule autorité d'autorisation, encore faut-il que cette inspection demeure dans le champ de compétence de cette autorité, et que cette dernière en informe l'autre autorité. Le fait de confier une partie de ses pouvoirs de contrôle à une personne privée peut ainsi apparaître comme un aveu d'incompétence du département, malgré la présence de ses agents « habilités » au sein de la mission, voire comme une défiance entre autorités de contrôle. Les fédérations et associations d'établissements n'ont pas tardé à réagir à cette pratique peu commune (FNADEPA, FHF, FEHAP AD-PA), et le DGARS a envoyé un courrier au président du Conseil général pour l'interroger sur les raisons de cette absence d'information mutuelle et sur la délégation de pouvoirs de police à des personnes privées au titre d'experts en dehors du cadre législatif prévu en la matière.

Cette illustration de la collaboration inédite entre inspection et audit n'a pas fait l'objet d'écho dans les médias en 2014. Il n'en a pas été de même pour l'enquête diligentée conjointement par l'ARS Ile-de-France et l'APHP aux urgences de l'hôpital Lariboisière à la fin de l'année 2018.

b) L'inspection conjointe entre inspecteur et inspecté : L'affaire des urgences de l'hôpital AP-HP Lariboisière.

317. Une autre affaire a donné lieu à des réactions des principaux syndicats des corps d'inspection du ministère des solidarités et de la santé qui ont saisi le comité de déontologie des ministères chargés des affaires sociales pour avis à la fin de l'année 2019. A la suite du décès d'une patiente de 55 ans retrouvée morte sur un brancard, dans la nuit du 17 au 18 décembre 2018, près de 12 heures après son admission, au sein du service d'accueil des urgences (SAU) de l'hôpital Lariboisière de l'AP-HP, la ministre de la santé avait demandé à l'ARS Ile-de-France, par lettre de mission du 21 décembre 2018, de « reconstituer la chronologie précise des faits » et « décrire les conditions de prise en charge au SAU » qui avait amené à cet événement indésirable grave relaté dans les médias avec une saisine parallèle du parquet¹³³³.

L'ARS Ile-de-France avait décidé d'une « mission conjointe » avec l'AP-HP sur le service des urgences de l'hôpital Lariboisière sur le fondement de l'article L. 6116-1 CSP. La lettre de mission co-signée par les deux directeurs généraux, de l'ARS, d'une part, et de l'AP-HP, d'autre part, demandait à deux médecins urgentistes (dont un professeur de médecine président

¹³³³ <https://www.leparisien.fr/paris-75/paris-une-patiente-meurt-aux-urgences-de-lariboisiere-18-12-2018-7971660.php>

de la collégiale des urgences de l'AP-HP et le chef du service des urgences de l'hôpital d'Aulnay-sous-Bois), à une directrice des soins membre de la « *Direction de l'inspection et de l'audit interne de l'AP-HP* »¹³³⁴, ainsi qu'à une IASS de l'ARS d'Ile-de-France, directrice de l'inspection de cette agence, de mener ensemble les investigations nécessaires.

Le rapport de la « mission d'enquête conjointe » a été publié le 14 janvier 2019 après mise en œuvre de la procédure contradictoire¹³³⁵. Signé par les membres de l'AP-HP et par l'inspectrice de l'ARS, ce rapport comprenait une analyse chronologique des événements et formulait « *en tant que de besoin des recommandations sur l'organisation et le fonctionnement du service d'accueil des urgences de l'hôpital Lariboisière et/ou de portées plus générale* ».

De toute évidence, les faits auraient dû donner lieu à une enquête suite à EIG qui répond normalement à la procédure d'inspection sur le fondement de l'article L. 6116-1 CSP relatif à la sécurité sanitaire. Dans ce cas, seuls des agents habilités à exercer la police administrative au sens des articles L. 1421-1 et L. 1435-7 CSP, sont en capacité de proposer au DGARS des mesures coercitives de suspension ou retrait de l'autorisation octroyée à l'établissement de santé ou de suspension en urgence du droit d'exercer d'un professionnel de santé, et qui s'imposent à l'établissement inspecté. Le recours à des médecins de l'établissement inspecté comme membres de la mission ou comme « experts » ou « personnes qualifiées » aurait dû être prohibé pour éviter tout conflit d'intérêt. Rien n'empêchait par ailleurs l'AP-HP de faire diligenter en parallèle un audit ou une inspection interne par sa « Direction de l'inspection et de l'audit interne ».

318. Dans son avis du 17 décembre 2019, le Comité de déontologie des ministères chargés des affaires sociales présidé par la Cheffe de l'IGAS a donné raison aux syndicats d'inspecteurs l'ayant saisi, en considérant que « *la décision de lancer sans délai une mission d'enquête et d'en déterminer les modalités lui [l'ARS] incombait en propre, et suppose la conclusion d'un rapport de l'ARS non conjoint et la mise en place par l'ARS et d'une procédure contradictoire à l'égard des services et personnes contrôlés* »¹³³⁶. Le Comité a ajouté que « *le statut de la direction de l'inspection et de l'audit interne ne lui confère pas toutes les garanties*

¹³³⁴ L'APHP est le seul établissement de santé qui dispose de ce type de direction d'inspection et d'audit interne en France depuis longtemps car un arrêté directeur du 28 mai 1903 en prévoyait l'existence, actualisé le 15 avril 2016. Cette direction est composée d'une dizaine d'agents.

¹³³⁵ <https://www.iledefrance.ars.sante.fr/deces-dune-patiente-aux-urgences-de-lhopital-lariboisiere-ap-hp-lap-hp-decide-demettre-en-oeuvre>.

¹³³⁶ Comité de déontologie des ministères chargés des affaires sociales, Avis n° 2019 – 5 – SA.

d'indépendance requise, ses conclusions pouvant être modifiées à la demande du directeur général de l'AP-HP »¹³³⁷.

Le glissement de l'inspection vers une mission conjointe avec la structure dans laquelle a eu lieu l'évènement et qui ne se conclut que par des recommandations pourrait dès lors apparaître, soit comme un audit gratuit mené par l'ARS sur le SAU, ce que l'existence d'une direction de l'audit interne tendrait à démentir, soit comme un *modus operandi* utilisé par les deux parties pour ne pas entrer en conflit ouvert, les liens entre cette ARS et le plus grand établissement de santé de France étant à la fois emprunts de crainte et de respect réciproques.

Cette affaire, certes inscrite dans le contexte particulier de l'Ile-de-France, peut toutefois faire craindre un « *mélange des genres* » qui mène progressivement à une instrumentalisation de l'inspection et sa reconversion en audit de processus au service de l'accompagnement, dans des cas qui relèvent normalement de la seule police administrative, alors même qu'une enquête judiciaire est en cours parallèlement. Comme le soulignait le syndicat national des MISP, « *ces dérives s'inscrivent dans un appauvrissement depuis des années de la mission d'inspection/contrôle au sein des ARS au profit de missions d'audit, d'accréditation, de certification. Elles vont de pair avec un effacement progressif des corps d'inspecteurs et leur substitution par des intervenants extérieurs rémunérés et donc beaucoup plus malléables* »¹³³⁸.

Toutefois, il apparaît que l'inspection peut conserver ses attributs de police administrative tout en s'articulant de manière complémentaire avec les démarches qualité.

§2 Des effets de substitutions juridiques : l'abandon ou la transformation de certains contrôles

Les nouveaux modes de régulation de la qualité font bouger les lignes des contrôles de police administrative. L'acquisition d'une juridicité par les processus évaluatifs entraîne l'abandon progressif des visites de conformité (A), et certains contrôles relatifs à la qualité et sécurité font l'objet d'une délégation à des organismes privés (B).

¹³³⁷ Référence au « *Guide de l'inspection et de l'audit de l'AP-HP* », pages 32 et 50.

¹³³⁸ SMISP/UNSA INFO n° 1 2020, <https://smisp.fr/inspection-le-comite-de-deontologie-donne-raison-a-l-uns-sante-cohesion-sociale>

A/ L'abandon progressif des visites de conformité

319. Lorsqu'un choix est à faire dans le sens de l'allègement des contrôles, c'est toujours le contrôle de l'autorisation qui est élu. Le nombre élevé de visites de conformité dans les secteurs sanitaires et sociaux semble justifier ce choix.

Dans le domaine des ESSMS, la loi du 2 janvier 2002 a permis un allègement drastique des visites de conformité puisque, depuis la loi du 2 janvier 2002, les renouvellements d'autorisation sont devenus par principe tacites¹³³⁹. Toutefois, lorsque le rapport d'évaluation externe révèle des dysfonctionnements au sein de l'établissement ou du service, l'autorité administrative doit enjoindre ce dernier de présenter une demande de renouvellement exprès dans un délai de 6 mois¹³⁴⁰. Aucun formalisme n'est alors imposé par les textes pour diligenter un contrôle particulier. Aussi, lorsque ce cas se présente, les ARS et les services de cohésion sociale ne procèdent plus à une visite de conformité. Ils ont mis en place un dispositif moins formaliste qui consiste à demander à l'établissement que leur soit envoyé un « plan d'action » dans lequel figurent les actions mises en place pour remédier aux points de vigilance soulignés dans le rapport d'évaluation externe.

Depuis la mise en place de ce dispositif, l'allègement des visites de conformité grâce aux évaluations externes a été significatif, comme l'a montré le rapport IGAS de juin 2017 relatif au dispositif d'évaluation interne et externe des ESSMS. Sur les 14 586 renouvellements d'autorisations prononcés au 1^{er} janvier 2017 pour 20 960 ESSMS ayant répondu à l'enquête, 13 846 autorisations ont été renouvelées tacitement, alors que seulement 746 l'ont été après injonction de produire une demande express¹³⁴¹. Dans les cas de demandes de renouvellement exprès, la visite de conformité est désormais réservée aux situations dans lesquelles l'évaluation a révélé des dysfonctionnements liés aux locaux et nécessitent des travaux importants pour y remédier. Une inspection peut également avoir lieu lorsqu'il ressort du rapport d'évaluation externe que des problèmes internes font encourir des risques pour la sécurité et le bien-être physique et moral des personnes accueillies. Cette inspection peut naturellement s'envisager avant même le dépôt du dossier de demande exprès de renouvellement en cas d'urgence.

¹³³⁹ Art L. 313-5 al 1 CASF.

¹³⁴⁰ Art. L. 313-5 al 2 CASF.

¹³⁴¹ Rapport IGAS n° 2016-113R, *Le dispositif d'évaluation interne et externe des établissements et services sociaux et médico-sociaux*, op. cit., Juin 2017.

Dans le domaine des établissements de santé, il n'y a pas d'isocompatibilité juridique avec le secteur social et médico-social. Cependant, le résultat sur l'allègement du nombre de contrôles est sensiblement le même. L'ordonnance du 3 janvier 2018 est venue allonger la durée minimum d'autorisation de 5 à 7 ans¹³⁴², elle permet de tenir compte des résultats de la certification HAS dans la décision d'autorisation du DGARS¹³⁴³, et a rendu facultative la visite de conformité¹³⁴⁴, que le rapport au président de la République jugeait « chronophage »¹³⁴⁵.

L'étude d'impact de l'ordonnance du 3 janvier 2018 publiée en décembre 2017 rappelait que *« pour l'année civile 2016 (du 1er janvier au 31 décembre), un nombre total de 753 autorisations sanitaires a été délivré sur le territoire national, très majoritairement dans le cadre de renouvellements d'autorisations existantes »* et que la future ordonnance permettrait de faire une économie de 527 visites par an, *« soit un gain lié aux moyens humains non mobilisés dans les ARS de 101 184 euros » (pour un binôme d'un IASS et d'un médecin conseil), associé à un « gain total moyen estimé pour un établissement de santé s'établissant à 326 euros par visite non réalisée »*¹³⁴⁶.

320. Cette évolution vers un allègement des « contrôles a priori » par la mise en avant des démarches qualité appelle plusieurs remarques.

Il faut rappeler, comme nous avons pu le relever, que la certification et l'évaluation ne sont plus seulement la traduction d'un label décerné à l'amélioration continue de la qualité, mais elles ont un effet direct en droit des autorisations. Ce rapprochement du droit souple avec la police administrative va dans le sens de la reconnaissance du caractère réglementaire de certaines recommandations de bonnes pratiques sanitaires émises par la HAS¹³⁴⁷, et par conséquent d'un pouvoir normatif de nature réglementaire à son endroit¹³⁴⁸. Rappelons aussi que, dans le droit fil d'une reconnaissance de justiciabilité des actes de droit souple, le tribunal administratif de Montreuil s'est déclaré compétent en 2013 pour connaître d'un recours en annulation à l'encontre d'un rapport de certification « avec réserves », laissant augurer une augmentation

¹³⁴² Art. L. 6122-8 CSP.

¹³⁴³ Art. L. 6122-2 CSP.

¹³⁴⁴ Art. L. 6122-4 CSP.

¹³⁴⁵ Rapport au Président de la République relatif à 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 du 4 janvier 2018).

¹³⁴⁶ Fiche n° NOR SSAH1719730R – SSAH1729747D : *« Le gain total (impact ARS + établissements de santé) attendu du fait de la suppression du caractère obligatoire de la visite de conformité s'établirait à environ 272 986 € par an, soit 818 958,00€ sur 3 ans ».*

¹³⁴⁷ ZOLEZZI C., *La force juridique des recommandations de bonne pratique. Regards croisés France-États-Unis*, prec.

¹³⁴⁸ CE, 27 avr. 2011, *Association pour une formation médicale indépendante*, n° 334396, Rec. p. 168, prec.

possible des contentieux administratifs à l'encontre de ce type de rapport et des décisions de l'ARS « tenant compte » de ces derniers pour refuser une autorisation¹³⁴⁹.

Toutefois, un risque de concurrence, à tout le moins de contradiction n'est pas exclu, entre les résultats auxquels les démarches qualité et l'inspection peuvent parvenir. Deux remarques peuvent être formulées à ce sujet.

La première remarque porte sur le contenu même des rapports de certification ou d'évaluation d'une part, et des rapports de contrôle ou d'inspection d'autre part, qui peuvent se révéler contradictoires entre eux, notamment sur la notion de « défaut de qualité ou de sécurité »¹³⁵⁰. Cette contradiction non souhaitable et évitable, notamment par le biais des « fiches interfaces » que les deux autorités se transmettent lors la procédure de certification des établissements de santé¹³⁵¹, est moins bien encadrée dans la procédure d'évaluation sociale et médico-sociale, où le rapport d'évaluation externe est moins prégnant, puisque le renouvellement d'autorisation se fait par tacite reconduction.

Par ailleurs, les ARS et les DDSC relèvent régulièrement des divergences de vues sur les contenus des rapports de certification ou d'évaluation d'une part, et les rapports d'inspection d'autre part, quant à l'appréciation du niveau de risques. Il faut sans doute y voir une articulation encore trop fragile entre ces outils, due à l'absence de lien entre amélioration continue de la qualité et gestion du risque qui permettrait d'avoir une vision plus « systémique » de l'établissement. Il ne faudrait pas que ce risque de contradiction s'amplifie si les rapports de certifications ou d'évaluation devaient à terme prendre le pas sur d'autres formes de contrôle a posteriori comme l'inspection dans les textes à venir.

La seconde remarque est spécifique aux établissements de santé. En permettant au DGARS de privilégier la certification à la visite de conformité, nous pouvons nous demander si le législateur n'introduit pas une inégalité de traitement entre les établissements de santé, selon la procédure interne qui préside ce choix, et selon les agences régionales auxquelles ils auront à faire¹³⁵². La question se pose de savoir si ces agences disposent réellement d'un pouvoir d'appréciation souverain quant aux recommandations contenues dans le rapport de certification.

¹³⁴⁹ TA Montreuil, 18 juil. 2013, *CHU de Reims*, n° 1206888 (prec.), et TA Montreuil, ord. Référé, 6 septembre 2012, *CHU de Reims*, n° 1206889 ; M. CORMIER, « Ordonnances hospitalières de janvier 2018 : le délicat équilibre entre pérennisation et précarisation des autorisations sanitaires », *op. cit.*, p. 310.

¹³⁵⁰ Art. R. 6122-34 10° CSP ; articles réglementaires du CASF relatifs aux conditions minimales d'organisation et de fonctionnement dans les différents types d'établissements et services sociaux et médico-sociaux.

¹³⁵¹ Voir procédure de certification des établissements de santé, avril 2019, page 5 (Documents d'interface et informations complémentaires).

¹³⁵² BARLET C., « Autorisations, inspection et contrôle des établissements de santé », *op. cit.*, p. 442.

En effet, lorsque plusieurs établissements demandent leur renouvellement d'autorisation, une ARS doit pouvoir offrir une position d'impartialité qui est un principe général du droit¹³⁵³, et se traduit en matière d'autorisation sanitaire, comme l'a fait remarquer Yannick FRANCIA¹³⁵⁴, par un « principe d'égalité de traitement dans l'instruction des deux projets concurrents »¹³⁵⁵ qui requiert, selon le juge administratif, une appréciation des « mérites respectifs » des demandes formées, lorsqu'il est impossible toutes de les satisfaire¹³⁵⁶. Nous le voyons, l'intégration de la qualité en droit des autorisations sanitaires laisse encore une part d'ombre que les ARS dans leur usage, et le juge administratif dans son interprétation, viendront sans doute éclairer.

Le secteur social et médico-social n'est pas non plus exempt de tout défaut. L'hétérogénéité des organismes habilités à procéder aux évaluations externes, la faiblesse du contenu de certains rapports d'évaluation externe et l'intérêt mitigé porté par les autorités administratives à ces derniers ne sont pas toujours à la hauteur des intérêts en jeu, à tel point que l'IGAS dans son rapport de novembre 2018 publié en janvier 2020 sur la transformation de l'offre de soins, a proposé de « *supprimer le caractère exclusif du lien entre le rapport d'évaluation externe et le renouvellement de l'autorisation* » en découplant la procédure d'évaluation et l'octroi de l'autorisation¹³⁵⁷.

Une dernière remarque s'impose. La tendance à l'allègement du contrôle « a priori » sous la forme de la visite de conformité semble compensée par la volonté actuelle de « privilégier le contrôle a posteriori » telle qu'émise dans une des recommandations relatives aux actions des ARS du « Ségur de la santé » en juillet 2020¹³⁵⁸. Ce souhait semble justifié par la volonté de faire « évoluer l'action des ARS vers l'accompagnement des projets plutôt que leur contrôle ». On peut alors se poser la question de savoir si cette forme de contrôle a posteriori ne sera pas d'avantage tournée vers l'évaluation que le contrôle de régularité. Ou alors vers un mouvement d'une externalisation plus poussée des contrôles qui est déjà bien engagé.

¹³⁵³ CE, 5 mai 1995, *Burruchaga*, n° 155820, Rec. p. 197 ; AJDA 1995. P. 753, obs. J.-P. THERON.

¹³⁵⁴ FRANCIA Y., « L'évolution des conditions d'octroi des autorisations sanitaires », *op. cit.*, p. 456.

¹³⁵⁵ CE, 19 nov. 1997, *Clinique Lamarque*, n° 149376, Rec. p. 436 et RFDA 1998 p. 212 ; CAA Nantes, 15 févr. 2001, *Centre d'imagerie médicale de Basse-Normandie*, n° 99NT02784, RDSS 2002 p. 262, obs. M. CORMIER ; CAA Bordeaux, 12 févr. 2004, *CH départemental Félix Guyon*, n° 00BX02037 et CAA Lyon, 13 juill. 2004, *P. et autres c/ Min. de l'emploi et de la solidarité*, n° 98LY00817 et 98LY01060.

¹³⁵⁶ CE, 10 mai 1996, *Min. délégué à la santé c/ Clinique St Paul*, n° 153592 ; V. également pour des autorisations délivrées par le CSA en matière audiovisuelle : CE, sect., 13 déc. 2002, *Sté Radio Monte-Carlo*, n° 221827, Rec. p. 452 ; AJDA 2003 p. 35, concl. D. Chauvaux.

¹³⁵⁷ Rapport IGAS n° 2018-018R, *Le pilotage de la transformation de l'offre de soins par le ARS*, novembre 2018, p. 48 (publié).

¹³⁵⁸ Mission NOTAT, *Recommandations du Ségur de la santé*, 21 juillet 2020, p. 134.

En allant plus loin, le législateur pourrait, comme dans le secteur social et médico-social, conditionner le renouvellement de l'autorisation au seul résultat de l'évaluation externe, ou bien externaliser l'autorisation à un organisme d'accréditation, comme c'est le cas pour les laboratoires de biologie médicale¹³⁵⁹, voire mettre en place un renouvellement d'autorisation basé sur l'autocontrôle.

L'abandon des visites de conformité va de pair avec la délégation de certains contrôles de la qualité et de la sécurité à des organismes privés.

B/ La délégation de certains contrôles de qualité et sécurité à des organismes privés.

321. L'arrivée des démarches qualités dans le secteur sanitaire et social a profondément modifié la place de l'inspection en tant qu'outil de service public à la main de l'État. D'autres manières de « regarder dedans » ont vu le jour, à l'initiative de l'État qui, au travers des démarches qualité, a créé de nouveaux contrôles par délégation. Une observation de l'existant permet d'évoquer l'idée d'une « gradation de la délégation » qui nous amène à distinguer selon le degré de délégation accomplie.

Le degré le plus faible d'externalisation concerne l'ancienne accréditation des ES devenue « certification » et qui relève de la HAS en tant qu'API. Dans ce cas, l'externalisation existe mais reste minimaliste, car la HAS délègue les visites et la rédaction du rapport de certification aux experts visiteurs mais la décision de certification revient à la HAS¹³⁶⁰. Il en va de même pour l'accréditation des médecins ou équipes médicales dont la procédure a été déléguée aux organismes privés agréés par la HAS, alors que la décision finale d'accréditation relève encore de cette autorité¹³⁶¹.

Constatons que la délégation est plus forte en matière d'évaluation des ESSMS, car la HAS n'a pas de droit de contrôle a priori sur le rapport d'évaluation externe rédigé par l'organisme habilité par elle. L'organisme habilité envoie directement ce rapport à l'établissement, à charge pour celui-ci de le transmettre à l'autorité administrative d'autorisation. Rappelons ici que l'évaluation produit un effet direct en droit des autorisations des ESSMS en mettant les

¹³⁵⁹ Art. L. 6221-2 I CSP.

¹³⁶⁰ Décision n° 2019.0073.DC/SCES du 17 avril 2019 du collège de la Haute Autorité de santé portant modification de la procédure de certification des établissements de santé – V2014 (JO du 27 avril 2019)

¹³⁶¹ Art. D. 4135-7 al 2 CSP.

clignotants, soit au vert, par reconduction tacite de l'autorisation, soit au rouge, en cas de dysfonctionnements repérés par l'évaluateur qui entraînera une injonction de l'autorité à la structure.

Mais la vague de fond de l'externalisation des contrôles relatif à la « qualité sécurité » est plus profonde. Ce mouvement dépasse le champ qui nous intéresse et il faut en saisir l'ampleur pour imaginer les interactions possibles avec l'« inspection » traditionnellement liée à la police administrative et réalisée par des agents publics.

En effet, certains contrôles de qualité sécurité présentent un degré d'externalisation plus important par la voie de l'habilitation ou de l'agrément à des organismes privés parfois chargés d'une mission de service public. Nous citerons les exemples du contrôle des dispositifs médicaux (1) et celui des laboratoires de biologie médicale (2).

1/ L'exemple du contrôle des dispositifs médicaux

322. Les dispositifs médicaux ne relèvent pas à proprement parler d'une externalisation d'un pouvoir de police administrative mais d'un choix stratégique européen. Ces dispositifs ont connu depuis cinquante ans un essor important et recouvrent des produits extrêmement nombreux (près de 2 millions), hétérogènes (pansements, stimulateurs cardiaques, pompes à insuline, dispositifs médicaux connectés en plein essor et qui posent de multiples questions en droit¹³⁶², etc), qui représentaient en France un marché estimé en 2010 à environ 21,3 milliards d'euros (hors équipements médicaux)¹³⁶³.

Ces dispositifs sont longtemps restés sans réglementation dans la plupart des pays européens, mise à part certains dispositifs qui faisaient l'objet d'un enregistrement ou d'une simple homologation comme en France¹³⁶⁴. Face à leur développement rapide et à la nécessité d'assurer la qualité des produits et la sécurité des usagers au niveau européen, une première directive a été prise en 1990 par l'Union européenne. Ainsi, à la différence du secteur du médicament qui combine, d'une part, un contrôle a priori par le biais des autorisations de mise sur le marché et, d'autre part, un contrôle a posteriori qui peut aboutir à une décision de suspension ou de retrait par l'ANSM, les dispositifs médicaux ont fait l'objet dans le cadre

¹³⁶² GAMBARDELLA S., NICOLAS G., BROSSET G., « La santé connectée et « son » droit : approches de droit européen et de droit français », 2017, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-02130736>.

¹³⁶³ Rapport IGAS, *Evolution et maîtrise de la dépense des dispositifs médicaux*, novembre, 2010 (publié).

¹³⁶⁴ AUDRY A., GHISLAIN J.-C., « L'histoire du dispositif médical et de son environnement réglementaire », in « Le dispositif médical », PUF, 2009, pp. 9-39.

européen d'une externalisation de leurs contrôles à des organismes dits « notifiés » en droit européen¹³⁶⁵ ou « habilités » en droit français¹³⁶⁶.

En France, les organismes habilités par l'ANSM sont chargés de délivrer à la demande du fabricant une certification pour chaque dispositif médical¹³⁶⁷. En application des articles R. 5211-54 à R. 5211-64 CSP, un organisme peut être habilité par l'ANSM pour une période maximale de cinq à délivrer un « certificat de conformité »¹³⁶⁸ attestant de la performance et de la conformité des dispositifs médicaux à des « exigences essentielles » fixées par les directives européennes et relative à la sécurité et la santé des patients, des utilisateurs et des tiers (conformément au système d'assurance qualité européen prévu à l'article R. 5211-40 CSP). Une fois sur le marché, le dispositif médical est placé sous la responsabilité du fabricant.

Cette habilitation permet à ces organismes de réaliser des contrôles sur les fabricants de dispositifs, parfois désignés par eux sous le terme d' « audits »¹³⁶⁹, de suspendre ou annuler le cas échéant le certificat¹³⁷⁰ et d'en informer le DG de l'ANSM¹³⁷¹. Pour assurer ses missions, un organisme de contrôle doit souscrire une assurance couvrant sa responsabilité civile¹³⁷². En contrepartie, l'ANSM procède à « *la surveillance et au suivi continu des organismes qu'elle a habilités pour garantir le respect permanent des obligations* »¹³⁷³ et elle peut décider de la suspension ou retrait de l'habilitation en cas de non-respect des conditions de la surveillance par l'organisme¹³⁷⁴. Nous verrons que cette attribution d'un pouvoir de certification, de contrôle et de suspension/retrait à un organisme privé sous surveillance des agences nationales de sécurité sanitaire a été remise en cause dans le cadre de l'affaire des prothèses *PIP*, et pose inévitablement la question de la responsabilité civile et pénale des organismes privés, mais aussi des États chargés de les surveiller, alors qu'un accident peut faire suspecter un défaut de contrôle.

¹³⁶⁵ La première directive européenne est la n°90/385/CEE du 20 juin 1990 relative aux dispositifs médicaux, modifiée par la directive 93/42/CEE du 14 juin 1993. Un nouveau règlement européen DM 2017/745 adopté en avril 2017 et applicable depuis mai 2020 est venu remplacer ces directives et implique de nouvelles implications pour les fabricants et couvre plus de produits.

¹³⁶⁶ Art. 5211-54 CSP.

¹³⁶⁷ Art. L. 5211-3 CSP.

¹³⁶⁸ Marquage « CE » du dispositif médical.

¹³⁶⁹ Art. R. 5211-56 CSP.

¹³⁷⁰ Art. R. 5211-63 CSP.

¹³⁷¹ Art. R. 5211-64 CSP.

¹³⁷² Art. R. 5211-56 5° CSP.

¹³⁷³ Art. R. 5211-56-1 CSP.

¹³⁷⁴ Art. R. 5211-58 CSP.

2/ L'exemple du contrôle des laboratoires de biologie médicale

323. Le second exemple d'externalisation complète réalisée en France et qui illustre cette fois-ci parfaitement la transformation d'une autorisation en dispositif d'accréditation/certification est celui de l'activité des LBM confiée au COFRAC. Le COFRAC a été créé en 1994 à l'initiative des pouvoirs publics sous forme d'association à but non lucratif. Il s'est vu confié une mission de service public qui est de s'assurer de la compétence et de l'impartialité des organismes d'évaluation de la conformité (OEC), généralement désignés comme « organismes de contrôle ». En 2008, en application du règlement européen¹³⁷⁵, l'État français a désigné le COFRAC comme unique « instance nationale d'accréditation »¹³⁷⁶.

Parmi les nombreux secteurs d'intervention du COFRAC en charge de la « normalisation » des activités d'une part¹³⁷⁷, et de l'accréditation des organismes de contrôle chargés d'en certifier la conformité d'autre part¹³⁷⁸, le secteur « Santé et action sociale » du COFRAC a connu un développement exponentiel avec la certification des produits et de services de santé et médico-sociaux¹³⁷⁹, la certification de systèmes de management¹³⁸⁰, la certification de certains essais¹³⁸¹ ou encore les comparaisons interlaboratoires¹³⁸².

L'exemple le plus emblématique en termes de transfert de contrôle est celui qui a trait aux laboratoires de biologie médicale. Le COFRAC a été chargé par l'article 5 de l'ordonnance 13 janvier 2010 relative à la biologie médicale¹³⁸³ d'assurer l'accréditation obligatoire¹³⁸⁴ de

¹³⁷⁵ Règlement (CE) n° 765/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 fixant les prescriptions relatives à l'accréditation et à la surveillance du marché pour la commercialisation des produits.

¹³⁷⁶ Décret n° 2008-1401 du 19 décembre 2008 relatif à l'accréditation et à l'évaluation de conformité pris en application de l'article 137 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

¹³⁷⁷ Transports, logistiques et infrastructures ; Systèmes de management ; Étalonnage ; Eau, nature et biodiversité ; Domaine agricole et agroalimentaire ; Politiques et actions publiques ; Sécurité énergétique ; Efficacité et transition énergétique ; Prévention des risques de nuisances ; Tourisme, restauration, commerce, artisanat et loisirs ; Formation professionnelle. (site <https://www.cofrac.fr/nos-domaines-dapplication/>).

¹³⁷⁸ Le Cofrac présente son rôle d'accréditation des organismes d'évaluation de la conformité comme « un second niveau de contrôle » (site : <https://www.cofrac.fr/quest-ce-que-laccréditation/laccréditation-kesako/>)

¹³⁷⁹ Norme *NF EN ISO/IEC 17065* (notamment certification des établissements d'hébergement pour personnes âgées, certification des services aux personnes à domicile, certification du transport à la demande de personnes à mobilité réduite, certification des établissements et services d'accueil du jeune enfant, certification de services).

¹³⁸⁰ Norme *NF EN ISO/IEC 17021-1* relative notamment à la certification de systèmes de management de la qualité et à la certification des systèmes de management de la sécurité de l'information des hébergeurs de données de santé

¹³⁸¹ Norme *EN ISO/IEC 17025* relative aux contrôles sanitaires, notamment sur la fiabilité des analyses et essais sur les secteurs aussi différents que l'eau, les champs électromagnétiques, la qualité de l'air extérieur ou intérieur, l'amiante, les légionnelles.

¹³⁸² Norme *NF EN ISO/IEC 17043* qui se décline sur la biochimie, la pharmacotoxicologie, sérologie infectieuse, virologie, bactériologie, etc.

¹³⁸³ Ordonnance n° 2010-49 du 13 janvier 2010 relative à la biologie médicale (JO du 15 janvier 2010)

¹³⁸⁴ Art. L. 6221-1 CSP.

l'ensemble des LBM situés en établissements de santé ou non¹³⁸⁵, et de suspendre ou retirer cette accréditation lorsque la laboratoire « ne satisfait plus aux critères »¹³⁸⁶.

L'idée d'un transfert de l'autorisation préalable à l'accréditation sur le secteur des laboratoires a fait l'objet de plusieurs rapports¹³⁸⁷ qui soulignaient la nécessité d'assouplir la réglementation française afin de faciliter les regroupements¹³⁸⁸ et de remplacer le système d'autorisation issu de la loi de 1975 relative aux « laboratoires d'analyses de biologie médicale » par un dispositif d'amélioration continue de la qualité qui repose sur un contrôle externalisé des vigilances¹³⁸⁹. Ces rapports ont donné lieu à l'ordonnance du 13 janvier 2010 qui a instauré le système d'accréditation en la matière¹³⁹⁰. Procédure couteuse et lourde¹³⁹¹, l'accréditation des laboratoires s'est faite par paliers avec un objectif de 100% des examens de biologie médicale accrédités initialement fixé au 1^{er} novembre 2020, puis repoussé au 1^{er} mai 2021 en raison de la crise sanitaire liée à la Covid 19¹³⁹².

Dans ce contexte, le juge a été amené à se prononcer, lors d'un recours en annulation pour excès de pouvoir à l'encontre du décret n° 2015-205 du 23 février 2015 relatif aux modalités de dépôts des demandes d'accréditation, sur la garantie que ce dispositif présentait, tant en matière de sécurité juridique, que de respect de la liberté du commerce et de l'industrie. Le Conseil d'État n'a pas donné raison à la requête du syndicat de laboratoires en considérant que les conditions d'accréditation posées par le décret de 2015 respectaient l'exigence de poursuite d'un objectif de santé publique, au motif que la transmission des documents de demandes d'accréditation par les laboratoires était possible dans les délais prévus par le décret, et parce-que que « *le principe de liberté du commerce et de l'industrie implique que les personnes publiques n'apportent pas aux activités de production, de distribution ou de services exercées par des tiers des restrictions qui ne seraient pas justifiées par l'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi* »¹³⁹³.

¹³⁸⁵ Art. L. 6221-2 I CSP.

¹³⁸⁶ Art. L. 6221-2 III CSP

¹³⁸⁷ AULOIS-GRIOT M., « La réforme de la biologie médicale : comment améliorer la fiabilité, l'accessibilité et l'efficacité des examens biologiques ? », *RDSS* 2010, p. 487.

¹³⁸⁸ Cour des comptes, *La Sécurité sociale*, sept. 2005, p. 53-68.

¹³⁸⁹ IGAS, *La biologie médicale en France : bilan et perspectives*, 2006 ; BALLEREAU M., Rapport pour un projet de réforme de la biologie médicale, 23 sept. 2008.

¹³⁹⁰ Ordonnance n° 2010-49 du 13 janvier 2010 relative à la biologie médicale prise en application de l'article 69 de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 dite HPST, *prec.*

¹³⁹¹ La procédure d'accréditation représente une charge financière non négligeable pour des laboratoires de petite taille comme les laboratoires exploités par le médecin biologiste qui fait la demande en son nom propre.

¹³⁹² Loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne.

¹³⁹³ CE, 27 oct. 2016, *Syndicat des biologistes*, n° 389017.

324. Selon un rapport de la CDC relatif à la biologie médicale rendu en juillet 2013, la France est un des rares pays européens, à avoir fait le choix d'une accréditation obligatoire pour les laboratoires de biologie médicale. Dans la plupart des États européens, la démarche d'accréditation repose sur le volontariat des laboratoires et, pour les rares États ayant institué une obligation, cette dernière est en général limitée à certains examens complexes ou certains contextes¹³⁹⁴.

La substitution de l'accréditation à l'autorisation a été précisée dans les textes et analysée dans la jurisprudence.

En application de l'article L. 6221-6 CSP, le COFRAC transmet sans délai à la HAS à l'ANSM, à l'ABM, ainsi qu'à l'ARS les décisions d'accréditation, de suspension ou de retrait d'accréditation qu'il a pu prendre. Le biologiste responsable du laboratoire doit également informer ces autorités de tout événement affectant son fonctionnement et susceptible d'entraîner un risque majeur pour la santé des patients¹³⁹⁵.

La jurisprudence a eu à se prononcer sur la nature juridique d'une décision du COFRAC prise dans ce cadre. Une décision d'accréditation, de suspension ou de retrait par le COFRAC est soumise à procédure contradictoire préalable, et le retrait ou la suspension est, selon un arrêt du Conseil d'État du 23 décembre 2010 *Conseil nat. de l'ordre des médecins et Synd. Nat. des médecins biologistes*, susceptible de recours en annulation devant le juge administratif¹³⁹⁶. Dans cet arrêt, le Conseil d'État, saisi d'un recours en annulation dans le cadre d'une procédure d'accréditation de LBM sur le fondement de l'ordonnance du 13 janvier 2010, a considéré que le COFRAC a été chargé par l'État français « *de l'exécution d'une mission de service public administratif* » et qu'« *aucun principe ni règle à valeur constitutionnelle ne faisait obstacle à ce que l'auteur de l'ordonnance attaquée confie une mission de service public à un organisme privé et l'investisse, à cette fin, sous le contrôle de l'Etat, de prérogatives de puissance publique de la nature de celles qui viennent d'être évoquées* »¹³⁹⁷. Le Conseil d'État a également considéré que « *les décisions par lesquelles le Cofrac retire ou suspend l'accréditation [...] ne présentent pas le caractère d'une sanction* », [...] « *n'ont pas un caractère juridictionnel* » et

¹³⁹⁴ C. comptes, rapp., *La biologie médicale*, 18 juill. 2013, p. 52.

¹³⁹⁵ Art. L. 6221-7 CSP.

¹³⁹⁶ CE, 23 déc. 2010, *Conseil nat. De l'ordre des médecins et Synd. Nat. des médecins biologistes*, n° 337396, Rec. p. 988.

¹³⁹⁷ La prérogative de puissance publique du Cofrac figure dans le considérant précédent du Conseil d'Etat et consiste en une « *mission d'intérêt général d'attestation de la capacité des laboratoires de biologie médicale à réaliser des examens dans de bonnes conditions, pour l'exécution de laquelle il (le Cofrac) a été habilité à délivrer, suspendre ou retirer l'accréditation conditionnant la possibilité, pour un laboratoire, d'exercer son activité* ».

« n'ont pas pour objet ou légalement pour effet de déroger [...] au principe général du droit selon lequel le recours pour excès de pouvoir est ouvert, même sans texte, contre tout acte administratif », conférant ainsi à la décision de retrait ou de suspension d'accréditation le caractère de décision administrative susceptible de faire grief.

325. Les critères ici repris des jurisprudences *NARCY* et *APREI* montrent dans quelles mesures une association privée à but non lucratif peut être investie par habilitation ou agrément, non seulement d'un pouvoir de normalisation, mais de surcroît du pouvoir de contrôler le respect de ces normes techniques, soit elle-même, soit par l'intermédiaire d'autres organismes privés accrédités dans le cadre que la loi autorise. On ne pourrait cependant voir dans cette délégation une transmission d'un pouvoir de police administrative à un organisme privé, car les normes instituées et leur contrôle concernent, du moins à première vue, la qualité et non la sécurité. Par ailleurs cette délégation est exercée par la voie de l'habilitation/agrément dans le cadre d'une mission de service public, et non par celle d'une délégation contractuelle d'activités juridiques ou d'activités matérielles relevant d'un pouvoir de police administrative qui est prohibée par la jurisprudence¹³⁹⁸.

Cependant, on peut se demander dans quelle mesure le contrôle exercé par l'État sur la mission de service public du COFRAC est efficace. Ce contrôle est assuré par le délégué interministériel qui exerce les fonctions de Commissaire du gouvernement auprès du COFRAC au sein de son conseil d'administration. Celui-ci peut s'opposer à ses décisions notamment s'il les juge contraires à l'intérêt général. Le fait-il et dans quelles conditions ? Le COFRAC est également soumis à des audits réalisés par les pairs au niveau européen ou international¹³⁹⁹ et destinés à vérifier notamment la conformité du fonctionnement du COFRAC à la norme ISO/CEI 17011¹⁴⁰⁰. L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) réalise également des contrôles sur le COFRAC dans le cadre de l'activité des « bonnes pratiques de laboratoires »¹⁴⁰¹ et des audits internes sont réalisés par du personnel indépendant de l'activité auditée.

¹³⁹⁸ CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, Rec. p. 595, en matière de délégation de pouvoirs de police rurale à une fédération de chasse et de pêche.

¹³⁹⁹ International Laboratory Accreditation (ILAC) et International Accreditation Forum (IAF) au niveau mondial ; European co-operation for Accreditation (EA) au niveau européen.

¹⁴⁰⁰ Norme *ISO/IEC 17011 :2017* Évaluation de la conformité – Exigences pour les organismes d'accréditation procédant à l'accréditation d'organismes d'évaluation de la conformité.

¹⁴⁰¹ V. Série OCDE/GD(95)66 relative aux principes de bonnes pratiques de laboratoire et la vérification du respect de ces principes, 1995.

Depuis la mise en place de l'accréditation/certification des LBM, les autorisations administratives permettant le fonctionnement de ces laboratoires implantés en France sont ainsi devenues caduques et ont été remplacées par une simple déclaration préalable à l'ARS de rattachement¹⁴⁰². Le fonctionnement d'un laboratoire dépend dorénavant entièrement de l'accréditation COFRAC. Cette accréditation constitue une condition suspensive d'ouverture et de fonctionnement des laboratoires implantés en France, ou des laboratoires implantés à l'étranger et qui voudraient ouvrir un site en France¹⁴⁰³. L'accréditation entraîne donc mécaniquement une diminution des contrôles directs réalisés en par l'administration française sur ces laboratoires. Nous pouvons citer la disparition du retrait de l'autorisation administrative pour inobservation d'une disposition légale ou réglementaire¹⁴⁰⁴, la disparition des enquêtes visant à assurer la protection de la santé publique en cas de conditions dangereuses par les enquêtes réalisées par les MISP ou les PHISP¹⁴⁰⁵, la disparition du retrait d'autorisation lorsque le compte rendu du contrôle de la bonne exécution des analyses fait apparaître que celles-ci ne sont pas pratiquées de manière satisfaisante¹⁴⁰⁶, ou encore la suppression de la sanction pénale prévue à l'ancien L. 6214-2 CSP en cas de fonctionnement du laboratoire sans autorisation administrative.

Il ressort ces observations que l'État ne pouvant tout faire a décidé de « faire faire » les normes et leurs contrôles. Nous pouvons voir dans ce transfert d'activité une meilleure organisation des tâches pour recentrer l'État sur la stratégie de santé publique ou bien stigmatiser une simple libéralisation du système justifiée par la nécessité de réduire les dépenses publiques et celles de l'assurance maladie.

Quoi qu'il en soit, l'effet de concurrence que nous avons relevé ici entre les démarches qualité et l'inspection ne fait pas obstacle à la recherche d'une complémentarité des moyens de contrôle qui se réalise au risque d'une certaine confusion des contrôles.

¹⁴⁰² Art. L. 6222-1 à L. 6222-8 CSP.

¹⁴⁰³ Art. L. 6221-3 CSP.

¹⁴⁰⁴ CE, 24 oct. 1990, *Legendi*, n° 73224, Lebon.

¹⁴⁰⁵ Ancien article R. 6211-14 CSP ; CE, 25 févr. 1994, Min. délégué à la santé. req. n° 153202.

¹⁴⁰⁶ Ancien article D. 6123-6 CSP

Sect. 2 – La recherche d’une complémentarité des moyens de contrôle au risque de leur confusion.

Malgré les différences existantes entre l’inspection et l’évaluation ou la contractualisation, les praticiens de l’inspection cherchent à mieux articuler ces différentes démarches entre elles en poursuivant l’objectif d’obtenir une « carte d’identité qualité par établissement »¹⁴⁰⁷.

Il convient de présenter en quoi consiste cette recherche de complémentarité (§1), avant de mesurer le risque de confusion des finalités et des pratiques que sous-tend cette recherche (§2).

§1 La recherche de complémentarité des moyens de contrôle relatifs à la qualité et sécurité

L’enjeu de la complémentarité des démarches de contrôle de la qualité et sécurité est double. Il est d’abord nécessaire de préserver des logiques spécifiques à chacune de ces démarches afin de garantir une lisibilité aux établissements et services. Il faut ensuite permettre une meilleure intégration de la fonction inspection-contrôle aux côtés des autres fonctions concourant à la qualité¹⁴⁰⁸. Il n’est pas certain que ce vœu formulé par le rapport IGAS de 2013 soit complètement exaucé, car même si la fonction inspection-contrôle a essayé de se recentrer sur les risques liés à la sécurité et la qualité, elle n’est pas à l’abri d’être utilisée pour garantir la performance médico-économique des établissements et services.

Selon nous, la recherche de complémentarité des démarches de contrôle de la qualité et sécurité passe par une meilleure analyse des signaux et les indicateurs en provenance des établissements et services (A), et par le renforcement du lien entre inspection et contractualisation (B).

¹⁴⁰⁷ Rapport Igas n° RM2013-010P, *Articulation de la fonction inspection contrôle des ARS avec les autres fonctions concourant à l’amélioration de la qualité au sein des établissements sanitaires et médicosociaux (certification, évaluation, contractualisation)*, op. cit., p. 7.

¹⁴⁰⁸ Rapport Igas *Articulation de la fonction inspection contrôle des ARS avec les autres fonctions concourant à l’amélioration de la qualité au sein des établissements sanitaires et médicosociaux (certification, évaluation, contractualisation)* op. cit., p. 3.

A/ La recherche d'une complémentarité de l'inspection avec les démarches qualité par les signaux et les indicateurs de risque en provenance des établissements et services.

326. Face à la multitude d'établissements et services à contrôler et la diminution de l'activité inspection, l'objectif est de cibler pour mieux agir, selon la règle du « maximin » empruntée au philosophe américain John RAWLS qui suppose que l'on peut faire mieux avec moins¹⁴⁰⁹.

Un constat s'impose. Les démarches qualités qui sont à l'œuvre avec la certification, l'accréditation et l'évaluation externe ou interne ou encore la contractualisation sont nécessaires mais insuffisantes pour servir correctement au ciblage des établissements à inspecter. Même si ces démarches visent l'amélioration continue de la qualité, elles ne donnent qu'une image très ponctuelle de l'état d'une structure, ou une intention de mettre en place des procédures qui devront être évaluées par la suite. Dans son manuel qualité d'avril 2019, la HAS explique que la certification cherche à « évaluer avant tout l'existence et la maturité de projets relatifs à la qualité et la sécurité. Ce positionnement inscrit la certification en complémentarité des dispositifs d'inspection et de contrôle qui permettent d'assurer la fonction régaliennne de l'État. L'inspection permet de contrôler le respect des textes législatifs et réglementaires garantissant la sécurité des patients, les bonnes pratiques professionnelles, la qualité des soins, le droit à l'information des patients »¹⁴¹⁰.

Remarquons qu'à travers cette assertion, la HAS autorise une sorte d'empiètement de l'inspection sur les démarches qualités par le recours aux bonnes pratiques professionnelles en plus des normes législatives et réglementaires, ce qui démontre en pratique, comme nous le verrons, une certaine porosité entre les démarches, même si l'ANESM se défendait de tout lien entre évaluation et inspection.

327. Malgré cette porosité des démarches, l'articulation de l'inspection avec la certification et l'évaluation externe demeure faible dans les textes et dans la pratique.

En matière de certification, cette articulation se réalise à deux occasions. La première lorsque la fiche interface est envoyée par l'établissement de santé à la HAS avec la synthèse des dernières inspections réalisées et la possibilité pour la HAS de différer la visite de conformité

¹⁴⁰⁹ RAWLS J., *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 1971.

¹⁴¹⁰ Manuel Certification avril 2019 page 5.

si un problème de sécurité sanitaire est en attente de mise en conformité. Il faut souligner ici que les enquêtes suite à EIG dans les établissements de santé ne sont encore que très rarement transmises par les ARS à la HAS. La seconde occasion se réalise lorsque « *Les faits ou manquements mettant en jeu la sécurité des patients, constatés par les personnes chargées d'effectuer la visite de certification, sont portés à la connaissance des autorités compétentes* », par la HAS qui doit alors suspendre la certification en cours pour laisser place à une éventuelle inspection de l'ARS¹⁴¹¹.

En ce qui concerne l'évaluation externe qui a lieu en moyenne tous les sept ans, l'articulation avec l'inspection est encore plus ténue. Les rapports d'évaluation externe qui sont formalisés selon le cadre référentiel global d'évaluation de 2007¹⁴¹² n'offrent pas de standardisation qui permettrait une exploitation ultérieure efficace au regard du nombre d'établissements et services soumis à la procédure d'évaluation à la même période¹⁴¹³. Ainsi, cette articulation se matérialise essentiellement lorsque le renouvellement exprès est demandé par l'autorité d'autorisation à la suite d'une évaluation qui montrerait des dysfonctionnements importants, sans d'ailleurs que l'inspection soit l'outil forcément privilégié pour caractériser et objectiver les difficultés de l'établissement.

328. Afin de mieux mobiliser la « fonction régaliennne de l'État » au bon moment et pour la bonne cause, ce n'est pas sur l'inspection que l'attention s'est portée, mais sur les établissements et services qui sont dans l'obligation de produire et fournir des données permettant non seulement un meilleur accompagnement, mais aussi en cas de besoin, un ciblage de l'inspection par l'analyse des risques.

Ces données proviennent en premier lieu des déclarations obligatoires des évènements indésirables qui sont traités sous l'angle de l'accompagnement plutôt que sous l'angle de l'inspection-sanction (1). Elles proviennent en second lieu d'une série d'indicateurs propres aux établissements et services et qui, tout en visant la performance et la qualité au sein des établissements et services, alimentent l'inspection (2).

¹⁴¹¹ Art. R. 6113-14 al. 2 CSP et R. 161-70 al 3 CSS.

¹⁴¹² Annexe 3-10 du décret 975-2007 du 15 mai 2007 du CASF.

¹⁴¹³ Sur les 38 500 ESSMS concernés par la campagne d'évaluation externe, 24 500 arrivaient en fin d'autorisation. au 4 janvier 2017 et devaient faire l'objet d'une évaluation externe à transmettre aux autorités administrative.

1/ L'utilisation des déclarations obligatoires, ou l'inspection par exception.

Le principe de déclaration obligatoire repose sur la culture de l'erreur positive largement répandue dans les établissements et les services à la faveur des textes (a). Cette culture a tendance à faire de l'inspection un mode de réponse par défaut rattaché à l'idée de sanction (b).

a) Le principe de l'accompagnement des structures par la culture de l'erreur positive

329. Face à la sous-déclaration des événements indésirables en établissements sanitaires et médico-sociaux par crainte d'une sanction interne ou externe¹⁴¹⁴, le choix du législateur s'est porté sur un dispositif de déclarations obligatoires qui ne doivent pas être traitées par la sanction mais par l'accompagnement. Le concept de « culture non punitive » ou de « culture positive de l'erreur » s'est développé depuis une vingtaine d'années dans le secteur sanitaire, relayé par la HAS avec les démarches de certification et d'accréditation fondées sur l'amélioration continue de la qualité et les organisations apprenantes. Il en résulte une transition d'une culture de la faute (focalisée sur la personne, le comportement inadapté, l'insuffisance de connaissance ou de formation) à celle de l'apprentissage par l'erreur qui trouve souvent son origine dans les défaillances d'une organisation. Selon James REASON, *« Les erreurs humaines sont inévitables...Elles sont le prix à payer de la performance humaine....Bien que nous ne puissions changer la condition humaine, nous pouvons modifier les conditions dans lesquelles les humains travaillent... »*¹⁴¹⁵.

Afin de travailler sur ces erreurs, le principe de déclaration obligatoire d'un événement indésirable lié aux soins a été mis en place auprès des ARS. Il avait déjà été instauré pour les services de santé par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé¹⁴¹⁶. La loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique a restreint la déclaration aux seuls événements « graves » et a remplacé le terme « accident » médical par « événement indésirable grave lié à des soins », mais il a fallu attendre le décret du 25 novembre 2016 pour qu'un texte réglementaire donne une définition de

¹⁴¹⁴ Collectif d'auteurs, 2007, « Les systèmes de signalements des événements indésirables en médecine », *DRESS, Etude et Résultats*, n°584, p. 4 ; www.drees.sante.gouv.fr/les-systemes-de-signalement-des-evenement.

¹⁴¹⁵ REASON J., « Human error : models and management », *BMJ*, vol. 320, n°7237, 18 mars 2000, p.768-770.

¹⁴¹⁶ Art. L. 1413-14 CSP.

l'évènement indésirable grave associé aux soins (EIGAS)¹⁴¹⁷. L'évènement indésirable « non grave » associé aux soins est quant à lui règlementé à l'article R. 1413-66-1 CSP¹⁴¹⁸.

330. Dans les ESSMS, la procédure est plus pesante et plus récente¹⁴¹⁹ car, parallèlement à la déclaration obligatoire des EIGAS prévue aux articles L. 1413-14 et L. 1413-15 CSP, une obligation de signalement coexiste pour tout dysfonctionnement grave à l'article L. 331-8-1 CASF. C'est donc un double système de déclaration qui subsiste sur ce secteur. Cependant, le décret n° 2016-1813 du 21 décembre 2016 relatif à l'obligation de signalement des structures sociales et médico-sociales, pris en application de la loi ASV du 28 décembre 2015¹⁴²⁰, a prévu la convergence des déclarations d'évènements qui sont censées arriver toutes sur le « point focal régional », aussi appelé « portail des évènements sanitaires indésirables » à l'ARS¹⁴²¹, y compris pour celles qui relèvent des signalements non relatifs aux soins¹⁴²².

C'est à cette étape de la remontée des données que la culture de l'erreur positive a trouvé sa place.

331. Une procédure d'accompagnement des établissements a été élaborée pour favoriser la déclaration, le traitement et la prévention des causes des évènements afin d'éviter leur réitération. Dans le champ sanitaire et médico-social, chaque évènement est traité par l'ARS en lien avec des agences nationales compétentes et la HAS. Le principe d'accompagnement veut aussi que des « *Structures régionales d'appui à la qualité des soins et à la sécurité des patients* » (SRAQSS ou SRA) aient été placées par le décret n° 2016-1606 du 25 novembre 2016 précité auprès des ARS et des déclarants. Chaque SRA « *aide les professionnels de santé concernés à analyser les déclarations des évènements indésirables graves [...] et contribue ainsi à éclairer le directeur général de l'agence régionale de santé sur les conclusions à en tirer* »¹⁴²³. Ces nouvelles structures doivent ainsi assurer aux établissements, aux services, à tous les

¹⁴¹⁷ Décret n° 2016-1606 du 25 novembre 2016 relatif à la déclaration des évènements indésirables graves associés à des soins et aux structures régionales d'appui à la qualité des soins et à la sécurité des patients ; art. R. 1413-67 CSP : « *Un évènement indésirable grave associé à des soins réalisés lors d'investigations, de traitements, d'actes médicaux à visée esthétique ou d'actions de prévention est un évènement inattendu au regard de l'état de santé et de la pathologie de la personne et dont les conséquences sont le décès, la mise en jeu du pronostic vital, la survenue probable d'un déficit fonctionnel permanent y compris une anomalie ou une malformation congénitale* ».

¹⁴¹⁸ Art. R. 1413-66-1 CSP : « *Un évènement indésirable associé aux soins réalisés lors d'investigations, de traitements, d'actes médicaux à visée esthétique ou d'actions de prévention est un évènement inattendu au regard de l'état de santé et de la pathologie de la personne et ayant des conséquences potentiellement préjudiciables* ».

¹⁴¹⁹ AIMEUR A., GUYONNET J.-P., *Déclarer un évènement indésirable grave associé à des soins, de la fonction de prévention à la fonction d'alerte à l'autorité sanitaire*, Revue droit et santé, n° 83, 2018 p. 356 à 367.

¹⁴²⁰ Arrêté du 28 décembre 2016 relatif à l'obligation de signalement des structures sociales et médico-sociales.

¹⁴²¹ Décret n° 2016-1151 du 24 août 2016 relatif au portail de signalement des évènements sanitaires indésirables (article D.1413-58 CSP).

¹⁴²² Art. R. 331-8 à R. 331-10 CASF.

¹⁴²³ Art. R. 1413-75 et s. CSP.

professionnels de santé et à l'ARS un soutien méthodologique pour la promotion de la déclaration, la gestion et l'analyse des causes immédiates et des causes profondes, la mise en place d'un programme de gestion des risques associés aux soins, et une expertise sur la prévention des événements indésirables.

Les SRA sont des structures à but non lucratif dotées de la personnalité morale. Elles peuvent avoir une origine réglementaire, comme les CPIAS¹⁴²⁴ ou les OMEDIT¹⁴²⁵, ou non réglementaire, comme le groupement de coopération sanitaire « Coordination pour l'amélioration des pratiques professionnelles en santé » en Bretagne (CAPPS).

En application de l'article R. 1413-76 CSP, le DGARS désigne dans sa région une ou des SRA, coordonnées entre elles, après appel à candidature, pour une durée de cinq ans renouvelable par tacite reconduction. Ces structures doivent se conformer à un cahier des charges assez lourd défini par arrêté du ministre chargé de la santé précisant notamment les critères de compétences professionnelles, d'indépendance de leurs travaux et de gouvernance¹⁴²⁶. Il détermine la composition minimale de l'équipe avec un médecin, un infirmier, un professionnel ayant une activité de direction ou d'encadrement au sein d'une structure sanitaire ou médico-sociale. Cette équipe peut être complétée par des professionnels de la qualité et de la gestion des risques. Pour fonctionner, la SRA peut bénéficier de plusieurs types de financements, notamment des subventions annuelles de l'ARS déterminé dans le cadre d'un CPOM signé entre la SRA et l'ARS¹⁴²⁷. Ce CPOM détermine les autres types de financements de la SRA, dont le cahier des charges dresse une liste non exhaustive comme les cotisations des adhérents, les rémunérations de prestations réalisées par la SRA, le dons et legs, ou les appels à projet dans le cadre de recherches.

Nous remarquons qu'une SRA n'est donc pas sous la tutelle directe de l'ARS, mais son organisation et son fonctionnement sont fortement encadrés par cette dernière. La saisine de la SRA se fait « notamment à la demande du directeur général d'ARS » quand un EIG se

¹⁴²⁴ Les Centres d'appui pour la prévention des infections associées aux soins (CPIAS) sont hébergés au sein des établissements de santé. Ils ont remplacé les Centres de coordination de la lutte contre les infections nosocomiales (CCLIN) et les Antennes régionales de lutte contre les infections nosocomiales (ARLIN) en 2016 (Art. R. 1413-80 et R. 1413-84 CSP).

¹⁴²⁵ Les Observatoires des médicaments, des dispositifs médicaux et des innovations thérapeutiques (OMEDIT) créés par la circulaire du 19 janvier 2006 ont pour objectif l'amélioration du bon usage des produits de santé auxquels participent les différents acteurs de la région ou de l'inter-région (Art. L. 162-22-7 CSP)

¹⁴²⁶ Arrêté du 19 décembre 2017 fixant le cahier des charges des structures régionales d'appui à la qualité des soins et à la sécurité des patients (JO du 23 déc. 2017).

¹⁴²⁷ Art. R. 1413-76 dernier alinéa CSP.

révèle¹⁴²⁸. La liste des SRA désignées par le directeur général de l'ARS pour sa région est publiée sur le site de l'ARS et disponible auprès des établissements¹⁴²⁹. En application de l'article R. 1413-77 CSP, la SRA doit être membre du « réseau régional de vigilance et d'appui » animé par le directeur général d'ARS¹⁴³⁰. L'article R. 1413-78 CSP dispose qu'elle doit établir un programme prévisionnel annuel de travail et rédiger un rapport d'activité annuel qui sera remis à l'ARS et la HAS et qui est rendu public sur le site de l'ARS. Enfin, l'article 4-3 du cahier des charges stipule que le budget prévisionnel et le compte financier de la SRA doivent être annuellement approuvés par l'ARS pour la partie couverte par la subvention de cette dernière.

332. Ces éléments montrent que les SRA sont devenues de véritables bras armés au service des ARS et des établissements en matière d'expertise et de gestion des risques. Elles ont pris une place de premier rang dans l'analyse des situations transmises à l'administration de la santé et procèdent par retours d'expériences et audits. Elles permettent d'acculturer les professionnels des établissements à la gestion du risque et incarnent l'approche qualité qui passe par l'accompagnement et non plus seulement la police administrative ou la sanction administrative. Se faisant, leur existence remet en question l'opportunité de diligenter une inspection de police administrative, et place l'inspection en position de réponse « par exception ».

Soulignons toutefois ici un déséquilibre supplémentaire qui a vu le jour au détriment des établissements et services sociaux. D'une part, les services déconcentrés de cohésion sociale n'ont pas de texte relatif à un point focal régional des signaux en établissements sociaux. D'autre part, aucune structure d'appui spécialisée n'existe pour accompagner un établissement en difficulté, ce qui laisse l'autorité administrative seule face au problème, et un outil inspection qui est souvent sollicité mais pas toujours à bon escient, avec trop peu d'inspecteurs (souvent un seul voire aucun dans une DDSCS) et la tentation de « transformer » l'inspection en audit-évaluation.

b) L'exception de l'inspection sanction

333. Afin de favoriser les déclarations obligatoires des professionnels et des établissements, la réponse ne doit pas être par principe une inspection. Le taux de déclaration des EIG est encore trop faible comme l'a souligné Dominique LE GULUDEC, présidente de la HAS, dans le rapport

¹⁴²⁸ Art. R. 1413-75 CSP.

¹⁴²⁹ Art. R. 1413-76 CSP.

¹⁴³⁰ Art. R. 1413-62 CSP.

HAS de 2019 sur l'année 2018¹⁴³¹. Ce rapport souligne que les déclarations d'EIG proviennent principalement des établissements de santé (82%), puis du secteur médico-social (14%) et enfin de la ville (4%). Les déclarations remontées à la HAS ont pourtant augmenté, passant à 820 en 2018 contre 248 en 2017. Mais ce résultat apparaît modeste par rapport aux 3 536 déclarations initiées en 2018 par les professionnels de santé auprès des ARS qui sont le premier niveau de réponse. Selon la présidente de la HAS, « *Il faut en finir avec cette culture du blâme* ». Elle rappelle que l'analyse des EIG doit servir tout le monde et que seule la double analyse locale (ARS et SRA) et nationale (HAS) permettra d'améliorer la prise en charge de la qualité.

Cette posture d'accompagnement est aussi celle préconisée par l'OMS qui, dans ses recommandations pour les systèmes de signalement des événements indésirables, rappelle dans une recommandation n° 4 que « *Le système de signalement devrait être indépendant d'une autorité ayant le pouvoir de punir le déclarant* »¹⁴³². Force est de constater qu'en France, le fait qu'un EIG soit déclaré à l'ARS va à l'encontre de cette recommandation. Les professionnels des établissements et ceux des autorités administratives reconnaissent que ce système est à l'origine de nombreuses « non déclarations ». Il est d'ailleurs impossible de savoir dans le rapport HAS de 2019 ou sur les sites des ARS comment sont traitées les déclarations en ARS et par les SRA et combien d'inspections sont finalement réalisées suite à déclarations. La culture de l'erreur positive est une réelle avancée dans la gestion du risque. Mais on peut aussi se demander si, dans certaines situations, le fait de confier la résolution d'un problème à la SRA n'est pas un moyen d'éviter l'engagement de la responsabilité de l'État dans sa mission de police administrative, notamment un engagement de sa responsabilité indemnitaire pour faute simple que la jurisprudence administrative retient contre lui en cas de carence de contrôle, ainsi que nous l'étudierons par la suite.

Dès lors, l'inspection suite à une réclamation ou un EIG réalisée au titre de la police administrative pourrait n'être mise en œuvre que par exception, lorsque les démarches d'accompagnement ont échoué. C'est ce qui arrive en pratique. Les autorités administratives ne réalisent plus d'inspection sur une seule réclamation ou un seul EIG, mais sur une récurrence de signaux, afin de ne pas gêner les déclarations obligatoires. À côté de l'inspection, les méthodes de gestion du risque par l'accompagnement sont bien établies. D'une part, la gestion

¹⁴³¹ Rapport annuel d'activité 2018 de l'HAS, *Retour d'expérience sur les événements indésirables graves associés aux soins* (EIGS), novembre 2019. https://www.has-sante.fr/jcms/p_3135082/fr/rapport-annuel-d-activite-2018-sur-les-evenements-indesirables-graves-associes-a-des-soins-eigs.

¹⁴³² OMS. *WHO draft guidelines for adverse event reporting and learning systems. From information to action. 2005* (www.who.int/patientsafety).

du risque a priori consiste à repérer les processus potentiellement à risque, identifier les étapes dangereuses (personnes, biens), réduire l'occurrence de ces risques par des actions de prévention. D'autre part, la gestion des risques a posteriori conduit à organiser les remontées d'information, rechercher les causes des événements jugés inacceptables, organiser le retour d'expérience pour mettre en place des actions correctives et préventives, dont l'inspection « sanction » serait le mode de traitement ultime.

334. Il n'est pourtant pas certain que la fonction inspection-contrôle soit d'office recentrée sur la police et la sanction administrative. Une mutation de fond est en cours la concernant.

Depuis 2019, le ministère des solidarités et de la santé, sur initiative des représentants des ARS participant à la Commission nationale de programmation des inspections contrôles (CNPIC), a proposé une nouvelle orientation de contrôle. Plutôt que de décider de contrôler a posteriori un établissement qui dysfonctionne, le choix a été fait d'instaurer un « *contrôle du pilotage et de l'effectivité de la lutte contre les événements indésirables associés aux soins (ELIAS) dans les établissements de santé* ». Cette orientation vise à contrôler, en amont de tout dysfonctionnement, le processus de recueil et d'analyse des EIG au sein des ES, ainsi que le développement d'un management et d'une politique médicale intégrant ces éléments. L'objectif est de réaliser une trentaine d'inspections sur ce thème par an au niveau national, en privilégiant essentiellement les établissements de santé dits « silencieux », car ne faisant pas remonter d'EIG, afin de ne pas être en contradiction avec la dynamique impulsée de déclaration obligatoire. Les réflexions sont en cours sur l'élargissement de cette orientation nationale aux établissements médico-sociaux.

Dans ce cas, l'inspection-contrôle est conçue davantage comme un outil de prévention et d'accompagnement qui vient renforcer le travail réalisé par les SRA, que comme la conséquence d'une défaillance qui mènerait à la sanction. Nous pouvons aussi voir dans ce mouvement, une novation de l'inspection qui passerait du contrôle de la norme à un contrôle de la procédure mise en place.

Nous le voyons, les déclarations obligatoires ont ainsi enrichi l'inspection en la recentrant sur le risque. Un autre procédé permet ce recentrage sur l'analyse des risques en lien avec la « performance » attendue des établissements. Il s'agit de l'utilisation, à des fins d'inspection, des indicateurs produits par les établissements dans le cadre des impératifs législatifs et réglementaires.

2/ L'utilisation des indicateurs produits par les établissements et services : une réification de l'inspection

L'idée qu'un anthropomorphisme existe autour de la notion de performance permet à l'inspection depuis une petite dizaine d'années de se servir des indicateurs de performance sur l'organisation des établissements et sur la qualité des prises en charge pour essayer de devenir elle-même plus performante. Cette « réification » de l'inspection passe par les indicateurs de performance dans le secteur médico-social (a), et par les indicateurs de qualité et sécurité des soins dans le secteur sanitaire (b).

a) La réification de l'inspection par les indicateurs de performance dans le secteur médico-social

335. Le but de la création de l'Agence nationale d'appui à la performance des établissements de santé et médico-sociaux (ANAP)¹⁴³³ par la loi HPST en 2009 était de fournir aux établissements et ARS des outils d'aide à l'amélioration des services envers les usagers. A la demande de la CNSA, l'ANAP a engagé en 2009 un travail de construction de « tableaux de bords » des établissements pour personnes âgées et personnes handicapées. Les structures sociales ne rentrent pas dans les compétences de l'ANAP, ce qui renforce à nouveau le déficit de ce secteur. Ces tableaux expérimentaux ont trouvé un fondement juridique avec l'arrêté du 12 avril 2019 qui les a rendus obligatoires pour vingt types d'établissements et services médico-sociaux dans le cadre des relations de tarification et de contractualisation avec les ARS et les CD¹⁴³⁴.

Les tableaux de bord de l'ANAP se composent d'une quarantaine d'indicateurs répartis en quatre axes qui sont les ressources humaines, les prestations soins-accompagnement, les finances-budgets et enfin les objectifs (systèmes d'information et développement durable). Ces indicateurs sont représentés par des taux (absentéisme, endettement, vétusté, ...), des profils (personnes accompagnées...) et des répartitions qui aident à la comparaison des établissements entre eux et au calcul des médianes nécessaires à leur tarification et contractualisation.

¹⁴³³ L'ANAP créée par la loi HPST de 2009 est un GIP réunissant la Mission nationale d'expertise et d'audit hospitalier (MEAH), la Mission Nationale d'Appui à l'Investissement Hospitalier (MAINH) et le Groupement pour la Modernisation du système d'Information Hospitalier (GMSIH).

¹⁴³⁴ Arrêté du 10 avril 2019 relatif à la généralisation du tableau de bord de la performance dans le secteur médico-social (Art. R. 314-29, R. 314-17, R. 314-49, R. 314-223 et R. 314-232 CASF).

Face au nombre élevé d'établissements médico-sociaux à contrôler (à titre d'exemple, la région Auvergne Rhône-Alpes comptabilise 936 EHPAD¹⁴³⁵), les indicateurs de performance permettent aussi d'aider au ciblage de l'inspection par l'analyse des risques, même si l'ANAP n'affiche rien de cet objectif tout en faisant référence dans ses documents aux « autorités de tarification et de contrôle » en tant qu'utilisateurs des tableaux de bord¹⁴³⁶. Les indicateurs ANAP présentent l'avantage de remonter des informations de manière quasi continue, et de pouvoir être corrélés avec les réclamations et les EIG. Ils comportent trois « matrices » des risques, qui servent à l'analyse d'une situation d'une structure. La première sur la « santé financière de l'établissement », la deuxième sur la « santé organisationnelle » et la troisième sur la « capacité à gérer l'activité ». Les résultats des tableaux de bord exploités par les ARS et CD peuvent ainsi permettre, soit la préparation d'un programme annuel de contrôle, soit la préparation d'un contrôle ponctuel, quand une réclamation a besoin d'être étayée par les indicateurs de l'établissement qui en fait l'objet.

A côté des indicateurs de performance qui portent essentiellement sur l'organisation des établissements médico-sociaux, des indicateurs de qualité et sécurité ont été développés en ES. Ils sont également à l'origine d'un nouveau type de contrôle.

b) La réification de l'inspection par les indicateurs de qualité et sécurité des soins dans le secteur sanitaire

336. Le secteur hospitalier est depuis longtemps fournisseur de données quantitatives et qualitatives sur la performance des établissements de santé, notamment relatives à la qualité de prise en charge des patients, grâce à l'outil « d'aide à la décision » Hospidiag créé en 2010 et repris par l'ANAP.

A côté, de cet outil, la DGOS et la HAS ont depuis 2003 progressivement mis en place le dispositif national des « Indicateurs généralisés relatifs à la qualité et à la sécurité en établissements de santé » (IQSS)¹⁴³⁷.

Le non-respect par l'ES de l'élaboration et du suivi d'un programme d'action de ces indicateurs a donné naissance à un nouveau type de contrôle formalisé dans une ONIC à destination des ARS, sous la forme du « *contrôle qualité du recueil des données ou des déclarations des*

¹⁴³⁵ Rapport d'analyse du bilan d'activité des EMH et des indicateurs EHPAD, ARS ARA-CPIAS, 2017.

¹⁴³⁶ Le tableau de bord de la performance dans le secteur médico-social : Mieux se connaître et dialoguer sur son territoire, ANAP, mars 2019.

¹⁴³⁷ Art. L. 6144-1 al, 3 CSP pour les établissements publics de santé ; art. L. 6161-2-2 al, 4 CSP pour les établissements privés de santé.

indicateurs obligatoires de qualité et de sécurité des soins ». Celui-ci porte sur la fiabilité des données déclarées par les établissements à partir de ces indicateurs. Les résultats de ce contrôle sont affichés sur le site d'information des usagers « scope-santé », et permettent, lorsqu'ils sont positifs, la mise en œuvre de l'incitation financière à l'amélioration de la qualité (IFAQ), ou la signature d'autres contrats aux niveaux national et régional¹⁴³⁸, et s'ils sont négatifs, une modulation possible des missions d'intérêt général¹⁴³⁹, voire une diminution de la dotation de l'assurance-maladie après mise en demeure¹⁴⁴⁰.

Nous voyons ici, comme pour l'orientation nationale de « *contrôle du pilotage et de l'effectivité de la lutte contre les événements indésirables associés aux soins (EIAS) dans les établissements de santé* », que cette orientation nationale de contrôle sur les remontées obligatoires des IQSS par les établissements de santé ouvre une nouvelle voie laissée vacante par la disparition programmée des visites de conformité. Cette voie tracée par les démarches qualités, vise la gestion du risque par un contrôle « a priori » qui s'appuie fortement sur un pilotage médico-économique fondé sur le système binaire de l'incitation et de la sanction financière.

Les autorités de contrôle devraient pouvoir à l'avenir faire ressortir les établissements présentant des atypies matérialisées par des taux de criticité du risque (risque élevé, moyen, faible) grâce à la cotation des risques¹⁴⁴¹, afin d'objectiver le choix d'une mission d'inspection. Les informations recueillies dans le cadre des indicateurs et déclarations obligatoires permettent un maillage plus fin car, auparavant, seules les Commissions départementales ou régionales de réclamations et signalements se réunissaient au niveau des services de l'État et des CD, parfois avec le département et la justice, pour cibler des établissements à inspecter, mais sans forcément se baser sur des indicateurs objectifs fiables.

Bien sûr, le partage entre « inspection » et « audit » n'a jamais été aussi peu clair, puisque tous les textes et les dispositifs tendent aujourd'hui à une résolution partagée des problèmes entre autorité administrative et établissement. Les inspections de 1^{er} niveau sont devenues le principe, car elles visent la prévention des risques. Le passage au 2^{ème} et 3^{ème} niveau ne se réalisera qu'en cas de risques avérés pour les usagers si le contrôle de 1^{er} niveau les a révélés. De même, on peut voir dans le guide de contrôle des ESSMS publié par l'IGAS en 2014 un outil d'audit

¹⁴³⁸ Contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens (CPOM), Contrats d'amélioration de la qualité et de l'efficience des soins (CAQES).

¹⁴³⁹ Art. L. 162-22-13 CSS.

¹⁴⁴⁰ Art. D. 6111-23 CSP.

¹⁴⁴¹ La cotation des risques procède d'une corrélation de la fréquence d'un événement avec sa gravité et se fonde sur la méthode SAMI (Satisfaisant, Acceptable, Moyen, Insuffisant) avec application de coefficients selon la nature du risque (personnes, installations, organisation, etc).

parce qu'il se présente comme une aide aux opérateurs de terrain et que sa « carte des fonctions » envisage la structure davantage du point de vue du directeur que de l'inspecteur, la « gouvernance » de l'établissement y étant davantage mise en avant que la prise en charge de l'utilisateur.

337. Face à tous ces tableaux de bords, indicateurs et guides, il est nécessaire de ne pas succomber à la tentation de l'outil « presse-bouton ». Il faut les utiliser en connaissance de cause mais ne pas en faire un moyen unique pour déclencher une inspection. Beaucoup d'établissements présentent de bons indicateurs ou au contraire font peu remonter d'indicateurs, comme les établissements pour personnes handicapées souvent « silencieux », créant ainsi des « zones blanches » qui doivent alerter sur l'opportunité d'une inspection. Par ailleurs, même si les données remontées ont aujourd'hui le mérite d'exister, les autorités admettent qu'elles sont encore très hétérogènes et manquent parfois de fiabilité. D'après certaines études, le taux de respect des bonnes pratiques n'est que de 50%¹⁴⁴². Les rapports d'évaluations externes ne sont pas facilement exploitables du fait d'un manque de cadrage national, et les tableaux de bord de l'ANAP, en raison de leur caractère déclaratif par les établissements, peuvent présenter des biais.

Dès lors, tout l'enjeu réside dans le croisement des indicateurs permettant d'atteindre une certaine masse critique d'informations qui permette d'éclairer le décideur sur l'opportunité d'une inspection. Dans les établissements médico-sociaux bénéficiant des indicateurs de performance de l'ANAP, les priorités de ciblage sont fixées par le « scoring » du niveau de risque à partir de l'analyse des données de l'ANAP, l'analyse de l'évaluation externe et les informations remontées par les agents « référents » de l'établissement à l'ARS (généralement en direction départementale) qui suivent cet établissement dans le dialogue de gestion et la contractualisation. Une fois ces priorités fixées, elles peuvent être pondérées à la hausse ou la baisse par la cotation de la criticité des réclamations et par l'analyse des mesures annoncées par l'établissement suite aux signalements le concernant.

En outre, les services de l'État prévoient des critères d'exclusion lorsqu'ils établissent leur programme annuel d'inspection, afin de ne pas programmer une inspection sur un établissement

¹⁴⁴² IRDES, 2016. *Pertinence des soins : un atlas pour comprendre les variations de pratiques médicales en France* / HAS, *Qualité de la prise en charge de l'AVC en 2017* ; Mc Glynn, 2003. *The quality of health care delivered to adults in the United States*.

en cours de signature de CPOM ou quand il a déjà fait l'objet d'une inspection, par exemple sur la thématique de la maltraitance.

338. L'objectivation de l'inspection par les données qualitatives et quantitatives constitue ainsi une réelle avancée, car l'administration sanitaire et sociale était jusque-là confinée, surtout dans le champ médico-social, dans une relation interpersonnelle avec les gestionnaires associatifs. Les données, pour peu qu'elles soient fiables, permettent de sortir de cette relation ambiguë et éclairent, sous couvert de « performance » et de « pilotage médico-économique », les besoins des établissements et les moyens d'y pourvoir, y compris par la voie du contrôle. Les établissements sociaux sont les grands perdants de cette politique. Ils n'entrent pas dans le champ d'action de l'ANAP et ne produisent pas par eux même assez de « métadonnées » en continue pour permettre aux autorités de mesurer correctement la qualité des prises en charge.

En conclusion, nous nous apercevons que la démarche d'inspection est en train de vivre un double mouvement. Recentrée sur les risques révélés par les signaux et indicateurs, elle exerce pleinement sa fonction de police administrative et de répression éventuelle. Rénovée dans sa fonction de contrôle des déclarations et des indicateurs obligatoires, elle doit permettre de diminuer les occurrences de survenue des risques en établissements. Cette participation aux « régulations souples *a priori* » fondées sur la capacité des établissements et des professionnels à mettre en place des organisations plus fiables, n'empêchent pas, selon la HAS, de faire appel à des modalités de régulation plus contraignantes « *lorsque la situation des professionnels ou des structures le nécessite (responsive regulation)* »¹⁴⁴³.

Nous savons maintenant qu'une recherche de complémentarité a lieu entre l'inspection et les différents signaux et indicateurs produits par les établissements et remontés à l'autorité de contrôle. Il nous faut maintenant envisager la complémentarité éventuelle entre inspection et contractualisation.

¹⁴⁴³ HAS, *Rapport d'analyse prospective*, 2018, pages 23-24.

B/ La recherche d'une complémentarité entre inspection et contractualisation des établissements et services.

La technique contractuelle permet contre toute attente une complémentarité avec l'inspection (1). Cette complémentarité doit néanmoins être interrogée en droit (2).

1/ Une complémentarité recherchée en fait entre inspection et contractualisation

339. La lecture des textes relatifs aux CPOM indique que la « qualité » et la « sécurité » y sont bien présentes, mêmes si elles renvoient quasi systématiquement aux démarches de certification ou d'évaluation qui nourrissent le processus de contractualisation. Aussi, les termes d'inspection ou de contrôle ne sont jamais cités dans les contrats.

Pour les ES, l'article L. 6114-3 CSP al 1CSP dispose que *« les contrats mentionnés à l'article L. 6114-1 définissent des objectifs en matière de qualité et de sécurité des soins et comportent les engagements d'amélioration de la qualité et de la sécurité des soins qui font suite à la procédure de certification prévue à l'article L. 6113-3 »*. L'annexe 3 de la circulaire du 10 janvier 2012 relative au guide d'élaboration des CPOM vise dans ce sens à *« améliorer la qualité et la sécurité des soins »* par des indicateurs¹⁴⁴⁴.

En revanche, pour les ESSMS, la généralisation des CPOM dans le secteur personnes handicapées et personnes âgées n'a pas fait l'objet d'un guide national à l'instar du secteur sanitaire. Les notions de qualité et sécurité sont disséminées dans les attendus de la contractualisation, comme dans l'article L. 313-12-2 CASF qui prévoit que *« ce contrat définit des objectifs en matière d'activité et de qualité de prise en charge »* et dans l'article L. 313-11-1 8° du CASF qui rappelle que le contrat précise *« les modalités de mise en œuvre des actions de prévention de la maltraitance et de promotion de la bientraitance »*.

340. Pourtant, la démarche de contractualisation est pilotée par les services territoriaux (ARS et services déconcentrés de cohésion sociale), contrairement aux démarches de certification et d'évaluation conduites par des organismes externes sous supervision de la HAS. Il existe donc

¹⁴⁴⁴ Circulaire DGOS/PF3 n° 2012-09 du 10 janvier 2012 relative au guide d'élaboration des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens (et Guide méthodologique pour l'élaboration des CPOM, ARS / Établissement de santé et titulaires d'autorisation, DGOS 2012.

a priori une facilité d'articulation puisque l'autorité de police est aussi l'autorité contractante. En pratique, cette complémentarité est de plus en plus recherchée par les autorités administratives qui ont identifié un enrichissement mutuel de l'inspection-contrôle avec la contractualisation sur les questions de qualité et de sécurité et ce, dans les deux sens.

Dans le premier sens, l'inspection-contrôle enrichit le processus de contractualisation. Les résultats d'une inspection, qui peuvent par ailleurs faire l'objet d'une injonction immédiate dans le cadre de la police administrative, vont être intégrés dans le CPOM sous la forme d'un plan d'action et de suivi par l'autorité (quand le CPOM n'est pas purement et simplement suspendu en attente de la résolution du risque révélé par de l'inspection). Tel a été le cas pour un EHPAD où une injonction relative à une grave erreur médicamenteuse ayant entraîné le décès d'une résidente¹⁴⁴⁵ a permis l'intégration d'un point de vigilance dans le CPOM cosigné par l'ARS et le département ; ou celui de la mauvaise tenue des dossiers patients d'un hôpital qui a été repris dans le CPOM. Cette intégration au contrat se fait, soit au moment de la signature du contrat, soit lors de la phase de suivi et d'évaluation du CPOM, certaines ARS allant jusqu'à intégrer dans le CPOM en cours un avenant spécifique au risque identifié en inspection.

Dans le second sens, la contractualisation enrichit l'inspection-contrôle. Cet enrichissement se réalise grâce aux indicateurs et aux objectifs suivis dans le système d'information « e-cars »¹⁴⁴⁶ qui est devenu l'outil de référence pour la contractualisation des ARS avec les établissements médico-sociaux. Mais l'enrichissement se réalise aussi en amont lors de la négociation du contrat, lorsque les ARS se rendent compte que les objectifs discutés par l'organisme gestionnaire sont flous, qu'ils décèlent un problème de pilotage, que d'autres informations leur parvenant montrent une incohérence entre le discours et les actes de l'organisme. Dans ce cas, les « directions métiers » de l'ARS demandent au service inspection régional de diligenter une inspection.

341. L'inspection apparaît ainsi comme un outil permettant d'imposer à la structure un changement grâce aux prérogatives de puissance publique offertes à l'autorité administrative, soit par la voie classique de l'injonction, soit par la voie du contrat qui prend ainsi les atours

¹⁴⁴⁵ Ingestion de soude caustique suite à erreur de stockage par une aide-soignante.

¹⁴⁴⁶ Le système d'information e-Cars (Gestion électronique des contrats en ARS) a été progressivement généralisé dans les ARS depuis 2018. Il est couplé avec le fichier des établissements *Finess* et intègre l'ensemble des indicateurs et des objectifs fixés dans les Cpom médico-sociaux pour permettre leur suivi.

d'un prolongement de la police administrative grâce aux moyens qu'il peut offrir, à savoir le suivi et l'évaluation à 5 ans.

Aussi, Christian-Albert GARBAR a repris une critique fondamentale de l'autonomie laissée à la nature contractuelle qui d'après lui est une autonomie en « trompe l'œil », car la contractualisation suppose en contrepartie la responsabilisation de l'établissement¹⁴⁴⁷. Jacques CHEVALLIER émet une hypothèse identique lorsqu'il se demande « *si elle (la contractualisation) n'est pas mise au service du modèle bureaucratique traditionnel, dont elle vise à améliorer l'efficacité et à garantir la survie... Ainsi instrumentalisée, la contractualisation deviendrait un moyen de manipulation des comportements, en assurant une meilleure diffusion de l'autorité* »¹⁴⁴⁸.

Comme l'a écrit Jean RIVERO, « *de manière générale, il semble que l'autorité publique, renonçant dans une large mesure à l'action par voie autoritaire, à la création directe d'obligations de faire ou de ne pas faire, cherche à créer un milieu dans lequel le particulier, théoriquement libre de ses décisions économiques, se trouvera en fait amené à les prendre dans un sens voulu par le pouvoir* »¹⁴⁴⁹. Ainsi, derrière la tutelle intelligente « *se profile souvent l'ombre ancienne de la tutelle technique* »¹⁴⁵⁰, et « *les contrats sont peut-être moins des substituts aux contrôles que de nouvelles solutions de contrôle* » comme l'a suggéré Pierre DEVOLVE¹⁴⁵¹, jusqu'à permettre une « *réféodalisation de la société* »¹⁴⁵².

Au-delà du risque d'instrumentalisation des outils entre eux, cette complémentarité entre police et contrat doit nous interroger en droit.

342. Assiste-t-on au reversement du paradigme attribué à MACHIAVEL selon lequel « la fin justifie les moyens » ? Est-ce que les moyens financiers, les instruments de mesure de la qualité, seraient devenus une fin en soi, au risque d'obscurcir la véritable finalité qui serait la qualité du service rendu et la sécurité des prises en charge ? Nous ne le pensons pas. Si l'administration publique s'est construite dans la légitimité politique et juridique et non dans le culte de l'efficacité qui vient du secteur privé, l'hybridation des concepts de droit public avec le

¹⁴⁴⁷ GARBAR C.-A., « Performance et contractualisation de l'action publique », *prec.*

¹⁴⁴⁸ CHEVALLIER J., "Synthèse", in Yvonne FORTIN (dir.), « La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980 », (actes du colloque des 12, 13 et 14 décembre 1996, Paris, FNSP), L'Harmattan, coll. "Logiques juridiques", 1999, p. 411.

¹⁴⁴⁹ RIVERO J., in "Action économique de l'Etat et action administrative": *Revue Economique*, 1962, p. 892.

¹⁴⁵⁰ RICHER L., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 6^e éd. 2008, p. 975.

¹⁴⁵¹ DEVOLVE P., *Droit public de l'économie*, Dalloz 1998, n° 626, p. 743.

¹⁴⁵² LEGENDRE P., « Remarques sur la réféodalisation de la France », in *Etudes en l'honneur de Georges Dupuis*, LGDJ, 1997, p. 201-211.

management issu de la LOLF en 2001 vise une forme de réciprocité qui interroge le juriste. Comme l'a écrit Jacques PETIT dans son rapport de synthèse lors du colloque sur « la performance en droit public et science politique » en 2015 à Rennes, « *le droit public intègre des concepts managériaux (il se « managérise ») mais en se juridicisant, ces concepts changent de sens (ils se « publicisent » pourrait-on dire)* »¹⁴⁵³.

Cette hybridation est en cours et par conséquent encore difficile à interpréter pour les juristes, et à mettre en œuvre pour les autorités administratives et leurs agents aujourd'hui en proie aux doutes sur les objectifs de leurs actions et le choix des moyens à mettre en œuvre. La réflexion sur l'articulation entre inspection et « démarches qualités » ne serait pas complète qui l'on n'interrogeait pas sur le plan juridique la complémentarité entre inspection et contractualisation.

2/ Une complémentarité entre inspection et contractualisation à interroger en droit

343. Nous pourrions nous étonner du mélange des genres entre la police administrative et le contrat, car l'utilisation du contrat est interdite en matière de police administrative¹⁴⁵⁴. Mais à travers l'enrichissement mutuel que nous venons de décrire, il n'est pas question de déléguer un pouvoir régalien de police administrative par la voie du contrat ou de contractualiser des éléments de police administrative. Il s'agit d'alimenter, par les résultats de l'inspection, la réalisation des indicateurs de qualité et de sécurité qui sont fixés dans un CPOM.

En effet, le CPOM est un contrat particulier parce qu'il revêt les habits du contrat administratif. En premier lieu, d'un point de vue organique, une partie au moins en la personne de l'autorité administrative signataire est nécessairement une personne publique. En second lieu, l'examen d'un critère matériel alternatif permet de conclure en la présence de clauses exorbitantes de droit commun dans le CPOM, caractérisées par l'arrêt et la doctrine sur la jurisprudence *Société des granits porphyroïdes des Vosges*¹⁴⁵⁵, avec notamment l'existence d'un pouvoir de contrôle et de sanction sur le cocontractant ou encore la possibilité pour l'administration de résilier unilatéralement le contrat¹⁴⁵⁶. L'existence de clauses exorbitantes du droit commun permet au

¹⁴⁵³ PETIT J., Rapport de synthèse du colloque sur « La performance » organisé par l'Institut du Droit Public et de la Science Politique du l'Université Rennes 1 les 17 et 17 septembre 2015, in « La performance en droit public et science politique », sous la direction de Jean-Eric GICQUEL, éd. PUR 2019, p. 175.

¹⁴⁵⁴ CE, 29 déc. 1997, *commune d'Ostricourt*, n° 170606, Rec. 969 ; CE 2 mars 1973, *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*, n° 83136.

¹⁴⁵⁵ CE, 31 juill. 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, Rec. 909, concl. BLUM (D. 1916.3.35, concl. BLUM ; S. 1917.3.15, concl. BLUM ; RD publ. 1914.145, note JEZE.

¹⁴⁵⁶ COCQUEBERT L., « Le contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens est-il un contrat ? », *RDSS* 2012, p. 34.

juge administratif de qualifier le CPOM de contrat de droit public lorsque le signataire est un établissement privé. Et il nous semble que l'intégration d'éléments propres à la qualité et à la sécurité dans ces contrats, notamment sous l'influence de l'inspection, ne fait que valider ce caractère exorbitant de droit commun.

Hervé RIHAL écrivait à propos du CPOM social et médico-social, qu'il est un « *îlot contractuel dans un océan d'unilatéralité* »¹⁴⁵⁷ parce-que ce type de contrat s'impose aux établissements. Il l'est aussi parce qu'il est lié au processus d'autorisation, lui-même lié au contrôle externe de l'évaluation et la certification, et désormais enrichi par les résultats des inspections. Nous pouvons certes partager la crainte qu'exprimait le Pr RIHAL, d'un CPOM qui « perde son âme » et ne soit même plus un « *îlot de libre négociation dans un océan de contraintes* ». Mais l'introduction des résultats de l'inspection dans un contrat ressemble à ce que Fabien MARCHADIER dit des exigences contractuelles entre le patient et son médecin : « *Dans son aspect prohibitif, l'ordre public sanitaire révèle le poids considérable de l'administration dans la définition de l'objet du contrat et dans la décision de contracter ou de ne pas contracter. Il détaille une série d'interdits où se mêlent tout à la fois des considérations d'intérêt général et de protection de l'individu. La contrainte pèse aussi bien sur la décision de conclure le contrat que sur son objet* »¹⁴⁵⁸.

Fabien MARCHADIER en déduit l'existence d'un « ordre public directif », constatant que « *l'essentiel est que les relations contractuelles ne compromettent pas les objectifs sanitaires poursuivis par l'Etat. Le contenu du contrat échappe alors partiellement aux parties. Elles ne peuvent faire l'économie de certaines clauses et doivent observer certaines prescriptions* »¹⁴⁵⁹. L'intégration des résultats des inspections dans les CPOM ne fait que satisfaire selon nous l'exigence de qualité et de sécurité qui est rappelée dans les mêmes contrats.

344. Plus généralement, on peut penser que le consentement mutuel et la liberté contractuelle ne sont que très relatifs dans les CPOM signés par les établissements car, dans le contrat administratif, la « façade conventionnelle n'est souvent que le paravent d'un authentique acte unilatéral »¹⁴⁶⁰. La volonté de l'IGAS qui suggérait, en 2018 à propos des CPOM sanitaires et sociaux –médico-sociaux¹⁴⁶¹, de trouver « *des solutions de « faire-faire » et de « faire*

¹⁴⁵⁷ RIHAL H., « Articulation du contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens et contraintes législatives et réglementaires », *RDSS* 2012, p. 27.

¹⁴⁵⁸ MARCHADIER F., « Qualité de la santé, ordre public sanitaire et contrat, *RDSS* 2014 », p. 1057.

¹⁴⁵⁹ MARCHADIER F., « Qualité de la santé, ordre public sanitaire et contrat, *RDSS* 2014 », *Ibid.*, p. 1060.

¹⁴⁶⁰ SEILLER B., *Droit administratif, 2. L'action administrative*, 2014, *op. cit.*, p. 222.

¹⁴⁶¹ Rapport Igas n° 2018-018R, « Le pilotage de la transformation de l'offre de soins par le ARS », *op. cit.*, p. 4.

confiance » qui permettent de déléguer aux opérateurs, dans un cadre contractuel assignant des objectifs clairs et vérifiables, et en contrepartie d'une capacité de contrôle a posteriori, les évolutions de l'offre dont ils sont responsables », semble dépassée par la réalité. L'explosion des moyens de contrôle est à l'œuvre et trouve à se traduire jusqu'au sein même des contrats qui se font relais de la police administrative, confirmant dans un sens l'affaiblissement de l'idée fondatrice de l'antinomie entre contrat et police¹⁴⁶².

§2 La fusion des finalités au risque d'une confusion des pratiques des contrôles relatifs à la qualité et à la sécurité

Le rapprochement des démarches qualités avec le droit des autorisations et la police administrative, ainsi que la recherche de complémentarité entre inspection et contractualisation, tendent à une fusion des finalités des contrôles relatifs à la qualité et sécurité (A), au risque d'une confusion des pratiques (B).

A/ La fusion des finalités des contrôles relatifs à la qualité et la sécurité.

La place de la qualité à côté de la notion de sécurité dans l'ordre public est une question qui intéresse particulièrement le droit de la santé. La doctrine a eu à se pencher sur le sujet à l'occasion d'un colloque organisé à l'université de Perpignan le 20 décembre 2013 sur le thème de la « *Qualité et santé : vers un nouvel ordre public sanitaire ?* »¹⁴⁶³.

Les contributeurs à ce colloque ont montré les clairs obscurs existants entre ces deux notions. Jean-Paul MARKUS a analysé le lien entre l'ordre public sanitaire et la qualité et a proposé deux axes de réflexion que nous reprendrons pour comprendre comment ils se déclinent dans le champ des établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux¹⁴⁶⁴. Il nous invite à constater que si la qualité est un instrument de police (1), elle tend aussi à devenir un objectif de police (2). C'est ce qu'il nous faut interroger maintenant.

¹⁴⁶² PETIT J., « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », *Mélanges Moreau*, Economica, 2002, p. 345.

¹⁴⁶³ Colloque organisé à l'université de Perpignan Via Domitia le 20 décembre 2013 sur le thème de la « *Qualité et santé : vers un nouvel ordre public sanitaire ?* », *RDSS* n° 06 du 31 décembre 2014.

¹⁴⁶⁴ MARKUS J.-P., « Qualité et ordre public sanitaire, ou ordre public versus qualité », *RDSS* 2014, p. 1063.

1/ La qualité, un instrument de police

345. L'ordre public trouve son origine dans la DDHC de 1789. Il est la contrepartie de la consécration des droits individuels, mais aussi le moyen de les sauvegarder. Le principe de liberté individuelle issu de l'assemblée constituante de 1789 ne pouvant s'exercer sans limite¹⁴⁶⁵, l'article 2 de la DDHC consacre la notion de force publique instituée « *pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée* »¹⁴⁶⁶. Cet équilibre entre liberté individuelle et ordre public représente les « *exigences fondamentales du contrat social, implicites et permanentes* »¹⁴⁶⁷.

Mais l'ordre public reste un concept « fonctionnel »¹⁴⁶⁸, une notion « évanescence », mais aussi une notion de référence comme la bonne foi en droit privé¹⁴⁶⁹, à tel point que le professeur MALAURIE disait avec ironie de l'ordre public que « *nul n'a jamais pu en définir le sens, chacun en vante l'obscurité et tout le monde s'en sert* »¹⁴⁷⁰.

Si la doctrine définit l'ordre public comme « *le minimum des conditions essentielles à une vie sociale convenable* »¹⁴⁷¹, il est aussi une notion « circonstancielle » qui évolue avec le temps, les mœurs et le progrès, selon la formule d'Étienne PICARD dans son étude sur la notion de police administrative¹⁴⁷². Aussi, les valeurs de l'ordre public peuvent être transposées dans la loi qui confie à l'autorité de police le soin de les faire respecter. Les soubassements d'un ordre public sanitaire¹⁴⁷³ apparu à la suite des scandales sanitaires des années 90 ont pris racines dans les pouvoirs de police confiés aux agences de sécurité sanitaire, puis aux ARS, dans les

¹⁴⁶⁵ Article 4 de la DDHC de 1789 : « *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.* »

¹⁴⁶⁶ V. article 2 de la DDHC : « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression* » et l'article 12 de la DDHC : « *La garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée* ».

¹⁴⁶⁷ Conseil d'Etat, *Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, Rapport adopté par l'assemblée générale plénière du Conseil d'Etat le 25 mars 2010, pp. 26-27.

¹⁴⁶⁸ LEPINEUX B., *Approche institutionnelle de l'ordre public, Les fondements idéalistes de la notion à l'épreuve de son contenu réaliste*, PU de Clermont-Ferrand/LGDJ, 2007, p. 19.

¹⁴⁶⁹ SEILLER B., *Droit administratif*, 2. *L'action administrative*, 2014, *op. cit.*, p. 81.

¹⁴⁷⁰ MALAURIE P. cité par GAUTIER M. dans « L'ordre public », in Auby J-B. (dir), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010, p. 317.

¹⁴⁷¹ VEDEL G. et DEVOLVE P., *Droit administratif*, PUF 1992, T. 1, p. 31.

¹⁴⁷² PICARD E., *La notion de police administrative*, 1984, *op. cit.*, p. 533 ; V. également « introduction générale au colloque sur l'ordre public à Caen en 2000 p. 23.

¹⁴⁷³ RENARD S., *L'ordre public sanitaire, étude de droit public interne*, Thèse Rennes I, 2008.

domaines de l'hygiène publique, de la prévention sanitaire et de la réglementation professionnelle¹⁴⁷⁴.

346. Alors que la « sécurité » est consubstantielle de la notion d'ordre public¹⁴⁷⁵, la « qualité » est une notion entrée progressivement dans les préoccupations administratives et on ne peut pas parler d'irruption de la qualité dans le domaine sanitaire¹⁴⁷⁶, comme nous l'avons constaté précédemment, du fait de son immanence dans la relation entre patient et soignant. Toutefois, la qualité se révèle être avant tout une notion plurivoque¹⁴⁷⁷. Certains auteurs lui reconnaissent deux acceptions¹⁴⁷⁸. La première est celle du standard de base qui viserait « *des services complémentaires de meilleure qualité mais payants* »¹⁴⁷⁹ et qui serait plus ou moins élevé selon les enjeux, donc plus élevé en matière de santé, et que par conséquent, un usager « *devra accepter une part de non qualité* » en fonction du coût qu'il peut supporter. La seconde acception fait de la qualité un concept tourné vers l'usager et « *tendant à un service de pointe, offrant ce qui se fait de mieux sur le plan du service, de la technique* »¹⁴⁸⁰. Karine PLANES DE LA ASUNCION a bien illustré cette double facette de la qualité en matière de sécurité alimentaire, avec la qualité envisagée dans les textes, tantôt du point de vue de la nutrition ou du goût, tantôt du point de vue de la sécurité sanitaire, rattachée à l'innocuité des aliments¹⁴⁸¹.

347. C'est cette seconde acception qui, selon nous, préside aujourd'hui dans le champ de notre étude, où « *la qualité, en tant qu'elle tend à la sécurité, est un des gages de l'ordre public* » et se trouve « *à l'intersection de ces deux notions, celles de service public et d'ordre public* »¹⁴⁸². Stéphanie RENARD va même jusqu'à considérer que « *l'objectif d'amélioration de la qualité des soins correspond en outre au droit des usagers à l'adaptation du service public qui, avec le principe d'égalité et celui de la continuité, forme le noyau dur des « lois » du service public, et partant du service public hospitalier créé par la loi du 31 décembre 1970 afin de garantir l'effectivité du droit à la protection de la santé. De la sorte, la qualité des soins*

¹⁴⁷⁴ LEMOYNE-DEFORGES J.-M., *Le droit de la santé*, PUF, 8^e éd. 2012.

¹⁴⁷⁵ Art. L. 2212-2 CGCT.

¹⁴⁷⁶ CLUZEL-METAYER L., « L'irruption de la qualité dans le domaine sanitaire », *op. cit.*, p. 1002.

¹⁴⁷⁷ PLANES-DE LA ASUNCION K., « Qualité et sécurité alimentaire », *RDSS* 2014, p. 1023.

¹⁴⁷⁸ LACHAUME J.-F., PIAULAT H., BOITEAU C. et DEFFIGIER C., *Droit des services publics*, Lexis-Nexis 2012.

¹⁴⁷⁹ MARKUS J.-P., « Qualité et ordre public sanitaire, ou ordre public versus qualité », *op. cit.*, p. 1063.

¹⁴⁸⁰ MARKUS J.-P., « Qualité et ordre public sanitaire, ou ordre public versus qualité », *Ibid.*, p. 1063.

¹⁴⁸¹ PLANES-DE LA ASUNCION K., « Qualité et sécurité alimentaire », *RDSS* 2014, p. 1023.

¹⁴⁸² MARKUS J.-P., « Qualité et ordre public sanitaire, ou ordre public versus qualité », *Ibid.*, p. 1063.

*s'impose au moins comme un droit des usagers du service public hospitalier dérivé du droit à la protection de la santé »*¹⁴⁸³.

La qualité s'est étendue des soins au système de santé en général, y compris dans le secteur médico-social où elle est devenue incontournable, à tel point que certains auteurs évoquent son « omniprésence »¹⁴⁸⁴. Elle est revendiquée, aussi bien par les usagers et les opérateurs de terrain, que les évaluateurs privés ou les autorités publiques. Elle a été saisie par le droit des autorisations et a acquis une juridicité, avec comme point d'appui les différentes évaluations pilotées par la HAS, qui deviennent un instrument de la police, en s'articulant désormais avec le renouvellement des autorisations.

Jean-Paul MARKUS a montré combien la « qualité sanitaire » a contribué à modeler l'ordre public sanitaire dans les trois dimensions que la doctrine et la jurisprudence lui connaissent.

La qualité est entrée dans le corpus législatif de la « sécurité » sanitaire en réponse aux risques sériels sanitaires avec la loi du 4 janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicament¹⁴⁸⁵, puis avec la loi KOUCHNER du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la « qualité du système de santé »¹⁴⁸⁶. Elle est devenue un instrument de mesure au service des autorités de police, comme l'Agence du médicament, et les agences de régulation de la qualité telle la HAS qui doit en promouvoir l'efficacité dans les protocoles de soins, les pratiques professionnelles. La qualité est même devenue un instrument de mesure et de gestion de la « gouvernance » des établissements où elle constitue une discipline à part entière avec la norme *Iso 9000*, référence du vocabulaire qualité des systèmes de « management de la qualité » qui la définit ainsi comme l'« *aptitude d'un ensemble de caractéristiques intrinsèques d'un objet (produit, service,...) à satisfaire des exigences* ».

Selon Jean-Paul MARKUS, la qualité s'est aussi hybridée avec la « salubrité » avec l'hygiénisme, première forme d'ordre public sanitaire concrétisée dans la loi du 15 février 1902 relative à la protection de la santé publique, que nous retrouvons aujourd'hui dans les textes relatifs à la santé environnementale sur la qualité de l'air¹⁴⁸⁷ ou la qualité de l'eau¹⁴⁸⁸. Enfin, la qualité sanitaire est venue s'apparier avec la « tranquillité » qui « *ne se limite pas à des*

¹⁴⁸³ RENARD S., *L'ordre public sanitaire, étude de droit public interne*, op. cit., p. 374.

¹⁴⁸⁴ BORGETTO M., « Qualité et santé : vers un nouvel ordre public sanitaire ? », *RDSS* 2014, p. 991.

¹⁴⁸⁵ Loi n° 93-5 du 4 janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicament.

¹⁴⁸⁶ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

¹⁴⁸⁷ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement.

¹⁴⁸⁸ Directive européenne 98/83/CE relative à la qualité des eaux destinées à la consommation humaine.

questions de bruit ou autres nuisances dérangeantes »¹⁴⁸⁹, mais tient dans une relation de confiance de l'usager avec son médecin, les médicaments et les produits qui lui sont prescrits, les aliments qu'il consomme et l'environnement dans lequel il évolue.

348. La qualité et la police administrative ne sont donc pas antinomiques. Au contraire, la qualité a acquis une valeur juridique par incorporation dans les textes et son arrimage à l'ordre public. Elle a cependant conservé par sa nature une ambivalence certaine, puisqu'elle ne se départit pas complètement de l'acception simple évoquée précédemment à son sujet. Nous pouvons alors nous demander si la notion de qualité ne serait pas formellement plus large que la notion de sécurité sanitaire, pouvant même englober cette dernière, pour considérer comme Lucie CLUZEL-METAYER, à propos des mécanismes d'accréditation des établissements de santé en 2006, de la traçabilité des événements indésirables et de la multiplication des vigilances, que « *la qualité, c'est aussi, et peut-être avant tout, la sécurité* »¹⁴⁹⁰. Devant cette notion plurivoque de qualité, nous pouvons nous interroger sur l'existence d'un « droit à la qualité », comme le laisse penser la définition du dictionnaire de droit de la santé qui énonce que « *traditionnellement, la qualité s'apprécie de façon multidimensionnelle, à partir de cinq notions : l'éthique, la sécurité, la pertinence, l'accessibilité et l'efficacité* »¹⁴⁹¹ [...] *La sécurité sanitaire est prise en compte dans la démarche de qualité et de gestion des risques instituée dans tout établissement, notamment à travers la déclaration des événements indésirables*¹⁴⁹² ».

Il résulte de cette évolution de la qualité dans les textes et les pratiques que l'hypothèse de Jean-Paul MARKUS selon laquelle « *l'objectif de qualité constitue un instrument de cette police sanitaire* », se confirme, y compris dans le champ de notre étude. Nous pouvons nous interroger avec lui pour savoir si, dans le champ de notre étude, la qualité n'est pas devenue un objectif de police¹⁴⁹³.

¹⁴⁸⁹ MARKUS J.-P., « Qualité et ordre public sanitaire, ou ordre public versus qualité », *op. cit.*, p. 1063.

¹⁴⁹⁰ CLUZEL-METAYER L., *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, 2006, p. 90.

¹⁴⁹¹ CALLU M.-F., GIRER M., ROUSSET G., *Dictionnaire de droit de la santé, Secteurs sanitaire, médico-social et social*, Lexis Nexis 2017, p. 327.

¹⁴⁹² CALLU M.-F., GIRER M., ROUSSET G., *Dictionnaire de droit de la santé, Secteurs sanitaire, médico-social et social, Ibid.*, p. 357.

¹⁴⁹³ MARKUS J.-P., « Qualité et ordre public sanitaire, ou ordre public versus qualité », *op. cit.*, p. 1063.

2/ La qualité, un objectif de police dans le champ étudié ?

349. Faire de la qualité une finalité de la police administrative au même titre que la sécurité semble hasardeux. Pourtant, nous avons vu que la qualité, principalement rattachée à la notion de sécurité dans divers textes, est devenue un instrument de police notamment à travers des conséquences de la certification et de l'évaluation en droit des autorisations.

Selon Jean-Paul MARKUS, la qualité tend aussi à devenir un objectif d'ordre public, car elle est « surveillée » au travers des dispositifs de la veille sanitaire¹⁴⁹⁴ et des vigilances. La qualité est aussi « évaluée » au titre de l'autoévaluation, de l'évaluation externe type accréditation ou certification, parce qu'elle figure dans les normes ISO et les RBP de la HAS. La qualité est enfin « rétablie » par des restrictions de liberté justifiées par « les normes de qualité¹⁴⁹⁵, et par « la suspension ou l'encadrement de la production et/ou de la commercialisation d'un produit¹⁴⁹⁶ »

350. Dans le champ de notre étude, la notion de qualité apparaît également comme un objectif de police administrative dont l'inspection s'est saisie. Nous avons rappelé qu'elle figure en tant qu'objectif à côté de la sécurité dans les textes relatifs à l'organisation et au fonctionnement des établissements de santé et les établissements sociaux et médico-sociaux. Elle apparaît explicitement dans les missions des agences sanitaires dotées de pouvoirs de police. L'article L. 1431-2 2° e) CSP dispose à cette effet que les ARS « *veillent à la qualité des interventions en matière de prévention, de promotion de la santé, à la qualité et à la sécurité des actes médicaux, de la dispensation et de l'utilisation des produits de santé ainsi que des prises en charge et accompagnements médico-sociaux et elles procèdent à des contrôles à cette fin* ».

L'exemple le plus significatif d'accomplissement de la qualité en tant qu'objectif de police est celui de l'utilisation des normes souples en inspection. Nous savons que dans le CASF, les règles de sécurité et les CTMOF étant peu nombreuses, les RBP prédominent, contrairement au CSP. Aussi, ces recommandations de bonnes pratiques de la HAS sont utilisées par les inspecteurs pour donner lieu à des injonctions assorties de délais d'exécution sur le fondement de l'article L. 313-14 CSF qui vise largement des situations présentant selon la loi « *des risques susceptibles d'affecter la prise en charge des personnes accueillies ou accompagnées ou le*

¹⁴⁹⁴ Le dispositif actuel de veille a été instauré notamment par l'Institut de veille sanitaire (InVS) par la loi n° 98-35 du 1er juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme, devenu Agence nationale de santé publique par la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé (Santé Publique France).

¹⁴⁹⁵ art. L. 1311-1 et L. 1311-2 CSP.

¹⁴⁹⁶ art. L. 221-3 C. consom.

respect de leurs droits ». C'est par exemple le cas d'une injonction prise en matière de chutes des personnes âgées sur le fondement de la recommandation HAS de 2005¹⁴⁹⁷, ou bien en matière de bonnes pratiques de contention (durée, renouvellement) sur la base d'un guide des bonnes pratiques de soins dans les EHPAD élaboré en 2007 par la DGS, la DGAS¹⁴⁹⁸ et la Société Française de Gériatrie et Gérontologie¹⁴⁹⁹.

351. Les inspecteurs des ARS et ceux de cohésion sociale qui procèdent à des inspections sur la base du CASF vont plus loin. Il est fréquent que certaines situations constatées en inspection ne fassent l'objet d'aucun texte légal ou réglementaire, ni même d'une recommandation HAS. Ces situations donnent ainsi lieu dans le rapport à de simples « remarques ». Cependant, en pratique, les inspecteurs peuvent proposer à leur autorité de traduire ces remarques en « injonction » ou « une prescription » en application de l'article L. 313-14 du CASF précité, au motif que la situation est considérée comme porteuse de risque pour la qualité et la sécurité des usagers (formule largement employée dans les rapports)¹⁵⁰⁰. En procédant ainsi, l'inspecteur se fait producteur de normes et décide du niveau coercitif en traduisant une simple remarque dans le rapport en « injonction » à l'égard de l'inspecté. Il le fait parce que le CASF ne lui interdit pas de le faire. Cette création du droit par l'inspection nous paraît critiquable car, comme l'a rappelé F. TIBERGHIE à propos d'une recommandation sur l'autisme, « *transformer le droit souple en droit dur constituerait une grave régression, qui ne serait dans l'intérêt de personne* »¹⁵⁰¹

Enfin nous pouvons percevoir dans l'orientation nationale relative au « *contrôle qualité du recueil des données ou des déclarations des indicateurs obligatoires de qualité et de sécurité des soins* » en établissement de santé une sorte d'« antichambre » du contrôle de police administrative. La « non qualité » détectée dans le recueil d'une part, et la « non qualité » détectée au travers des résultats fournis par les indicateurs de qualité et de sécurité des soins »

¹⁴⁹⁷ https://www.has-sante.fr/jcms/c_272503/fr/prevention-des-chutes-accidentelles-chez-la-personne-agee;
https://www.has-sante.fr/jcms/c_793371/fr/evaluation-et-prise-en-charge-des-personnes-agees-faisant-des-chutes-repetees.

¹⁴⁹⁸ La Direction générale de l'action sociale (DGAS) a été remplacée par la DGCS avec le décret n° 2010-95 et arrêté du 25 janvier 2010.

¹⁴⁹⁹ <https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/ehpad-2.pdf>.

¹⁵⁰⁰ Une injonction à partir d'une remarque sur un risque considéré comme « majeur » dans un EHPAD consistera par exemple à exiger de « veiller à garantir la réactivité du personnel au regard des appels malades » ou de « mettre en place de manière systématique une surveillance de nuit assurée par un binôme de professionnels ASH et AS ».

¹⁵⁰¹ TIBERGHIE F., « Une recommandation d'une autorité administrative indépendante n'est pas la loi », *op. cit.*, p. 702.

d'autre part, vont permettre d'initier des mesures de police administrative et en justifier les effets.

352. Ces exemples montrent que la qualité n'est pas simplement un accessoire de la police administrative. Elle contribue à en élargir le champ. Aussi, aux vues des textes et des pratiques relatifs au lien entre qualité et sécurité, il ne nous paraît plus possible aujourd'hui d'opposer les démarches qualité représentées par l'évaluation, et la police administrative caractérisée par l'inspection, ni de les cantonner à des pratiques préventives pour les premières et répressives pour la seconde. D'un côté, la certification et l'évaluation qui seraient des démarches dynamiques et en mouvement, mesurant la progression de la qualité à l'aide d'indicateurs. D'un autre côté, l'inspection qui serait une démarche statique et réduite à la binarité de la conformité ou de la non-conformité et ayant pour seul objectif la sécurité.

353. En réalité, et c'est bien peut-être là que réside une partie de la question de départ posée dans cette recherche, nous relevons une porosité grandissante entre ces outils : les démarches qualité empruntent à l'inspection et inversement, et ce à différents degrés. Le degré des procédures écrites et contradictoires avec une recherche accrue de publicité des résultats sur le site internet des ARS. Le degré des références normatives, avec des normes dures et douces qui sont utilisées d'une manière de plus en plus indifférenciée tant par les inspecteurs que par les évaluateurs. Le degré des organes « effecteurs » avec une convergence des missions autour de la notion de contrôle de la fiabilité du recueil des données. Enfin le degré des objectifs des contrôles où qualité et sécurité s'entremêlent, a priori et a posteriori, dans un but à la fois préventif et répressif.

354. Aussi, la qualité ne s'entend plus simplement au sens large comme une simple « manière d'être » d'une chose ou d'une personne¹⁵⁰², ou « ce qui rend quelque chose supérieur à la moyenne »¹⁵⁰³ et qui la placerait au-delà de la sécurité minimale que l'on peut attendre d'un service. Elle tend à se confondre avec la sécurité sanitaire, en s'appuyant sur des procédures évaluatives et les normes souples dont la juridicité est assumée, et sur les agents chargés d'en assurer le respect qui ont vu leurs institutions se rapprocher (ARS) et leurs pouvoirs de contrôle progressivement se mêler (contrôle IQSS). Cette évolution des instruments et des objectifs de

¹⁵⁰² Dictionnaire Larousse en ligne 2020.

¹⁵⁰³ DOUCET Ch., *La Qualité*, 2010, PUF, p. 5.

police autour de la qualité, constatée par Lucie CLUZEL-METAYER, « *témoigne de l'imbrication des procédures qualités au sein de la police sanitaire. En découle une nouvelle forme de contrôle, continue, diffuse, plus insidieuse mais qui n'en demeure pas moins un contrôle de l'autorité de tutelle. En définitive, la promotion de la qualité dans le domaine sanitaire n'infléchit pas le contrôle, elle l'alimente* »¹⁵⁰⁴.

La qualité se retrouve ainsi affichée comme « objectif essentiel » dans les prises en charge des usagers des ES¹⁵⁰⁵ et des ESSMS¹⁵⁰⁶, au point que le sociologue Michel SETBON ait perçu dès l'année 2000 dans le champ de la qualité des soins un « *nouveau paradigme de l'action collective* »¹⁵⁰⁷. L'exigence de qualité dans les textes et les pratiques permettrait ainsi le renouvellement de l'ordre public qui y trouve un regain de légitimité¹⁵⁰⁸ sous des formes d'accompagnement avec les démarches qualité et les contrats.

Nous pouvons ainsi conclure à la fusion des finalités des contrôles relatifs à la qualité et sécurité, à tout le moins à leur rapprochement ou leur convergence. Dans tous les cas, ce mouvement peut faire craindre des risques de confusion des contrôles relatifs à la qualité et la sécurité.

B/ Les risques de confusion des contrôles relatifs à la qualité et sécurité.

Il résulte de notre recherche un double mouvement du contrôle a priori au contrôle a posteriori, et du contrôle à l'évaluation ou à l'audit. Les acteurs de l'inspection essaient de profiter de ces mouvements pour se positionner et trouver les complémentarités malgré les concurrences que nous avons pu souligner. Il en résulte des risques que nous devons identifier et tenter de classer

¹⁵⁰⁴ CLUZEL-METAYER L., « L'irruption de la qualité dans le domaine sanitaire », *op. cit.*, p. 1002.

¹⁵⁰⁵ Art. L. 1112-2 CSP : « *la qualité de la prise en charge des patients est un objectif essentiel pour tout établissement de santé* ».

¹⁵⁰⁶ Art. L. 311-3 3° CASF : « *L'exercice des droits et libertés individuels est garanti à toute personne prise en charge par des établissements et services sociaux et médico-sociaux. Dans le respect des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, lui sont assurés [...] 3° Une prise en charge et un accompagnement individualisé de qualité favorisant son développement [...]* ».

¹⁵⁰⁷ SETBON M., « La qualité des soins, un nouveau paradigme de l'action collective », in *Sociologie du travail*, éd. Elsevier 3 janv. 2000, p. 51-68 : « *La démarche de qualité des soins transforme l'art médical en exercice scientifiquement fondé, l'autonomie professionnelle en situation d'interdépendance systémique, la définition de la technique médicale en construction pluridisciplinaire et politique. Modèle d'organisation et d'évaluation de l'action collective de soins dans une perspective d'efficacité curative et de maîtrise de la dépense, elle repose sur l'élaboration de nouvelles méthodes et techniques normatives qui, visant à encadrer les comportements professionnels, affectent les intérêts, les modes d'organisation, les valeurs des divers acteurs liés par le système, et apparaissent ainsi comme des enjeux majeurs de négociations et de conflits* ».

¹⁵⁰⁸ AUBY J.-M., « La légitimité de l'intervention de l'autorité publique dans le domaine de la santé », *AJDA* 1995, p. 588.

afin d'en mesurer mieux la portée. C'est pourquoi, nous distinguerons les risques endogènes (1) et les risques exogènes (2) à une fusion des contrôles.

1/ Les risques endogènes d'une fusion des contrôles

Parmi les risques endogènes, il ressort principalement un risque de confusion des postures de contrôle, d'évaluation et d'audit (a), et un risque de subjectivisation de l'inspection par le recours au droit souple et la négociation (b).

a) La confusion des postures de contrôle, d'évaluation et d'audit

355. Le rapprochement de la qualité avec la sécurité dans les textes d'une part, et le rapprochement de la régulation avec l'inspection au sein d'une même autorité de contrôle d'autre part, posent la question des conflits d'intérêts et celle du contenu du pouvoir régalien. Les agences nationales qui n'ont pas de rôle de tutelle sur les établissements mais seulement un pouvoir de police, s'en sortent mieux que les ARS ou les services déconcentrés obligés de composer entre leur mission de police et leur mission d'appui aux établissements, « *cette dernière étant particulièrement demandée par les établissements et services sociaux et médico-sociaux pour établir leurs évaluations* », ainsi que le remarquait l'IGAS en 2013 dans son rapport sur l'inspection et les démarches apparentées en ARS¹⁵⁰⁹.

L'IGAS y faisait le constat que l'exercice consistant en ARS à distinguer appui, accompagnement et inspection est « périlleux ». Elle a ainsi constaté que les ARS s'impliquaient dans la démarche d'évaluation ou de certification parfois plus que de mesure, soit a minima en signant une convention avec un réseau qualité pour qu'il apporte un appui à l'évaluation interne d'un ESMS, ou en coconstruisant avec les établissements des référentiels d'évaluation interne, soit, a maxima, en s'impliquant directement auprès des établissements de santé pour les aider à « préparer » la visite de certification.

Le risque de confusion des postures peut aussi se retrouver au sein d'une même mission de contrôle. C'est le cas déjà cité de l'orientation nationale d'inspection contrôle des ARS sur les indicateurs de qualité et de sécurité des soins. A cet égard, la loi Ma santé 2022 a renforcé de manière significative les effectifs compétents pour réaliser ces contrôles en élargissant l'article

¹⁵⁰⁹ Rapport Igas n° RM2013-010P, *Articulation de la fonction inspection contrôle des ARS avec les autres fonctions concourant à l'amélioration de la qualité au sein des établissements sanitaires et médico-sociaux (certification, évaluation, contractualisation)*, op. cit., p. 34.

L. 1435-7 CSP à de nouveaux agents¹⁵¹⁰. En plus des inspecteurs statutaires¹⁵¹¹ et des agents « désignés » comme inspecteurs ou contrôleurs par le directeur général d'ARS depuis 2009¹⁵¹², ce dernier peut désormais recourir à des médecins-conseils ou des pharmaciens-conseils des organismes d'assurance maladie, sur proposition des représentants des régimes d'assurance maladie en région¹⁵¹³. Il peut également recourir à des médecins ayant conclu un contrat avec l'ARS, qui peuvent être choisis en particulier parmi les experts de l'HAS mentionnés à l'article L. 1414-4 CSP¹⁵¹⁴.

356. Ainsi, avec le contrôle des IQSS, une convergence a vu le jour entre trois démarches différentes sous l'égide du directeur général d'ARS: la législation sanitaire exercée par les inspecteurs des ARS, la législation sociale assurée par les agents de l'assurance maladie, et la démarche qualité qui relève des prérogatives de l'HAS¹⁵¹⁵. Nous pouvons y voir un enrichissement par une convergence des finalités de contrôles. Nous pouvons aussi y déceler un certain appauvrissement dû à la concentration des moyens mobilisés sur cette orientation nationale, au détriment des autres contrôles dont ils ont la charge.

Ce texte n'a fait l'objet d'aucun commentaire ni syndical, ni doctrinal, alors qu'il confirme avec d'autres tendances l'ouverture d'une nouvelle voie pour un contrôle fondé davantage sur les processus que sur les normes juridiques. La fusion fonctionnelle des moyens et des finalités de contrôle sur les indicateurs qualité et sécurité des risques pourrait même préfigurer une fusion des corps et des statuts professionnels en témoignant de l'indifférenciation des postures au regard d'une finalité qui serait mixte, comme nous l'avons exposé, à la fois médico-économique et préventive des dysfonctionnements.

Comme l'écrivait Jacques CAILLOSSE en 2015 à propos du réagencement des corps et des services d'inspection par rapport à l'évaluation et l'audit, « *ces modifications invitent in fine à s'interroger sur les relations que les missions constitutives des inspections entretiennent avec le droit. L'impression dominante qui en ressort est que le discours juridique ne s'y fait plus guère entendre, comme s'il ne portait plus que des principes et des valeurs d'un âge périmé de l'administration et de l'action publique. A l'opposé, les corps d'inspection de toute évidence*

¹⁵¹⁰ Art. 65 de la Loi n° 2019-774 du 24 juillet 2019 relative à l'organisation et à la transformation du système de santé (JO du 26 juillet 2019).

¹⁵¹¹ Art. L. 1421-1 CSP (notamment médecins inspecteurs de santé publique).

¹⁵¹² Art. L. 1435-7 al. 1 CSP.

¹⁵¹³ Voir art. L. 315-1 VII CSS.

¹⁵¹⁴ Ces agents devront respecter des conditions d'aptitude techniques et juridiques définies par décret en Conseil d'État.

¹⁵¹⁵ BARLET C., « Autorisations, inspection et contrôle des établissements de santé », *op. cit.*, p. 442.

parlent aujourd'hui un autre langage qui leur est devenu commun et qui n'entretient avec la juridicité que des rapports formels et lointains. Du droit, il n'est plus guère question, sinon pour rappeler le périmètre variable des compétences qui s'exercent avec d'autres moyens (les modèles et les calculs de l'économie), et à d'autres fins : tout cela qu'on appelle, selon les cas contrôle de performance, audit ou évaluation ».

Cette confusion des postures est aussi mesurable dans la procédure même d'inspection, largement ouverte au droit souple et à la recherche de négociation, au risque d'une subjectivisation de l'inspection.

b) Le risque de la subjectivisation de l'inspection par le droit souple et la négociation

357. L'outil inspection fait l'objet depuis une vingtaine d'année, particulièrement dans le champ sanitaire et médico-social, d'un double mouvement qui peut paraître antinomique. D'un côté, nous avons évoqué depuis moins d'une dizaine d'années l'objectivisation de la programmation de l'inspection grâce au ciblage par l'analyse des risques (EIG, tableau de bord ANAP). D'un autre côté, un mouvement plus ancien, mais récemment formalisé dans les guides de bonnes pratiques nationaux, qui appelle de notre part une interrogation sur ce que nous pouvons considérer comme un risque de « subjectivisation de l'inspection ». Il n'est pas question ici d'une subjectivisation du droit au sens de la distinction juridique entre droit objectif et droit subjectif issue du 19^{ème} siècle, mais d'un risque de subjectivisation des situations perçues par les inspecteurs et des moyens utilisés par eux pour y remédier.

Cette subjectivisation de l'inspection passe par deux phénomènes.

358. Le premier phénomène est le fruit de la faiblesse des normes juridiques dans le champ étudié et l'utilisation du droit souple par les inspecteurs.

Dans les ES, les normes techniques connaissent une obsolescence rapide du fait des progrès techniques et des prises en charges nouvelles¹⁵¹⁶. Dans les ESSMS, elles sont peu nombreuses. Pour pallier ces carences, les inspecteurs s'appuient dans le cadre de leur mission d'inspection sur le droit souple quand il existe, notamment les recommandations HAS, et parfois le bon sens qu'exige la situation, pour émettre des « recommandations », voire des « injonctions » si le contexte l'impose.

¹⁵¹⁶ ABBALLEA P., in « Inspection et évaluation dans les DDASS et les DRASS », Revue trimestrielle du Ministère des affaires sociales, du travail et de la solidarité, Ministère de la santé, de la famille et des personnes handicapées « Echanges santé social » - oct. 2001 n° 103 – La Doc. fr, p. 91.

Cette pratique intéressante en soi permet de dépasser la norme législative et réglementaire et d'asseoir le pouvoir de l'inspecteur en légitimant son rôle par une fonction de conseil. Mais elle présente, selon nous, un risque de subjectivisation de l'inspection qui réside dans la relativité juridique de la norme souple par rapport à la norme prescrite, et dans la relativité de la décision proposée par un inspecteur. Selon la personnalité de ce dernier, la composition d'une mission, la culture de l'institution à laquelle il appartient, la proposition ne sera pas identique. L'inégalité de traitement des établissements devant cette pratique est réelle. Elle ne pourrait être compensée que par l'élaboration d'un thésaurus national des réponses apportées à des situations identiques, qui serait partagé entre les autorités de contrôle, mais le travail se révélerait colossal et engendrerait un risque de standardisation des réponses au regard des situations diverses, et de la pluralité des établissements et des populations qui y sont accueillies. L'utilisation du droit souple aux côtés de la norme prescrite pourrait placer les agents devant une injonction paradoxale de répondre à l'exigence d'une inspection en même temps polyvalente et experte. Un tel enjeu peut aller à l'encontre de la spécificité des démarches.

359. Le second phénomène de subjectivisation consiste à demander en fin d'inspection « un plan d'action » à l'inspecté. Cette méthode largement répandue permet aux inspecteurs de rappeler les obligations de résultat mises à la charge de l'inspecté par les textes opposables à l'établissement afin que celui-ci définisse les moyens de les atteindre dans ce plan d'action. Cependant, la pratique veut que l'autorité de contrôle ne se contente pas de rappeler les objectifs légaux. Elle se fait fort de se prononcer sur les moyens proposés dans le plan d'action remis par l'établissement, en acceptant certains, en refusant d'autres.

Se faisant, elle se rend juge et partie de la réponse apportée par l'établissement sur des thèmes relevant de l'ordre public, encouragée en cela par la mission d'accompagnement qu'elle assure par ailleurs grâce à la contractualisation. On peut alors se demander quelle serait la part de responsabilité administrative ou pénale de l'autorité administrative si l'obligation de résultat n'était pas atteinte par l'établissement (par exemple le recrutement d'infirmiers dans un délai de 3 mois ou la réparation sous huit jours des appels malades dans les chambres), dont il résulterait un risque pour les usagers, alors que cette autorité se serait prononcée sur les moyens, notamment au regard des financements limitatifs qu'elle est capable d'allouer. L'image de l'arroseur arrosé se dessine derrière celle du contrôle assuré par une autorité d'autorisation et de tarification.

2/ Les risques exogènes d'une fusion des contrôles

Avec le recul nécessaire, nous savons qu'une partie des contrôles de qualité et sécurité a été confiée à des organismes privés dans le champ sanitaire (disciplines médicales à risques, laboratoires de biologie médicale) et que la certification et l'évaluation jouent un rôle prépondérant en droit des autorisations. Les inspections se sont progressivement recentrées sur une gestion a posteriori des risques récurrents, et elles participent de plus en plus au pilotage médico-économique et à la performance des établissements avec les IQSS en lien avec la HAS et l'assurance maladie.

Ce recentrage des inspections laisse de cette manière une place vide qui peut être revendiquée en faveur d'une externalisation plus forte des contrôles (a) et en faveur de la normalisation des pratiques (b).

a) La place laissée à l'externalisation des contrôles

Le mouvement d'externalisation des contrôles qualité/sécurité à des organismes privés s'est accéléré depuis une dizaine d'années dans le champ porté à notre examen.

360. L'évaluation des ESSMS s'est appariée avec la certification ISO comme nous l'avons étudié. En ce qui concerne les établissements de santé, un courant de libéralisation de la certification HAS est à l'œuvre. Olivier CLARIS, président de la commission médicale d'établissement des Hospices civils de Lyon a été chargé en décembre 2019 par Agnès BUZIN, alors ministre de la santé, d'une mission ministérielle pour « *concrétiser la médicalisation de la gouvernance et simplifier le fonctionnement de l'hôpital* ». Soulignant la « lourdeur, le coût et l'important temps de travail » de la démarche de certification HAS, mais également des contrôles COFRAC au sein des services hospitaliers, la mission a proposé dans son rapport une harmonisation des procédures de certification des établissements de santé et suggère notamment que « *la démarche de certification obligatoire des établissements de santé leur laisse plus d'autonomie, en laissant aux établissements le libre choix de l'organisme certificateur et des thèmes de gestion des risques qu'ils entendent faire évaluer* »¹⁵¹⁷.

Les critiques qui ont vu le jour à l'égard de cette proposition de délégation de la certification à des cabinets privés sont les mêmes que celles qui concernent les organismes habilités à réaliser des évaluations externes, à savoir « *une trop grande proximité entre ordonnateur et payeur, des*

¹⁵¹⁷ Rapport de mission sur la gouvernance et la simplification hospitalières confiée au Pr Olivier CLARIS, juin 2020, recommandation n° 50 p. 70.

prestations inégales selon les opérateurs, et un manque de transparence dans la réalisation des prestations et les critères de certification »¹⁵¹⁸. Le risque d'hétérogénéité et le manque de transparence des certifications « à la carte » est réel. Un cadre très clair devrait être donné par la HAS pour éviter ces écueils si la réforme devait avoir lieu.

361. Un autre exemple d'externalisation de contrôle à une profession libérale a peu fait parler de lui. Il s'agit du statut de « *l'avocat enquêteur* » qui est apparue avec le chapitre sur la protection des lanceurs d'alerte dans la loi Sapin 2 en 2016¹⁵¹⁹. Ce statut d'avocat enquêteur, intégré à l'annexe XXIV du règlement intérieur de la profession d'avocat¹⁵²⁰, permet de conduire des enquêtes internes au sein des entreprises publiques ou privées. Mandaté par la direction, les délégués du personnel ou le CHSCT, l'avocat enquêteur est généralement chargé de régler juridiquement les problèmes liés à la gouvernance et au management, notamment les questions de harcèlement moral au travail. L'enquête réalisée présente des garanties de respect de la confidentialité et du secret professionnel, mais aussi d'une procédure contradictoire qui peut trouver une issue aussi bien en procédure amiable que contentieuse¹⁵²¹.

Cette nouvelle mission en plein essor dans tous les secteurs du travail, y compris dans les établissements de santé et les EHPAD où le management se trouve parfois en grande difficulté avec des problèmes de harcèlement moral, est en fait directement inspirée des pratiques anglo-saxonnes. Selon l'avocat Richard DOUDET, il s'agit d'une « *disposition en place au départ pour lutter contre la corruption. Aux États-Unis et en Grande-Bretagne, les avocats ont depuis très longtemps la possibilité d'organiser des enquêtes internes au sein des entreprises* »¹⁵²². Le lien entre l'enquête de l'avocat et l'inspection ou les contrôles qualités peut paraître ténu, mais il ne l'est pas. Selon les avocats, leur rôle va au-delà de la simple relation interpersonnelle et tient autant de ce que certains appellent la « basse police » que de la procédure de conseil à une direction, telle qu'elle existe dans les pays anglo-saxons avec la pratique du « UpJohn Warning »¹⁵²³. Comme pour l'inspection et les démarches qualité, l'objectif de qualité et de sécurité n'est pas loin puisque le dispositif de l'avocat enquêteur permet de « *dénouer des*

¹⁵¹⁸ Déclaration de Gérard RAYMOND, président de France assos santé, à Hospimédia le 23 juin 2020 à propos du rapport CLARIS.

¹⁵¹⁹ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (Art. 8-I).

¹⁵²⁰ Annexe XXIV du règlement intérieur national de la profession d'avocat (RIN) : Vademecum de l'avocat chargé d'une enquête interne et art. 6-1 et 6-2, al. 2, du RIN.

¹⁵²¹ DAOUD E., BOYER C., « L'avocat chargé d'une enquête interne : enjeux déontologiques », *AJ pénal* 2017 p. 330.

¹⁵²² Article « L'avocat enquêteur, un recours pour dépassionner les conflits en établissement », *Revue en ligne hospimédia*, 26 févr. 2018.

¹⁵²³ WALTER B., « Quand l'avocat mène l'enquête », *LJA Magazine*, juillet-août 2016, p. 9.

situations complexes et impacte donc aussi la qualité et la sécurité des soins » selon Richard DOUDET.

Il est probable que l'on puisse parler de juridicisation des rapports au sein des établissements avec l'arrivée des avocats enquêteurs, même si la dimension de conseil et de règlement amiable est prégnante, voire de judiciarisation en cas de contentieux. On peut aller jusqu'à évoquer une privatisation du contrôle ou en tous cas des moyens de règlement des conflits. On peut aussi y entrevoir l'occasion de vider certains contentieux soumis jusqu'alors aux autorités publiques de contrôle, moyennant le coût des honoraires d'avocat.

Quoi qu'il en soit, l'externalisation des contrôles est un mouvement de fond, y compris sur le thème dual de la qualité et sécurité, qui va de pair avec la normalisation des pratiques, tendant elle-même vers une labellisation d'essence plus libérale.

b) De la normalisation des pratiques à la tentation de labellisation des prestations

362. Le secteur sanitaire et social a été sujet à une multiplication des normes et des labels, notamment sous l'impulsion de l'AFNOR avec les normes dites « obligatoires »¹⁵²⁴, mais aussi les normes « volontaires ». La norme volontaire est lancée à l'initiative des acteurs d'un marché. Selon, l'AFNOR, elle *« est un cadre de référence qui vise à fournir des lignes directrices, des prescriptions techniques ou qualitatives pour des produits, services ou pratiques au service de l'intérêt général. Elle est le fruit d'une co-production consensuelle entre les professionnels et les utilisateurs qui se sont engagés dans son élaboration. Toute organisation peut ou non l'utiliser et s'y référer ; c'est pourquoi la norme est dite volontaire »*¹⁵²⁵.

La recherche de normalisation n'est pas nouvelle, mais le besoin de réassurance des établissements est tel que les normes juridiques ne suffisent plus à y répondre. Aussi, sommes-nous passés d'une normalisation encadrée à ce que nous pouvons appeler une labellisation débridée.

363. Le secteur des personnes âgées est particulièrement concerné par le mouvement de normalisation Afnor. Un groupe de réflexion sur la « Silver économie » (GRSE) composé d'une centaine d'experts et coordonné et piloté par l'AFNOR a rendu en 2015 un rapport relatif

¹⁵²⁴ L'article 17 du décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation dispose que les normes peuvent être rendues d'application obligatoire par arrêté signé du ministre chargé de l'industrie et du ou des ministres intéressés.

¹⁵²⁵ <https://normalisation.afnor.org/foire-aux-questions/quest-ce-quune-norme-volontaire/>

à « *la normalisation, un outil stratégique pour la Silver économie* »¹⁵²⁶. Considérant que les EHPAD et les services à la personne sont des secteurs « à fort potentiel » qui pourraient très rapidement se transformer comme au Japon en « marché de masse », les experts constatent que la France s'appuie sur une « réglementation » complétée par des recommandations de bonnes pratiques associée à la certification des établissements de santé et de l'évaluation externe des ESSMS, mais que très peu de « normes volontaires » existent¹⁵²⁷, laissant ainsi des « besoins non couverts »¹⁵²⁸. Les experts proposent donc d'inviter les opérateurs de ces secteurs, à savoir les fédérations et associations à « développer la réflexion » dans les groupes de travail de l'AFNOR autour de ces sujets en citant la réglementation européenne qui s'est inspirée des normes iso dans le secteur des dispositifs médicaux (800 normes environ sur ces dispositifs) pour encadrer le secteur.

Une question émerge. Est-ce que toutes les activités se prêtent à la normalisation ? Il semble que non, car il arrive que les normes AFNOR interviennent là où des textes existent déjà. Il en va ainsi de la *norme Iso/TC 283* relative à la gestion de la santé et de la sécurité psychologique au travail¹⁵²⁹, alors que le management de la santé au travail fait déjà intervenir une réglementation fournie par le Code du travail et un dialogue social continu, notamment à travers les dialogues de branches et les conventions collectives.

364. En outre, la normalisation généralement rattachée à l'AFNOR peut se superposer à la labellisation dont l'origine est plus libérale. Un « label » peut être délivré par un organisme privé non certifié par le COFRAC et en dehors des normes AFNOR. A l'heure actuelle, des associations ou cabinets peuvent créer et décerner un « label » dans n'importe quelle condition sans que ce label ne donne lieu à des contrôles sur le terrain par celui qui l'a décerné, et sans que celui-ci ne fasse lui-même l'objet d'un contrôle. C'est ce qui s'est passé pour l'association Handéo qui intervient dans le secteur du handicap et qui a développé un label *Cap'Handéo* sur les services à la personne avec les ARS Nouvelle-Aquitaine et Auvergne Rhône-Alpes¹⁵³⁰.

¹⁵²⁶ Rapport Afnor GRSE, *La normalisation, un outil stratégique pour la Silver économie*, juillet 2015.

¹⁵²⁷ Normes d'engagements de service pour la médecine physique et de réadaptation (NF S99-137) dédiées aux services aux personnes à domicile (NF X50-056), aux établissements d'hébergement pour personnes âgées (NF X50-058) ou pour la qualité de service en téléassistance (NF X50-520).

¹⁵²⁸ Rapport GRSE 2015 p. 73 (*Les besoins non couverts par la France dans le rapport sont notamment pour le secteur santé : des normes sur les oxymètres de pouls, les moniteurs de pression sanguine, les thermomètres, les plateaux de balance, les glucomètres, le système de concepts relatifs à la continuité des soins, l'interopérabilité des systèmes de télésanté ; pour le secteur personnes âgées les logements collectifs spécialisés et les services à la personne*).

¹⁵²⁹ Fondée sur la norme *Iso 45001* relative au systèmes de management de la santé et de la sécurité au travail publiée en mars 2018.

¹⁵³⁰ Hospimédia 19 oct. 2017, « Handéo travaille avec des ARS à de nouvelles certifications de services dans le médico-social ».

Cette association a ensuite demandé son accréditation au COFRAC afin de répondre notamment à la norme internationale *Iso 17765* relative à la stérilisation des produits de santé et pouvoir « certifier » des services d'aide à la personne. Cette opération l'oblige à porter un numéro d'accréditation valable quatre ans et renouvelable tous les cinq ans, et à faire l'objet d'un contrôle périodique par les auditeurs du COFRAC.

Retenons ici qu'un label est « libre de droit » et que les ARS sont visiblement entrées dans une démarche d'appel à des associations capables de labéliser certains domaines relevant de leur tutelle. L'hypothèse d'une externalisation à bon compte de l'activité de régulation des autorités administratives peut être avancée. Un marché « gagnant-gagnant » entre l'autorité publique qui se décharge sur l'organisme privé qui y voit une aubaine financière, sans que le terme « contrôle » ne soit plus évoqué. Rappelons que des équivalences entre la certification et l'évaluation externe sur le secteur médico-social sont autorisées par l'article L. 312-8 CASF notamment dans le secteur des services d'aide et d'accompagnement à domicile, ce qui crée un réseau, pour ne pas dire un marché de mieux en mieux organisé entre certification et évaluation¹⁵³¹.

365. La labellisation par les usagers a également le vent en poupe. C'est le cas par exemple des maternités dont une soixantaine ont obtenu le « label qualité » délivré par le Collège national des gynécologues et obstétriciens français (CNGOF) mis en place à l'automne 2019. Ce label se fonde sur une plateforme en ligne¹⁵³² qui comprend un questionnaire de satisfaction sur l'intérêt des informations disponibles à la maternité et leur impact sur le suivi de la grossesse et le dialogue avec l'équipe obstétricale, ainsi qu'un questionnaire de satisfaction sur la qualité de la prise en charge. Un des objectifs de ce label est en effet, selon le CNGOF, « *de confier une partie du contrôle qualité aux femmes elles-mêmes* »¹⁵³³.

Cette démarche de labellisation des maternités est novatrice puisqu'elle se fonde sur les réponses des parturientes à un questionnaire en ligne du CNGOF sur le degré d'information de la parturiente par la maternité. La démarche repose donc sur un double mouvement de labellisation d'une structure par des représentants professionnels à partir d'un rétrocontrôle effectué par les patients. Il semble pourtant que ce contrôle confié aux patients et qui aboutit à une labellisation n'est pas exempt d'un risque de dérives à la fois consuméristes de la part des

¹⁵³¹ Arrêté du 15 mai 2018 portant reconnaissance d'équivalence entre la certification établie sur la base du référentiel de certification de services RE/QUALISAP/09 V4 de la société Bureau Veritas Certification et l'évaluation externe prévue à l'article L. 312-8 du code de l'action sociale et des familles (JO du 19 mai 2018)

¹⁵³² Plateforme « Maternys » <https://www.maternys.com/presentation-maternys/>

¹⁵³³ Hospimédia qualité, Une soixantaine de maternité sont engagées dans le label qualité du CNGOF, 8 janv. 2020.

usagers, mais aussi dans la portée juridique de cette initiative, car ce dispositif vient labéliser des mesures qui, soit devraient être la règle (la bientraitance des parturientes est dans la loi), soit n'apportent pas de bénéfice majeur aux femmes.

Quoiqu'il en soit, le mouvement de normalisation volontaire sous l'égide de l'AFNOR, ou de labellisation par des pairs ou des usagers posent deux principales questions. D'abord la question de l'exercice du contrôle de la qualité exercée par des organismes ou des particuliers qui peut demeurer superficiel au regard des compétences requises. Ensuite la question du contrôle exercé sur le contrôle qualité. Ce contrôle peut être absent ou consister en un autocontrôle par l'établissement ou le service lui-même. Il peut être aussi réduit ou laissé à l'appréciation des acteurs privés dont l'indépendance et l'impartialité peuvent prêter à critique, puisqu'ils sont dans un lien de confraternité ou de subordination financière avec le demandeur. Aussi peut-on considérer avec le Professeur Jean-Marie PONTIER, que l'absence de cohérence de l'ensemble des dispositifs de labellisation, avec la norme juridique d'un côté, et la norme technique ou le label de l'autre, fait courir le risque d'incompréhension et de confusion par une superposition des procédures¹⁵³⁴. L'enchevêtrement de la labellisation, l'accréditation, la certification¹⁵³⁵ rend non seulement illisibles les procédures, mais peut faire craindre une « dilution de l'action de l'État » qui serait dans l'incapacité d'en être le « garant », faute de contrôle réel sur ces procédures.

En conclusion de ce chapitre 2 du titre 3 relatif aux effets des démarches qualité sur l'inspection, il apparaît que les différents types de contrôles de qualité et sécurité se sont rapprochés jusqu'à fusionner dans les textes et la pratique professionnelle. A tel point qu'il est difficile de vraiment distinguer ce qui relève de la sécurité appréhendée par les outils de la démarche qualité, et la sécurité appréhendée par la police administrative et son outil, l'inspection.

Il nous semble qu'un point de frottement existe sur le terrain de la qualité entre les démarches dures et les démarches douces, qui fait que la qualité ne serait plus une « exigence relative », là où seule la sécurité aurait été une « exigence absolue »¹⁵³⁶. On peut se demander si, en élargissant le champ de l'inspection à de nouveaux moyens, les bonnes pratiques professionnelles, et à une finalité qui n'est pas seulement sécuritaire, mais qui permet de

¹⁵³⁴ PONTIER J.-M., « La politique de labellisation », *AJDA* 2017, p. 1700.

¹⁵³⁵ Jean-Marie PONTIER évoque la « babélisation » des procédures qualité.

¹⁵³⁶ PLANES-DE LA ASUNCION K., « Qualité et sécurité alimentaire », *op. cit.*, p. 1023.

mesurer la qualité, mais aussi l'efficacité, l'efficience et pourquoi pas la performance, on ne prend pas le risque d'obscurcir la notion d'inspection au prétexte de mieux la servir.

Conclusion du titre 3

366. Il résulte de ce titre 3 consacré à l'articulation entre l'inspection et les démarches qualité entendues comme outil de régulation que si une influence mutuelle a vu le jour entre ces démarches, l'inspection semble avoir plus perdu qu'elle n'a gagné et se cherche une nouvelle légitimité. L'inspection, traditionnellement liée à la police administrative, a été progressivement diluée dans une administration territoriale qui est davantage une administration de pilotage qu'une administration de tutelle et de contrôle. L'inspection tend à disparaître du paysage administratif sanitaire et social, malgré les essais de réification de l'inspection basés sur le ciblage par l'analyse des risques et son articulation avec la contractualisation.

La prédominance des méthodes de résolution concertée des dysfonctionnements en établissement tend à promouvoir l'évaluation et l'audit, et recentre l'inspection sur les contrôles de fiabilité des déclarations obligatoires des établissements et services. Il reste ainsi très peu de place à une inspection réactive aux urgences et indépendante dans son action, qui suppose des moyens en effectifs, en temps et surtout en expertise, car c'est bien connu, on ne fait bien que ce que l'on fait souvent. Nous pouvons d'ailleurs faire le constat d'un paradoxe existant entre le temps mineur consacré à l'inspection dans la pratique et la place majeure qui lui est symboliquement accordée par ceux qui en sont les récipiendaires. La fonction inspection est d'autant plus considérée comme une fonction parmi d'autres qu'on l'exerce moins.

Des translations s'opèrent de l'un à l'autre. L'inspection-contrôle s'ouvre au droit souple, avec les RBP, mais tend à disparaître sous sa forme de contrôle a priori (visites de conformité), quand la certification et l'évaluation entrent dans les processus d'autorisation et tendent à remplacer les visites de conformité pour trouver ainsi leur place en police administrative de l'autorisation.

Nous allons maintenant analyser les contrôles relatifs à la qualité et à la sécurité au prisme de la responsabilité indemnitaire de la puissance publique dans le champ de notre étude (Titre 4).

Titre 4 - Les contrôles relatifs à la qualité et à la sécurité au prisme de la responsabilité indemnitaire de la puissance publique.

367. On ne saurait aborder la question de l'inspection-contrôle sans évoquer celle de la responsabilité de l'autorité administrative défaillante. Rarement questionnée par les autorités administratives concernées, la question de leur responsabilité en matière d'activité de contrôle est pourtant au cœur de l'action publique. L'autorité administrative peut engager sa responsabilité sur le plan administratif, pénal ou disciplinaire, mais aussi devant les citoyens victimes, experts ou simples consommateurs, sans oublier la sphère politique et ses commissions d'enquête, ni la sphère médiatique qui catalyse l'information et parfois l'action.

Nous centrerons cette partie sur la responsabilité administrative indemnitaire de l'administration de contrôle dans son activité de contrôle en regardant principalement les contrôles relatifs à la qualité et à la sécurité. Pour autant, il convient de garder à l'esprit que cette responsabilité indemnitaire peut se cumuler avec une responsabilité pénale et disciplinaire qui ne seront pas directement traitées dans ce titre.

368. Les personnes publiques ont longtemps été protégées d'un procès en responsabilité administrative pour les actions ou inaction dont elle se seraient rendues coupables. L'adage selon lequel « le souverain ne saurait mal faire » hérité de l'ancien régime a donné lieu au « dogme de l'irresponsabilité de la puissance publique » évoqué par Paul DUEZ qui révélait un sentiment plus profond d'inafaillibilité de l'État¹⁵³⁷.

Avec l'arrêt *Blanco* en 1873, le tribunal des conflits a confirmé, dans le sillage de la jurisprudence *Rothschild*¹⁵³⁸, l'autonomie du droit de la responsabilité administrative des personnes publiques, considérant que celle-ci « n'est ni générale ni absolue, qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés »¹⁵³⁹. Mais l'arrêt *Blanco* s'était volontairement gardé de faire référence

¹⁵³⁷ DUEZ P., *La responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, 2^e éd. 1934.

¹⁵³⁸ CE, 6 déc. 1855, *Rothschild*, Rec. p. 705.

¹⁵³⁹ TC, 8 février 1873, *Blanco*, req. n° 00012, Rec. 1^{er} suppl. 61, concl. DAVID.

à la notion de faute pour retenir cette responsabilité. Les premiers cas dans lesquels la jurisprudence du XIX^{ème} siècle a retenu la responsabilité de l'administration ont concerné la responsabilité sans faute dans le domaine de la réparation des dommages de travaux publics, permettant ainsi la conciliation du principe d'infailibilité de l'administration avec le respect du droit de propriété reconnu dans la DDHC de 1789 et le Code civil.

Aujourd'hui, les activités de contrôle exercées par des personnes publiques n'échappent pas à cette recherche de responsabilité extracontractuelle qui se cristallise dans le cadre d'un procès en plein contentieux. Nous verrons qu'il s'agit d'une responsabilité fondée sur l'idée de faute de l'administration chargée du contrôle dont la preuve est à la charge de la victime ou des tiers dans le cadre d'actions récursoires. La « responsabilité sans faute » appelée dans certains cas « responsabilité pour risque » n'a pas sa place lorsqu'il s'agit d'évoquer l'engagement de responsabilité du contrôleur, car celui-ci ne se substitue pas par son contrôle à l'activité du contrôlé qui reste le principal responsable de ses actions ou omissions.

Cependant, il faut consentir à ce qu'une responsabilité puisse naître d'une mauvaise administration de la fonction contrôle. A ce propos, l'étude de la « mal-administration » est déjà ancienne et se rattache au rôle de l'Ombudsman suédois chargé, en tant qu'autorité administrative indépendante, de déceler les failles de l'administration et de les corriger grâce à ses recommandations¹⁵⁴⁰. La reconnaissance d'une responsabilité administrative indemnitaire relative à l'exercice de contrôles « non juridictionnels », justifie la réparation des préjudices subis par les établissements et les usagers qui subiraient les conséquences d'un contrôle anormal, insuffisant ou même de l'absence de contrôle. En matière de contrôle comme dans d'autres domaines, la faute lourde a longtemps été la pierre angulaire de la responsabilité administrative. Les juges évoquent à son propos une « faute qualifiée » dont la gravité doit être rapportée pour engager la responsabilité administrative. Toutefois, la faute lourde a progressivement laissé la place à la faute simple en matière de contrôle, qui permet un engagement de responsabilité plus facile dans des domaines où l'administration est censée ne pas devoir faillir, nonobstant les îlots de responsabilité pour faute lourde qui subsistent dans certains cas.

369. L'étude de la responsabilité administrative de l'État et des CD dans leur activité de contrôle est particulièrement intéressante dans le cadre de notre recherche. D'abord, parce que

¹⁵⁴⁰ SABOURIN P., « Recherches sur la notion de mal administration dans le système français », *AJDA*, sept. 1974, p. 396.

ce thème a beaucoup intéressé la jurisprudence et la doctrine sous l'angle des risques sériels en matière de sécurité sanitaire, mais finalement très peu sur l'activité de contrôle des établissements et services. Ensuite, en raison du fait que la notion même de « responsabilité du fait des activités de contrôle » est quasiment absente de la réflexion menée par le ministère, les agences nationales ou régionales, les directeurs et les inspecteurs, tous concentrés sur le traitement des signaux, l'élaboration des programmes de contrôle, leur exécution et la reddition de compte à assurer. Les zones de « non contrôle » sont immenses, qu'il faut mettre en regard de la capacité des administrations à diligenter des contrôles. Faire des choix, prendre des risques de « non contrôle » seront des décisions d'autant plus assumées qu'elles sont éclairées par la connaissance des responsabilités qu'elles engagent, collectives ou individuelles.

L'étude de la responsabilité administrative pour faute comporte classiquement plusieurs dimensions : le fait générateur, le dommage, le lien de causalité entre les deux et l'imputabilité du fait générateur à une personne publique.

Nous centrerons ce dernier titre sur l'étude du degré de gravité de la faute et la nature de celle-ci (Chap. 1), avant d'aborder la question complexe de l'imputabilité de la faute en matière d'inspection-contrôle dans le champ étudié (Chap. 2).

Chap. 1- L'exigence d'une faute de l'autorité administrative dont le degré de gravité et la nature sont variables en fonction du type d'inspection contrôle, objet de l'étude.

Le degré de responsabilité de l'État ou d'une collectivité territoriale dans son activité de contrôle varie selon la gravité et selon la nature de la faute commise par l'autorité administrative de contrôle.

En prolongeant la réflexion que Jacques PETIT avait développé en 2003 sur la responsabilité administrative en matière d'inspection et de contrôle dans le champ sanitaire et social¹⁵⁴¹, nous allons d'abord voir comment s'applique actuellement la distinction entre la faute lourde et la faute simple de l'autorité de contrôle dans le champ étudié (Sect. 1), pour ensuite nous intéresser à la nature des fautes que l'on peut y rencontrer (Sect. 2).

Sect. 1 - La distinction entre la faute lourde et la faute simple appliquée à l'activité d'inspection-contrôle du champ étudié.

La responsabilité des autorités de contrôle se partage traditionnellement entre faute lourde attachée à la tutelle et faute simple qui caractérise désormais la police (§1). Toutefois, certains contrôles se révèlent a priori étrangers à la tutelle et à la police. Il revient alors au juge administratif d'apprécier *in concreto* si la responsabilité de l'administration est engagée eu égard à la gravité de la faute (§2).

¹⁵⁴¹ PETIT J., « La responsabilité administrative en matière d'inspection et de contrôle dans le champ sanitaire et sociale », *RFQH*, n°9, 2004 p. 115.

§1 La responsabilité administrative et la distinction entre contrôles de tutelle et contrôles de police dans le champ étudié

L'activité de tutelle et le contrôle qu'elle suppose est traditionnellement attachée à la faute lourde (A), alors que l'exigence de sécurité des administrés a progressivement soumis le contrôle de police à l'exigence de la faute simple (B).

A/ Le contrôle de tutelle au sens strict ou le maintien de la faute lourde

370. Comme l'a rappelé Benoit PLESSIX, le terme de « tutelle », est une « *vieille expression venue des temps d'Ancien Régime pour comparer l'incapacité juridique des communes à celle des mineurs* »¹⁵⁴². Elle est devenue une prérogative de l'État exercée sur les actes des collectivités territoriales en 1982 où le terme de « contrôle administratif a posteriori » a remplacé le terme de « tutelle » qui rappelait trop cette notion d'incapacité. La tutelle administrative exercée par l'État doit être entendue ici « au sens strict » comme un contrôle de légalité sur certains actes des collectivités territoriales et les établissements publics, et non « au sens large », comme on l'entend souvent, pour désigner l'ensemble des contrôles réalisés par une « autorité de tutelle » qui serait l'ARS ou la DDCS.

La tutelle « au sens strict concerne le cas de figure où l'État exerce son activité « de contrôle ou de tutelle sur les collectivités publiques infra-étatiques »¹⁵⁴³. Selon Jacques PETIT, « *La tutelle proprement dite est un contrôle qui présente schématiquement les caractéristiques suivantes : exercé par l'État sur les actes et les organes des personnes publiques décentralisées, en vue de la sauvegarde de la légalité et de l'intérêt général, il comporte des pouvoirs limités afin de préserver l'autonomie fondamentale des institutions qui en sont l'objet* »¹⁵⁴⁴. La tutelle

¹⁵⁴² PLESSIX B., *Droit administratif général*, LexisNexis 3^e éd. 2020 p. 1381.

¹⁵⁴³ BENOIT F.-P., « La responsabilité de la puissance publique du fait des activités de la tutelle administrative », *Dr. adm.* 1955, p. 178.

¹⁵⁴⁴ PETIT J., « La responsabilité administrative en matière d'inspection et de contrôle dans le champ sanitaire et sociale », *op. cit.*, p. 123.

suppose l'existence d'un texte¹⁵⁴⁵ qui peut être législatif ou réglementaire¹⁵⁴⁶, ce qui a donné lieu à l'adage « pas de tutelle sans texte, pas de tutelle au-delà des textes ».

En matière de contrôle de tutelle, le Conseil d'État, depuis son célèbre arrêt de 1946 *Caisse départementale d'assurance sociale de Meurthe et Moselle* rendu à l'occasion de l'affaire Stavisky, exige une faute lourde pour engager la responsabilité de l'État dans le cadre de son contrôle de tutelle sur les établissements publics¹⁵⁴⁷.

La faute lourde a été ensuite exigée aussi bien en matière de déferé préfectoral¹⁵⁴⁸, qu'en matière de contrôle administratif des collectivités territoriales par le préfet¹⁵⁴⁹, ou lorsque celui-ci n'utilise pas son pouvoir de substitution à l'égard des collectivités territoriales qui n'exécutent pas l'autorité de la chose jugée¹⁵⁵⁰ (alors que le Conseil d'État avait pu auparavant se fonder sur la faute simple¹⁵⁵¹), et ce, que la victime soit un administré¹⁵⁵² ou la personne publique sous tutelle¹⁵⁵³.

371. Dans le champ étudié des établissements et services sanitaires et sociaux, le contrôle de tutelle au sens strict s'exerce sur tous les établissements ayant la qualité d'un établissement public : le contrôle administratif exercé par le DGARS sur les EPS pour les délibérations du

¹⁵⁴⁵ CE, sect., 9 janv. 1959, *Chambre syndicale nationale des entreprises industrielles de boulangerie*, Rec. p. 23; CE, sect. 16 mars 1954, *Broadie*, n° 50878, Rec. 118 ; D. 1984, p. 317, concl. B. GENEVOIS.

¹⁵⁴⁶ CE, 16 mai 1969, *Synd. Nat. autonome du personnel des Chambres de commerce et d'industrie*, Rec. 253 ; CE, 10 mai 1972, *Féd. Nat. des syndicats d'ingénieurs et assimilés des mines et industries connexes*, n° 69137, Rec. 350. Mais l'objet d'une mesure de tutelle sera considéré comme légal (par ex. une mesure de suspension des opérations sur un marché) s'il donne lieu à une mesure de police ou à une décision réglementaire, l'ordre public ou l'intérêt général pouvant légitimer ce que la tutelle, faute de texte, n'autorise pas (CE, ass. 20 juin 1975, n° 98170, *Sté Acli International commodity services Ltd et a.*, Rec. 373. (V. B. PLESSIX, *Droit administratif général*, 3^e éd. LexisNexis p. 1382).

¹⁵⁴⁷ CE, Ass. 29 mars 1946, *Caisse d'assurances de Meurthe-et-Moselle*, Rec. .100 ; RDP 1946 p. 490, concl. LEFAS. (faute lourde dans la surveillance, par l'État, des caisses du Crédit municipal). « Mais considérant que les agissements criminels du sieur X... et de ses complices n'ont été rendus possibles que par la faute lourde commise par le préfet des Basses-Pyrénées dans le choix du personnel dirigeant du Crédit municipal de Bayonne lors de sa création en 1931 et dans le maintien en fonctions de ce personnel, ainsi que par la négligence prolongée des différents services de l'Etat qui sont chargés du contrôle de ces établissements publics communaux et qui n'ont procédé que tardivement aux investigations de toute nature que l'ampleur anormale des opérations du Crédit municipal de Bayonne leur commandait de faire ; que la caisse requérante est fondée à soutenir que ces fautes sont de nature à engager la responsabilité de l'Etat »).

¹⁵⁴⁸ CE, Sect., 21 juin 2000, *Min. de l'Équipement et des Transports c/ commune de Roquebrune-Cap-Martin*, n° 202058, RDP 2000 p. 1262, concl. TOUVET.

¹⁵⁴⁹ CE, Sect. 6 oct. 2000, *Commune de Saint-Florent*, n° 205959, Rec. 395.

¹⁵⁵⁰ CE, Sect. 18 nov. 2005, *Société fermière du port de Campoloro*, n° 271898, AJDA 2006, p.137, chron. LANDAIS et LENICA ; *Droit adm.* 2006, comm. n°33, note GUETTIER ; JCP 2006, II, 10044, note Moustier et Beatrix ; RFDA 2006, p. 341 (V. également CE, 29 oct. 2010, *Min. de l'agriculture*, n° 338001, AJDA 2010, p. 2077, obs. de Montecler ; JCP A 2010, act. 833).

¹⁵⁵¹ CE, 10 nov. 1999, *Soc. de gestion du port de Campoloro et autre*, Rec. 348.

¹⁵⁵² CE, Ass. 29 mars 1946, *Caisse d'assurances de Meurthe-et-Moselle*, Rec. 100 ; RDP 1946 p. 490, concl. Lefas.

¹⁵⁵³ CE, Ass. 27 déc. 1948, *Cne de Champigny-sur-Marne*, Rec. 493 ; D. 1949, p. 408, concl. J. Guionin.

conseil de surveillance et les actes du directeur¹⁵⁵⁴, ainsi que pour les établissements publics médico-sociaux¹⁵⁵⁵, ou encore le contrôle de légalité exercé par le représentant de l'État dans le département sur les actes des établissements publics sociaux¹⁵⁵⁶. Comme le constatait le professeur Jacques PETIT en 2003, la jurisprudence est rare sur le sujet de la responsabilité de l'État pour défaut de contrôle de légalité sur des actes ou des délibérations du champ de notre étude¹⁵⁵⁷. Dans un dossier concernant l'assistance publique de Marseille, Le Conseil d'État a explicitement retenu que seule une faute lourde aurait pu engager la responsabilité de l'État du fait de son activité de tutelle sur l'assistance publique¹⁵⁵⁸.

372. La doctrine avance trois principales raisons pour lesquelles le juge retient la faute lourde en matière de tutelle sur les actes et les organes des institutions sous tutelle. La première réside dans le fait que les activités de tutelle seraient particulièrement difficiles à exercer notamment par l'importance du flux normatif à contrôler¹⁵⁵⁹. La deuxième raison tient dans la reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire de l'État pour lequel, comme l'a fait remarquer Jacques PETIT, « le juge entend ne pas trop s'avancer et laisser une liberté d'appréciation à l'administration »¹⁵⁶⁰. La troisième raison tient dans le fait que l'exigence d'une faute lourde permet de garantir l'autonomie des opérateurs contrôlés, qui doivent au premier chef assumer leurs fautes, sans pour autant mettre systématiquement en jeu la responsabilité de l'autorité de tutelle qui conserve une « franchise de responsabilité », selon la formule de René CHAPUS, les fautes simples n'engageant pas l'administration.

Comme l'a très bien dit le commissaire SEBAN, « *le dommage est causé par le contrôlé, la responsabilité du contrôleur n'est que subsidiaire et il ne faut pas substituer la responsabilité de l'un à celle de l'autre* »¹⁵⁶¹. Le contrôleur ne peut engager sa propre responsabilité qu'en cas

¹⁵⁵⁴ Art. L. 6143-4 CSP.

¹⁵⁵⁵ Art. L. 315-14 CASF.

¹⁵⁵⁶ Art. L. 315-14 CASF.

¹⁵⁵⁷ PETIT J., « La responsabilité administrative en matière d'inspection et de contrôle dans le champ sanitaire et sociale », *op. cit.*, p. 124.

¹⁵⁵⁸ CE, 27 juil. 1979, *Mme Troille*, n° 10258, Rec. 880 (« *Eu égard à la circonstance que la délibération du conseil d'administration de l'assistance publique à Marseille prolongeant dans ses fonctions un agent atteint par la limite d'âge ne pouvait être appréciée par l'autorité de tutelle indépendamment des mesures de réorganisation du service prises par des délibérations postérieures, le retard mis par cette autorité pour approuver cette délibération n'a pas constitué une faute lourde, seule de nature à engager la responsabilité de l'Etat du fait de la tutelle* »).

¹⁵⁵⁹ BON P., « La responsabilité du fait des actes de tutelle », *RFDA* 2000, p. 1096.

¹⁵⁶⁰ PETIT J., « La responsabilité administrative en matière d'inspection et de contrôle dans le champ sanitaire et sociale », *Ibid.*

¹⁵⁶¹ V. SEBAN A., concl. sur CE, Ass. 30 nov. 2001, *Min. Écon. c/ Kechichian*, n° 219562, *RFDA* 2002, Rec. 742.

de commission d'une faute lourde souvent justifiée par les « difficultés » qu'il rencontre dans l'exercice de son pouvoir de contrôle de tutelle.

B/ Le contrôle de police et la prépondérance de la faute simple

373. Longtemps, l'État a bénéficié d'une irresponsabilité absolue de l'administration dans son activité de police sur le fondement du principe d'infailibilité¹⁵⁶². Ce n'est qu'au début du XX^{ème} siècle, avec l'arrêt *Tomaso Grecco* en 1905, que le Conseil d'État a admis le principe de l'engagement de responsabilité de l'administration en matière de police¹⁵⁶³. Au départ, le Conseil d'État exigea la preuve d'une faute lourde lorsque des activités de police sont en cause afin d'éviter, comme l'exposait le commissaire du gouvernement RIVET dans ses conclusions de l'arrêt *Clef* en 1925, « *d'énervier (l'action de la police) par des menaces permanentes de complications contentieuses* »¹⁵⁶⁴. C'est ainsi que la responsabilité de l'État pour faute lourde a pu être invoquée pour défaut de contrôle dans l'affaire du médicament antiseptique *Stalidon* à l'origine de nombreux décès et infirmités, pour être finalement écartée par la haute assemblée, au motif que des fautes de l'inventeur du médicament et de celles du fabricant avaient contribué à la réalisation du dommage¹⁵⁶⁵.

Cette systématisation de faute lourde ne correspondait toutefois pas aux différentes caractéristiques que peuvent revêtir certains contrôles¹⁵⁶⁶. C'est pourquoi par la suite, la jurisprudence a procédé au sein des activités de contrôle notamment de police, à une distinction fondée sur la difficulté des activités de contrôle de police, la faute lourde restant exigée notamment pour des opérations d'urgence particulièrement délicates¹⁵⁶⁷, et ce, sur le modèle de la jurisprudence de 1946 relative aux services fiscaux et aux services de contrôle et de tutelle

¹⁵⁶² CE, 13 janv. 1899, *Lepreux*, S, 1900.3.1 note Hauriou.

¹⁵⁶³ CE, 10 févr. 1905, *Tomaso Grecco*, n° 10365, Rec. 139, concl. Romieu.

¹⁵⁶⁴ Concl. RIVET. Sur CE 13 mars 1925, *Clef*, RDP 1925 p. 274, et arrêt *Clef*, Rec. 266.

¹⁵⁶⁵ CE, 28 juin 1968, *Sté mutuelle d'Assurances contre les accidents en pharmacie*, n° 67593, Rec. 411 ; JCP, 1969, II, 15578 ; RDP, 1969, p. 312, note M. Waline ; *Lab. Pharm.*, nov. 1968, n° 175, p. 75, concl. J. Khan.

¹⁵⁶⁶ Selon R. CHAPUS, « L'histoire de la faute lourde est d'abord celle de son recul », in R. Chapus, *Droit administratif général*, t. I, Montchrestien, 2001, 15e éd., p. 1323.

¹⁵⁶⁷ CE, Ass. 20 oct. 1972, *Marabout c/ ville de Paris*, n° 80068, Rec. 664 ; *AJDA* 1972 p. 581, concl. Guillaume. (« *considérant que les difficultés que la police de la circulation rencontre à Paris n'exonèrent pas les services municipaux de l'obligation qu'ils ont de prendre des mesures appropriées, réglementaires ou d'exécution, pour que les interdictions édictées soient observées et pour que le droit d'accès des riverains soit préservé; que, dans les circonstances sus rappelées, l'insuffisance des dispositions prises par la ville de Paris a constitué une faute lourde de nature à engager la responsabilité de cette dernière* »).

qui exigeait une faute lourde pour ces services fonctionnant dans des conditions difficiles¹⁵⁶⁸. Aussi, la faute lourde était retenue pour les activités matérielles difficiles à réaliser sur le terrain¹⁵⁶⁹, alors que la faute simple concernait les activités juridiques, comme l'avait retenu un arrêt du Conseil d'État en 1991¹⁵⁷⁰.

374. Par la suite, la jurisprudence a commencé à retenir la faute simple (désignée comme « *la faute de nature à engager la responsabilité de l'administration* ») pour des activités matérielles de contrôle qui étaient pourtant réputées difficiles en matière de transport. Ainsi, à partir des années 1990, la responsabilité de l'État a été engagée pour faute simple en matière de contrôle technique des navires¹⁵⁷¹, de camions de transport¹⁵⁷², ou de contrôle aérien¹⁵⁷³.

Dorénavant, nous constatons qu'en matière de contrôle de police, comme en matière de faute médicale et chirurgicale¹⁵⁷⁴, on assiste à un déclin général de la faute lourde au profit de la faute simple, y compris dans des activités difficiles à mettre en œuvre. La responsabilité de l'État a ainsi été engagée pour faute simple en matière de sauvetage en mer¹⁵⁷⁵, lors des interventions des services de lutte contre l'incendie¹⁵⁷⁶ ou encore en matière de police du bruit¹⁵⁷⁷ pour ne citer que ces exemples.

¹⁵⁶⁸ CE, Ass. 29 mars 1946, *Caisse d'assurances de Meurthe-et-Moselle*, prec.

¹⁵⁶⁹ CE, 27 avr. 1979, *Sté le profil*, n° 02496 (à propos de l'irresponsabilité administrative des services de police dans le cadre d'une attaque à main armée au cours d'un transfert de fonds).

¹⁵⁷⁰ CE, 5 avril 1991, *Société européenne de location et de service*, n° 76309, *Dr. adm.* 1991, 237 ; *JCP G* 1991, IV, p. 177 (Le Conseil d'État précise que seule une faute lourde de l'État peut engager sa responsabilité pour le retard dans l'identification du propriétaire d'un véhicule volé. En revanche, une faute simple suffit pour ce qui concerne les dommages subis par le véhicule laissé en fourrière en plein air et sans protection pendant plusieurs mois).

¹⁵⁷¹ CE, 13 mars 1998, *Améon*, n° 89370, Rec. 82, *CJEG*, 1998 p. 197, concl. Juvet. (Absence de faute simple de l'État eu égard « aux conditions dans lesquelles les autorités françaises ont réagi aux messages reçus et organisé des secours »).

¹⁵⁷² CE, 31 mars 2008, *Soc. Carparo et cie*, n° 303159, *AJDA* 2008 p. 1780, note Toulemonde (« les services de la direction régionale de l'industrie et de la recherche ont commis une faute de nature à engager la responsabilité de l'État, en ne relevant pas, lors des contrôles annuels effectués entre 1991 et 1998 sur un véhicule tracteur du camion semi-remorque, la non-conformité d'une réparation de fortune réalisée en 1991 »).

¹⁵⁷³ CE, 2 avr. 2010, *Consorts Cyrot et autres*, n° 310562, *AJDA* 2010 p. 705. (« La responsabilité de l'État à raison des activités du service de contrôle de la navigation aérienne est engagée sur le terrain de la faute simple. En l'espèce, elle n'est pas constituée alors même qu'il y a eu une collision aérienne, dès lors que le service s'est strictement conformé aux obligations résultant de l'annexe à l'arrêté du 6 juillet 1992 qui ne posait qu'une obligation de transmission des informations et des renseignements aux aéronefs dans la zone d'approche, notamment chaque fois que des situations conflictuelles sont prévisibles »).

¹⁵⁷⁴ CE, Ass. 10 avr. 1992, *Epoux V.*, n° 79027, Rec. 171, concl. H. Legal ; *AJDA* 1992, p. 355, concl. ; *JCP G* 1992, II, 21881, note. J. Moreau ; *LPA* 3 juill. 1992, p. 26, note Haim ; *RFDA* 1992, p. 571, concl.

¹⁵⁷⁵ CE, 13 mars 1998, *Améon*, n° 89370, Rec. 82, *CJEG*, 1998 p. 197, concl. Juvet. (Absence de faute simple de l'État eu égard « aux conditions dans lesquelles les autorités françaises ont réagi aux messages reçus et organisé des secours »).

¹⁵⁷⁶ CE, 29 avr. 1998, *Commune de Hannappes*, n° 164012, Rec. 185.

¹⁵⁷⁷ CE, 27 sept. 2006, *Commune de Moissy-Cramayel*, n° 238348.

Le domaine sanitaire et social est concerné au premier chef par ce passage à la faute simple dans le cadre des activités de contrôle de police réalisés par les différentes autorités administratives. En la matière, nous distinguerons les activités de contrôle visant à la protection générale de la santé publique (1), et les activités de contrôle liées au régime des autorisations préalables (2).

1/ Les activités de contrôles visant à la protection générale de la santé publique

375. Comme nous l'avons vu en première partie de cette thèse, les contrôles liés au respect des textes législatifs et réglementaires relatifs à la sécurité et à la qualité des prises en charge relèvent d'opérations de police administrative. Il s'agit par exemple des inspections de l'ANSM sur les médicaments et produits de santé, ou ceux des ARS sur les EIG en ES, ou encore les contrôles de lutte contre la maltraitance en CHRS par le préfet de département. Ces contrôles sont exécutés postérieurement à la délivrance d'une autorisation préalable et peuvent aboutir à un retrait d'autorisation considéré comme une mesure de police par le Conseil d'État¹⁵⁷⁸.

En matière sanitaire et sociale comme dans les autres matières, le régime de la responsabilité de l'État a évolué dans les années 1990. Ce n'est plus la faute lourde applicable au contrôle de tutelle de l'État qui est recherchée, mais la faute simple attachée à la finalité de police de ce type de contrôle, même lorsque que ce dernier s'avère difficile à mettre en œuvre. Le contrôle des autorités sanitaires sur le médicament et les produits de santé offre une jurisprudence fournie sur ce que l'on nomme le « défaut de contrôle » ou la « carence fautive » de l'État dans ses activités de contrôle. Nous préciserons par la suite les situations que recouvrent ces expressions.

376. L'affaire du sang contaminé a durablement marqué la vie politique et administrative française des années 80 et 90 en aboutissant à la comparution d'un premier ministre, d'une ministre des affaires sociales et d'un secrétaire d'État à la santé devant la Cour de justice de la République pour homicide involontaire. A la suite de cette affaire, le Conseil d'État a retenu la responsabilité fautive de l'État dans ses célèbres arrêts du 9 avril 1993 « *M. G., M. D. et M. B.* »¹⁵⁷⁹. L'État a vu sa responsabilité indemnitaire engagée parce que ses services ne sont pas intervenus avant le 20 octobre 1985 pour interdire la distribution de sang contaminé par les

¹⁵⁷⁸ CE, Sect. 5 avr. 1958, *Sté des laboratoires Geigy*, Rec. 236, concl. Heuman, prec.

¹⁵⁷⁹ CE, Ass. 9. avr. 1993, *D., B., G.* ; n° 138652, 138663, 138653, Rec. 110, concl. H. LEGAL ; *AJDA* 1993, p. 344, chron. C. MAUGÜE et L. TOUVET ; *D.* 1993, p. 312 ; *JCP G* 1993.I.3700, chron. E. PICARD ; *JCP* 1993, n° 22110, note C. DEBOUY ; *RFDA* 1993, p. 583.

établissements de transfusion sanguine et édicter une réglementation qui protège les patients en ordonnant le réchauffement systématique du sang avant transfusion, alors qu'il a été démontré qu'ils avaient connaissance dès le 22 novembre 1984 du risque de délivrer des produits sanguins non chauffés aux patients.

Si nous considérons la question de l'acte matériel de contrôle dans cette affaire, le Conseil d'État l'a bien associé à la décision de police administrative qui a fait défaut, « *Considérant qu'en égard tant à l'étendue des pouvoirs que ces dispositions confèrent aux services de l'Etat en ce qui concerne l'organisation générale du service public de la transfusion sanguine, le contrôle des établissements qui sont chargés de son exécution et l'édiction des règles propres à assurer la qualité du sang humain, de son plasma et de ses dérivés, qu'aux buts en vue desquels ces pouvoirs leur ont été attribués, la responsabilité de l'Etat peut être engagée par toute faute commise dans l'exercice desdites attributions* ». Le contrôle et la décision sont irrémédiablement liés en matière de police, même si c'est « in fine » la décision ou l'absence de décision qui est à l'origine du dommage. Comme l'écrit Jacques PETIT, ce ne sont pas « *les contrôles eux-mêmes, mais les mesures qui en tirent les conséquences qui sont dommageables et sur lesquelles, par la suite, se noue le contentieux de la responsabilité* »¹⁵⁸⁰.

Si nous considérons la nature de la faute, le Conseil d'État a en l'espèce rejeté la faute lourde pour retenir la faute simple de la puissance publique en considérant « *qu'il suit de là qu'en estimant que la responsabilité de l'Etat ne pouvait être engagée qu'en cas de faute lourde commise dans le contrôle des établissements de transfusion sanguine et l'édiction de la réglementation destinée à assurer la qualité du sang humain et que l'Etat pourrait être partiellement exonéré de la responsabilité ainsi encourue en raison de fautes commises par des établissements de transfusion sanguine, la cour administrative d'appel de Paris a entaché sa décision d'erreur de droit* ».

Il est nécessaire de rappeler au passage que si la faute simple a été retenue en l'espèce à la charge de l'État pour carence dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de police sanitaire sur la période comprise entre le 22 novembre 1984 et le 2 octobre 1985¹⁵⁸¹, c'est la responsabilité sans faute qui a été retenue à l'encontre des établissements d'hospitalisation public ou les centres de transfusion sanguine privés dans l'affaire du sang contaminé, en ce qui concerne les contaminations survenues avant le 22 novembre 1984, (à une période où l'État ne

¹⁵⁸⁰ PETIT J., « La responsabilité administrative en matière d'inspection et de contrôle dans le champ sanitaire et sociale », *RFQH*, n°9, 2004 p. 127.

¹⁵⁸¹ CE, ass. 9 avr. 1993, n° 138652, 138653, 138663 prec.

pouvait pas être reconnu fautif), du fait d'une obligation contractuelle de sécurité de résultat en matière de transfusion sanguine¹⁵⁸².

377. La justice administrative a été saisie dans d'autres affaires sanitaires qui ont abouti à une condamnation de la puissance publique pour retard fautif dans les contrôles et les prises de décisions qui devaient s'y rapporter.

Il en a été ainsi en matière d'amiante, le Conseil d'État ayant considéré en 2004 que l'État, qui connaissait de longue date le caractère nocif de l'amiante sur les travailleurs, « *n'avait pris aucune mesure pour protéger les travailleurs contre les dangers que leur faisait courir l'inhalation de poussières d'amiante* », engageant la responsabilité de l'administration « *du fait de sa carence fautive dans la prévention des risques liés à l'exposition des travailleurs aux poussières d'amiante* »¹⁵⁸³. Comme l'a bien rappelé le président de chambre à la Cour administrative d'Appel de Marseille, Jean-Christophe DUCHON-DORIS, les juges ont ainsi identifié deux fautes. La première a résidé dans le fait que l'État n'a eu aucune réaction face à un risque connu et identifié. La seconde matérialisée dans le fait que, quand il a pris une réglementation, l'État n'a pas vérifié l'adéquation de celle-ci au danger et n'a pas exercé ses fonctions de contrôle et de surveillance¹⁵⁸⁴.

Il en est allé de même dans l'affaire plus récente du médicament *Médiator*¹⁵⁸⁵, où la haute assemblée dans ses trois arrêts du 9 novembre 2016, a retenu la responsabilité de l'État à raison des fautes simples commises par l'AFSSAPS en « *Considérant que la responsabilité de l'Etat peut être engagée à raison de la faute commise par les autorités agissant en son nom dans l'exercice de leurs pouvoirs de police sanitaire relative aux médicaments, pour autant qu'il en*

¹⁵⁸² CE, 26 avr. 1995, *Consorts N'Guyen, Jouan et Pavan*, n° 151798, 143238, 143673, Rec. 221; *AJDA*, 1995, p. 577, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux. La responsabilité sans faute des établissements de transfusion a été retenue « *eu égard tant à la mission qui leur est ainsi confiée par la loi qu'aux risques que présente la fourniture de produits sanguins, les centres de transfusion sont responsables, même en l'absence de faute, des conséquences dommageables de la mauvaise qualité des produits fournis* ».

¹⁵⁸³ CE, Ass., 3 mars 2004, *Ministre de l'Emploi c/ Bourdignon*, n° 241150 (V. dans le même sens: CE, Ass., 3 mars 2004, n° 241151, *Ministre de l'Emploi c. Botella*; CE, Ass., 3 mars 2004, *Ministre de l'Emploi c/ Xueref* n° 241153; CE Ass., 3 mars 2004, *Ministre de l'Emploi c. Thomas*, n° 241152, *AJDA* 2004, p. 974, note Donnat et Casas; D. 2004, p. 973, note Arbousset; *Dr. adm.* 2004, 87, note Delaloy; *Dr. soc.* 2004, p. 569, note Prétot; *JCP A* 2004, 1224, obs. Benoît; *JCP G* 2004, II, 10098, note Trébulle; *JCP G* 2004, I, 163, étude Viney; *RD P* 2004, p. 1431, note Delhoste; *RFDA* 2004, p. 612, concl. Prada-Bordenave.

¹⁵⁸⁴ DUCHON-DURIS J.-C., « Les juridictions administratives face aux contentieux des catastrophes sanitaires », in « *Les catastrophes sanitaires, Actes du colloque du CDSA, Aix-en-Provence, 15-16 novembre 2012* », Les cahiers du droit de la santé, Ed. Les Études hospitalières, 2013, p. 135.

¹⁵⁸⁵ Le Médiator est un médicament qui a été prescrit pour les personnes diabétiques avec surcharge pondérale (sous le nom commercial de Médiator et dénomination commune internationale de Benfluorex). Également prescrit comme coupe-faim, il est à l'origine de malformations cardiaques qui ont donné lieu à des saisines des tribunaux judiciaires et administratifs.

soit résulté un préjudice direct et certain »¹⁵⁸⁶. En l'espèce, Le Conseil d'État a confirmé l'arrêt de la Cour administrative d'appel qui avait jugé qu'à compter du premier semestre 1999, les autorités sanitaires avaient commis une faute en ne procédant pas à la suspension ou au retrait de l'autorisation de mise sur le marché de ce médicament, « *compte tenu des nouveaux éléments d'information sur les effets indésirables du benfluorex* ».

Une autre affaire confirme le passage à la faute simple en cas de carence fautive en matière de contrôle de police sanitaire. La responsabilité de l'État est actuellement recherchée au titre de la faute commise par l'AFSSAPS qui aurait réagi avec retard à la dangerosité des prothèses mammaires commercialisées par la *société PIP* et à la fraude réalisée par le fabricant sur le produit composant ces prothèses. Le tribunal administratif de Montreuil dans son jugement du 29 janvier 2019 et celui de Marseille dans son jugement du 11 mars 2019 ont procédé *in concreto* à une analyse chronologique des mesures prises par l'Afssaps envers les activités de la société PIP¹⁵⁸⁷. Le juge du fond ont considéré que, lorsque les requérantes s'étaient fait implanter des prothèses PIP en 2005, l'agence française ne disposait pas d'informations suffisantes pour soupçonner le caractère frauduleux de ces dernières et que, dès lors, aucune faute ne pouvait être portée à la charge de l'Agence dans l'exercice de son pouvoir de police et de contrôle sur les dispositifs médicaux en application de l'article L. 5312-1 CSP.

En revanche, dans son jugement du 29 janvier 2019, le tribunal administratif de Montreuil a retenu la responsabilité de l'État sur une période plus récente, au motif que, compte tenu des données de matériovigilance reçues au cours de l'année 2008 et du délai raisonnable pour les exploiter, l'Afssaps avait été en mesure de connaître les risques liés aux prothèses *PIP* à compter d'avril 2009, les premières décisions n'ayant été prises à la suite d'une inspection qu'à partir du 18 décembre 2009 pour aboutir à la suspension de leur mise sur le marché le 29 mars 2010.

En juillet 2020, le tribunal administratif de Montreuil a rendu trois jugements condamnant l'État à indemniser les victimes du médicament antiépileptique *Dépakine* à cause des malformations que présentent les nouveaux-nés¹⁵⁸⁸. Le tribunal a conclu qu'en fonction de la date des

¹⁵⁸⁶ CE, 9 nov. 2016, *Mme K, Mme G, Mme B c/Ministre des affaires sociales*, n° 393926, 393902, 393108; AJDA 2017. p. 426, note S. Brimo ; AJDA 2016. p. 2134 ; D. 2016. p. 2346 ; D. 2017. p. 2224, obs. M. Bracache, A. Guégan-Lécuyer et S. Porchy-Simon ; RDSS 2016. p. 1162, obs. J. Peigné.

¹⁵⁸⁷ TA Montreuil 29 janv. 2019, *Mme S. L.*, n° 1800068, AJDA 2019 p. 207, note C. Lantero ; TA Marseille 11 mars 2019, *Mmes C, K, M*, n° 1710096, 1710122, 1710124.

¹⁵⁸⁸ TA Montreuil 2 juill. 2020, n° 1704245, 1704392, 1704394 ; DE MONTECLER M.-C., *L'État devra indemniser des victimes de la Dépakine*, D. 15 juillet 2020 ; AJDA 2020, p. 1387.

grossesses en cause, l'État a manqué à ses obligations de contrôle en ne prenant pas les mesures adaptées et a engagé sa responsabilité.

378. A l'aune de ces jurisprudences, force est de constater qu'à ce jour, la responsabilité administrative de l'État pour faute simple en matière de contrôle de police concerne essentiellement des dommages sériels dans le champ sanitaire. En dehors de ces accidents sanitaires collectifs, il apparaît que les cas d'engagement de la responsabilité de la puissance publique pour défaut de contrôle dans les champs des établissements et services sanitaires, sociaux et médico-sociaux sont encore relativement rares.

Un exemple concerne le secteur de la protection de l'enfance, mais « hors établissement », puisqu'il s'agissait d'une jeune fille qui avait été placée par l'aide sociale à l'enfance du département dans deux familles d'accueil successives et y avait été maltraitée. Le Conseil d'État saisi de l'affaire a pu engager la responsabilité administrative du département (et non de l'ASE qui n'a pas de statut juridique car il s'agit d'un service) « *du fait de la carence du service du département de la Seine-Maritime chargé de l'aide sociale à l'enfance dans l'exercice du contrôle qui lui incombait des conditions de placement de l'intéressée dans ces familles* »¹⁵⁸⁹.

Mais en ajoutant que « *Les membres de ces familles ne sauraient être regardées comme des tiers dont les fautes propres seraient susceptibles d'exonérer le département d'une partie de sa responsabilité* », le Conseil d'État a refusé un partage de responsabilité entre le département et les familles d'accueil souvent insolubles. L'indemnisation des victimes est ainsi garantie sous réserve qu'elles apportent la preuve que la carence fautive de contrôle du département a rendu possible les mauvais traitements.

379. A la lecture de ce cas d'espèce, une question se pose : est-ce que cette jurisprudence de responsabilité pour faute appliquée au département en cas de carence de contrôle en matière d'aide sociale à l'enfance serait transposable à des cas de violences subies par des personnes accueillies ou hébergées dans des établissements sociaux ou médico-sociaux qui ne relèvent pas de la gestion directe d'une collectivité ?

La transposition de cette jurisprudence est loin d'être évidente, car un établissement qui commet une faute préjudiciable à un usager peut, sous certaines conditions nous le verrons, permettre à une autorité de contrôle, lorsqu'elle n'est pas gestionnaire directe de l'établissement,

¹⁵⁸⁹ CE, 13 oct. 2003, *Mlle V. c/ Département de Seine-Maritime*, n° 244419 et 244420; D. 2003. 2607 ; RFDA 2004. 164, note N. Albert ; V. aussi TA Grenoble, 13 juill. 2012, n° 1005941, AJDA 2012 p. 1913, concl. H. Habchi.

d'invoquer le « fait du tiers » afin de s'exonérer en tout ou partie de sa responsabilité administrative pour carence fautive.

380. Tel n'a pas été le cas dans une affaire de violences causées par des mineurs placés dans un foyer de la PJJ au titre de l'enfance délinquante sur un jeune majeur placé par mesure de protection judiciaire dans le même établissement. Dans sa décision du 13 novembre 2009, le Conseil d'État a retenu la responsabilité sans faute de l'État¹⁵⁹⁰. Remarquons ici que l'État est responsable de la gestion directe des foyers de la PJJ. Notons aussi que cette responsabilité sans faute de l'État, fondée sur l'idée de garde assurée par le foyer d'action éducative de la PJJ, était jusqu'alors réservée au cas des dommages causés aux tiers par les mineurs placés au titre de l'assistance éducative, et non au dommage causé par un usager d'un établissement social sur une autre usager du même établissement¹⁵⁹¹. Selon Danièle CRISTOL, en élargissant la responsabilité sans faute sur le fondement civiliste de la responsabilité pour garde, le juge administratif a en l'espèce considéré que l'État est « *reconnu responsable, non en tant que gestionnaire du service public, mais en sa qualité de substitut des parents, par l'exercice de la garde du mineur aux lieu et place de ces derniers* »¹⁵⁹².

Selon nous, les responsabilités administratives du département sur les foyers de l'ASE et celle de l'État sur les foyers de la PJJ présentent des particularités propres qui ne sont pas généralisables à tous les établissements sociaux et médicosociaux du champ étudié. Nous aborderons la notion de responsabilité solidaire et de responsabilité partagée en matière de contrôle, pour comprendre qu'un établissement peut se voir opposer une faute par le contrôleur qui constituera un « fait du tiers » à l'origine de l'exonération totale ou partielle de responsabilité du contrôleur.

¹⁵⁹⁰ CE, 13 nov. 2009, *Garde des Sceaux ministre de la Justice c/ Association tutélaire des inadaptés*, n° 306517, Rec. 461; *AJDA* 2009 p.2144 ; *RDSS* 2010 p. 141, note D. Cristol ; *JCP Adm.* 2010, n° 2033, concl. I. de Silva et note N. Albert ; *JCP* 11 janv. 2010, p. 42, note A. Van Lang.

¹⁵⁹¹ CE, Sect., 11 févr. 2005, *GIE Axa Courtage*, Rec. 45, concl. C. Devys ; *RDSS* 2005. 466, note D. Cristol ; *RFDA* 2005. 595, concl. C. Devys, note P. Bon ; D. 2005. 1762, note F. Lemaire ; *JCP* 2005. II. 10070, concl. C. Devys et note M.-Ch. Rouault ; *AJDA* 2005. 663, obs. C. Landais et F. Lenica.

¹⁵⁹² CRISTOL D., « L'Etat responsable sans faute vis-à-vis de l'usager d'un établissement social », *RDSS* 2010 p.141.

2/ Les activités de contrôle liées au régime de l'autorisation préalable des établissements de santé et des établissements et services sociaux et médico-sociaux

381. Les activités de contrôle liées au régime de l'autorisation préalable sont également rattachées à la police administrative. Ces contrôles peuvent intervenir à deux moments successifs.

En premier lieu, comme nous avons vu dans le titre 1 de notre étude, une partie non négligeable des contrôles exercés par les administrations sur les établissements et services du champ étudié concerne la délivrance de l'autorisation ou son renouvellement. Ces contrôles dits « a priori » relèvent de la police administrative. Aussi, tout refus d'autorisation suite à un contrôle qui serait entaché d'illégalité constitue une faute de nature à engager la responsabilité administrative, et cela sous le régime de la faute simple¹⁵⁹³.

En second lieu, les autorités administratives peuvent exercer un contrôle « a posteriori » au titre de l'ordre public qui se fonde sur le respect de l'autorisation délivrée et peut aboutir, après injonction ou mise en demeure restée sans effet, à des suspensions, voire des retraits d'autorisations à l'égard des établissements et services contrôlés¹⁵⁹⁴. Ces décisions lourdes de conséquence ont donné lieu à un contentieux relativement faible en matière de responsabilité administrative, mais qui aboutit au même résultat que les refus d'autorisation. Un retrait illégal d'autorisation dans ce cadre doit être ainsi regardé comme une faute de service simple susceptible d'engager la responsabilité de l'État¹⁵⁹⁵.

382. Ainsi, nous constatons que si les autorités administratives peuvent voir leur responsabilité administrative engagée dans le cadre de leur activité de contrôle, cet engagement est différent selon qu'il s'agit d'un contrôle de tutelle ou d'un contrôle de police. Mais il apparaît que le critère de l'absence de difficulté particulière n'est plus le seul critère qui fonde un régime de responsabilité de la faute simple.

¹⁵⁹³ CE, 31 janv. 1990, *Min. des Affaires sociales c/ maison médicale de Saint-Benoît*, n° 86545, RDP, 1990, p. 1167; TA Nice, 26 mars 1991, *Société nouvelle clinique de Beausoleil*, RDSS 1991, p. 75, obs. J.-M. Lemoine de Forges; CE, 3 oct. 1997, *Jacquin*, JCP G 1997, IV, 2474, obs. M.-C. Rouault.

¹⁵⁹⁴ V. notamment art. L. 6122-13 CSP pour les établissements de santé et L. 313-14 CASF pour les établissements et services sociaux.

¹⁵⁹⁵ CE, 19 mai 1976, *min. de la Santé publique et Société anonyme du château de Neuvecelle*, n° 98264, RDP 1976, p. 1384 (à propos du retrait irrégulier d'autorisation à une maison d'enfants au regard des sévices infligés et de la mauvaise tenue de l'établissement); CAA de Douai, 31 mai 2001, *Clinique Condorcet*, n° 99DA00635 99DA00634 (inédit au recueil Lebon à propos du retrait régulier d'autorisation d'une clinique des traitements anticancéreux et pour lequel l'administration n'ayant pas commis de faute n'engage pas sa responsabilité).

Il nous semble en effet que deux autres critères justifient le recours à la faute simple en matière de contrôle, critères évidemment liés entre eux : D'une part, il est probable que c'est pour des raisons de pure opportunité dans des affaires très médiatiques que la haute assemblée n'a pas souhaité recourir à la faute lourde qui aurait été mal comprise du grand public (sang contaminé, amiante, médiateur...), sachant qu'un défaut de contrôle peut dans ces cas entraîner de graves préjudices pour le contrôlé et pour des tiers (voir jurisprudences citées sur le défaut de contrôle des transports terrestres, maritimes et aériens). D'autre part, toutes ces affaires ont, selon nous, un lien avec la police administrative dont le but est de prévenir ou faire cesser un trouble à l'ordre public. La protection de la santé publique, et plus largement la protection des personnes, justifient que le juge ne reconnaisse pas au contrôleur une marge de manœuvre aussi importante que dans le contrôle de tutelle (à condition que les moyens de faire face au risque soient connus des services administratifs). Par ailleurs, l'argument du respect de l'autonomie du contrôlé n'apparaît plus justifié lorsqu'un risque vital est en jeu. Au contraire, on peut espérer que le législateur, en déléguant des missions de service public dans le domaine sanitaire et social, va renforcer les pouvoirs de contrôle de police confiés aux autorités administratives. Comme l'a très bien formulé Yves GAUDEMET, « *à mesure qu'elle retenait son bras pour agir, l'administration a multiplié les procédures pour contrôler* »¹⁵⁹⁶.

383. Toutefois, l'équilibre entre faute lourde et faute simple en matière de contrôle relève parfois d'une casuistique jurisprudentielle complexe à appréhender.

En matière de maintien de l'ordre public, les affaires de lutte contre le terrorisme nous en apportent l'exemple. Le Conseil d'État retient la responsabilité pour faute simple de l'État dans des affaires où la défaillance des services de contrôle aux frontières ont conduit au départ de mineurs en Syrie pour y rejoindre les rangs de l'organisation terroriste « État islamique »¹⁵⁹⁷. A contrario, la haute assemblée considère que la faute lourde « *est seule susceptible d'être recherchée en matière d'activités des services de renseignement dans l'exercice de leur mission de prévention des actions terroristes et de surveillance des individus radicaux* »¹⁵⁹⁸.

Comme Gweltaz EVEILLARD, on peut finalement conclure que les distinctions byzantines entre faute simple et faute lourde devraient disparaître en matière d'activité de police au profit de la

¹⁵⁹⁶ GAUDEMET Y., « La responsabilité de l'administration du fait de ses activités de contrôle », in *Mélanges Jean Waline, Gouverner, administrer, Juger*, Dalloz, 2002, p. 562.

¹⁵⁹⁷ CE, 9 déc. 2015, *Ali-Mehenni*, n° 386817, *AJDA* 2016, p. 332, concl. Domino ; JCP A 2015, act. 1074, obs. Erstein ; CE, 24 avr. 2017, *Aubry-Dumont*, req. n° 394651, *AJDA* 2017, p. 1469, concl. Domino ; D. adm. 2017, p. 34, note Canguilhem ; JCP A 2017, p. 2131, note Pauliat.

¹⁵⁹⁸ CE, 18 juill. 2018, *Mme Monet et autres*, n° 411156, Rec. 900 ; AJ 2018 p. 1915, concl. Marion – affaire Merah.

faute simple. Sans mettre l'administration à la hauteur du simple administré, il serait tout à fait possible pour le juge de prendre en compte la difficulté des activités de contrôle en cause dans un régime de faute simple « dès lors qu'un même comportement ne revêt pas toujours un caractère fautif selon les circonstances »¹⁵⁹⁹. C'est exactement ce que le commissaire du gouvernement STAHL énonçait dans ses conclusions au Conseil d'État dans le cadre de l'Arrêt *Theux* en 1997, à propos de la responsabilité d'un établissement hospitalier engagée pour la faute commise dans l'organisation ou le fonctionnement d'un service d'aide médicale d'urgence¹⁶⁰⁰.

Dans le champ de cette étude, il apparaît qu'entre le contrôle de tutelle au sens strict et le contrôle de police, se dégage une troisième catégorie de contrôles dont le régime oscille entre faute lourde et faute simple.

§2 Les contrôles étrangers à la tutelle et à la police : l'appréciation du juge entre la faute lourde et la faute simple

A côté des contrôles de tutelle au sens strict et des contrôles de police cohabitent toute une série de contrôles qui forment un ensemble très hétérogène. Nous noterons que la jurisprudence tendant à retenir une responsabilité de l'administration pour défaut de contrôle est peu fournie en la matière. Pour autant, il ne faudrait pas en conclure que l'administration soit exonérée de toute responsabilité lorsqu'elle fait preuve de carence. Les juges procèdent à une appréciation *in concreto* des situations pour raccrocher chaque situation à la faute lourde ou la faute simple, selon des critères qui sont, soit celui de l'autonomie laissée au contrôlé pour exiger la faute lourde du contrôleur, soit celui de la sécurité des usagers pour rechercher une faute simple justifié par un objectif de police.

En conséquence, nous distinguerons dans ce développement deux catégories de contrôles. Ceux qui sont assimilés aux contrôles de tutelle et engagent la responsabilité de l'administration pour faute lourde (A), et ceux qui sont assimilés aux contrôles de police et engagent la responsabilité de l'administration pour faute simple (B).

¹⁵⁹⁹ EVEILLARD G., « Existe-t-il encore une responsabilité administrative pour faute lourde en matière de police administrative ? », *RFDA* 2006, p. 733.

¹⁶⁰⁰ J.-H. STAHL, concl. sur CE, sect., 20 juin 1997, *Theux*, n° 139495, *RFDA* 1998 p. 82.

A/ Les contrôles assimilés aux contrôles de tutelle : La responsabilité administrative pour faute lourde par extension.

Dans les contrôles assimilés aux contrôles de tutelle, la jurisprudence a clairement rattaché les contrôles administratifs sur certains organismes privés chargés d'une mission de service public (1). Une position équivalente nous semble devoir être prise en matière de défaut de contrôle budgétaire et financier sur les établissements et services sanitaires, sociaux et médico-sociaux (2). La place de la faute dans l'exercice du pouvoir de substitution du préfet en cas de carence de contrôle du département doit également être envisagée (3).

1/ Le défaut de contrôle sur les organismes privés chargés d'une mission d'intérêt général

384. Le terme de « tutelle » est assez ambivalent pour que les praticiens et une partie de la doctrine ne l'entendent pas au sens strict, tel que nous l'avons étudié précédemment, mais au sens large pour caractériser un contrôle que l'État providence exerce sur les personnes publiques et les personnes privées chargées d'une mission d'intérêt général.

Ainsi, Benoît PLESSIX confère au contrôle de tutelle une acception large, considérant que « *la gestion de l'État ne peut se réduire à un simple contrôle de légalité, mais doit s'étendre à l'orientation des destinées nationales* »¹⁶⁰¹. Dans le champ des établissements publics hospitaliers, l'emploi du terme « tutelle » désigne au sens commun les ARS et l'ensemble des contrôles qu'elles diligentent. Selon Benoît PLESSIX, la tutelle est « *une activité de surveillance, voire de sanction, une fois des décisions prises par d'autres sujets juridiquement libres et autonomes, et consistant à vérifier l'opportunité ou la légalité de leurs actions. Comme le contrôle hiérarchique, la tutelle peut-être un contrôle purement technique sur des documents (un budget) ou même sur des choses (entretien d'une forêt ou d'un navire) ; ce peut être aussi – et cela l'est souvent- un contrôle de nature juridique, une surveillance de la bonne application des lois et règlements encadrant l'activité de la personne contrôlée, la vérification des engagements internationaux ou des codes de bonne pratique applicables à une activité, un secteur, une profession* »¹⁶⁰².

¹⁶⁰¹ PLESSIX B., *Droit administratif général*, LexisNexis 3^e éd. 2020, op. cit., p. 1380.

¹⁶⁰² *Ibid.*, p. 1381.

Aussi, certains contrôles complètement étrangers à la police se rapprochent de la tutelle, alors même qu'ils sont exercés sur des organismes privés pourvus ou non de missions de services publics. Sont ainsi soumis à la responsabilité administrative pour faute lourde, les contrôles exercés par des autorités administratives sur des personnes privées, telles les caisses de sécurité sociale¹⁶⁰³, les mutuelles¹⁶⁰⁴, le contrôle des banques par la commission bancaire¹⁶⁰⁵, le contrôle des opérations de bourses¹⁶⁰⁶ et le contrôle des assurances¹⁶⁰⁷.

Il nous semble que la recherche de cette faute lourde qui engage la responsabilité de l'État en matière de contrôle anormal ou défaillant sur les organismes de sécurité sociale, les assurances ou les banques, devrait s'appliquer aux contrôles budgétaires ou financiers attendus sur les établissements et services sanitaires, sociaux et médico-sociaux, comme nous allons le voir.

2/ Le défaut de contrôle budgétaire et financier sur les ESSMS

385. Les autorités de tarification réalisent une série de contrôles budgétaires et financiers sur les ES et sur les ESSMS qui connaissent des difficultés financières. Il en va ainsi des missions d'enquête diligentée par le directeur général d'ARS sur un EPS en difficulté¹⁶⁰⁸, ou les missions d'enquêtes diligentées sur les ESSMS gérés par des organismes de droit privé à but non lucratif, par leurs autorités de tarification en cas de situation financière dégradée¹⁶⁰⁹, ou bien encore de celles réalisées par le DGARS sur les établissements médico-sociaux relevant de son autorisation¹⁶¹⁰, et celles réalisées par le préfet de département sur les établissements dont la tarification relève de l'État ou de l'ARS¹⁶¹¹.

La question de la responsabilité pour défaut de contrôle peut ainsi se poser en cas d'absence de contrôle ou de contrôle anormal par l'administration de « tutelle » entendue au sens large. Les conséquences du défaut de contrôle peuvent s'avérer délétères pour le contrôlé, dont la situation financière est préoccupante. La dégradation financière due à des retards dans l'examen des

¹⁶⁰³ CE, 10 juill. 1957, *Ministre du Travail*, Rec. 467.

¹⁶⁰⁴ CE, 23 déc. 1981, *Andlauer*, Rec. 487 ; CAA Paris, 14 juin 2010, *M. SS et autres*, n° 06PA03397 (responsabilité de l'État pour défaut de contrôle d'une mutuelle par la CCMIP) ; CE, 16 mars 2012, *Pinon et a*, n° 342490.

¹⁶⁰⁵ CE, Ass. 30 nov. 2001, *Min. Écon. c/ Kechichian*, n° 219562, Rec. 587, *RFDA* 2002 p. 74, concl. Seban. (« eu égard à la nature des pouvoirs qui sont dévolus à la Commission bancaire, la responsabilité que peut encourir l'État pour les dommages causés par les insuffisances ou carences de celle-ci dans l'exercice de sa mission ne peut être engagée qu'en cas de faute lourde »).

¹⁶⁰⁶ CE, 22 juin 1984, *Sté Pierre et Cristal*, Rec. 731 ; CAA Paris 19 déc. 1995, *Kechichian*, Rec. 671

¹⁶⁰⁷ CE, 23 déc. 1981, *Andlauer*, Rec. p. 487 (précité).

¹⁶⁰⁸ Art. R. 6145-39 CSP.

¹⁶⁰⁹ Art. L. 313-14-1 CASF.

¹⁶¹⁰ Art. R. 313-34 CASF.

¹⁶¹¹ Art. R. 314-62 CASF.

comptes administratifs ou des déficits non repris à temps par l'autorité de tarification peut amener ainsi à une cessation de paiement de l'établissement.

Pourtant, nous n'avons pas trouvé de jurisprudence sur la responsabilité de l'administration pour défaut de contrôle budgétaire et financier des établissements et services. Loin de nous l'idée que le défaut de contrôle profite au contrôlé, car une situation financière dégradée peut lui nuire et une intervention de l'administration de tutelle le sauver. Il faut en conséquence poser une question et émettre une hypothèse.

386. La question est celle de savoir qui a intérêt à agir en responsabilité à l'encontre d'une administration qui ne contrôle pas ou contrôle mal. Cela peut être la structure à contrôler elle-même, si le défaut de contrôle lui cause un préjudice financier. Par exemple, en cas de direction commune entre plusieurs établissements, alors que la direction générale de l'association gestionnaire ou un éventuel repreneur dans le cadre d'un transfert d'autorisation découvre que la situation financière dégradée était connue des autorités de tarification qui n'ont pas agi à temps¹⁶¹². Ce peut être aussi un tiers fournisseur qui subit les défauts de paiement de l'établissement.

Dès lors, l'hypothèse qui explique cette absence de contentieux de l'indemnisation pour défaut de contrôle budgétaire et financier pourrait être la suivante. En matière de contrôle et de suivi financier, les gardes fous sont nombreux et particulièrement efficaces. Les procédures budgétaires sont telles que des systèmes de contrôle internes et externes ont été renforcés. Dans les établissements privés, le commissaire aux comptes peut décider d'une non certification des comptes ou une certification avec réserve sur les comptes de l'association gestionnaire des établissements et services sociaux et médico-sociaux. Dans les établissements publics, il n'y a pas de commissaire aux comptes, mais un contrôle financier de plus en plus poussé par la chambre régionale des comptes, auquel s'ajoute le contrôle du comptable public qui est même, pour les plus grands établissements, affecté au sein de ces derniers.

387. D'autres pare-feu existent et permettent d'assurer un contrôle continu de la situation budgétaire et financière des établissements, comme les campagnes budgétaires et le dialogue de gestion qui permettent de limiter le recours de pleine juridiction. Si contentieux il y a, c'est donc avant tout un contentieux de la tarification qui est un contentieux de l'annulation des décisions des autorités de tarification porté en 1^{ère} instance devant les tribunaux interrégionaux

¹⁶¹² Ce cas exclut les emprunts contractés par l'établissement qui sont garantis par l'Etat ou le Conseil départemental auprès de la banque.

de la tarification sanitaire et sociale (TITSS)¹⁶¹³, et ce pour les ES¹⁶¹⁴, comme pour les ESSMS¹⁶¹⁵. Les litiges mettant en jeu la responsabilité de l'administration à l'occasion d'une décision de tarification sont d'ailleurs exclus des compétences de ces juridictions administratives spécialisées et relèveraient des tribunaux administratifs de droit commun¹⁶¹⁶.

Si le contentieux de la responsabilité administrative pour défaut de contrôle budgétaire et financier devait se manifester, il nous semble que le régime qui lui serait appliqué serait celui de la faute lourde, seule à même de garantir l'autonomie des établissements dans leur gestion interne. Toutefois, une exception pourrait selon nous être retenue dans des cas prévus par les textes lorsque la dégradation financière peut avoir pour conséquence un risque pour la qualité et sécurité des usagers dans les ESSMS gérés par des organismes privés à but lucratif¹⁶¹⁷ et dans les EPS¹⁶¹⁸.

Dans ces deux cas, le défaut de contrôle peut en effet entraîner non seulement une aggravation de la situation financière des établissements visés, mais également un risque pour la santé des personnes prises en charge, qui justifie des mesures qualifiées de police administrative, comme nous l'avons vu dans le titre 2. Il ne serait alors pas inconcevable que le défaut de contrôle et de mesures adaptées engage la responsabilité administrative pour faute simple des autorités administratives.

3/ La question de la faute dans l'exercice du pouvoir de substitution du préfet en cas de carence de contrôle du département sur les ESSMS

388. Les situations pour lesquelles apparaissent des interférences de compétences entre personnes publiques peuvent être qualifiées de complexes et, comme l'a écrit Jean-Louis OKI, l'identification d'une « *faute imputable à une personne publique est insuffisante car, si elle permet de déterminer que la faute est celle d'une personne publique, elle ne permet pas de déterminer quelle est la personne publique qui en est l'auteur* »¹⁶¹⁹. Parmi les cas de

¹⁶¹³ Et en appel devant la Cour nationale de la tarification sanitaire et sociale (CNTSS).

¹⁶¹⁴ Art. L. 6143-4 CSP.

¹⁶¹⁵ Art. L. 351-1 CASF.

¹⁶¹⁶ Pour le contentieux des décisions résultant des contrôles de tarification à l'activité de l'article L. 162-23-13 CSS, la contestation des décisions de répétition de l'indu relève du tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS), alors que la contestation des décisions de sanctions prononcées par le directeur général d'ARS relève du tribunal administratif. Aucune jurisprudence relative à l'engagement de la responsabilité administrative de l'Etat pour défaut de contrôle n'a été trouvée à ce sujet.

¹⁶¹⁷ Art. L. 313-14-1 CASF.

¹⁶¹⁸ Art. L. 6143-3-1 CSP.

¹⁶¹⁹ OKI J.-L., *L'imputation, mécanisme fondamental de la responsabilité des personnes publiques*, Thèse de droit public soutenue à l'Université de Bordeaux le 27 novembre 2017, p. 80.

dédouplements de compétence les plus connus, il nous faut revenir, en termes d'engagement de responsabilité, sur le pouvoir de substitution du préfet en cas de carence d'une autre autorité de contrôle après mise en demeure infructueuse.

Dans le champ de notre étude, le pouvoir de substitution est prévu en application de l'article CASF L. 313-16 II CASF pour les établissements sociaux et médico-sociaux soumis à autorisation qui dispose que « *Lorsque l'autorité compétente pour délivrer l'autorisation est le président du conseil départemental et en cas de carence de ce dernier, le représentant de l'Etat dans le département peut, après mise en demeure restée sans résultat, prendre en ses lieu et place les décisions prévues au I du présent article. En cas d'urgence, il peut prendre ces décisions sans mise en demeure adressée au préalable* ». En l'absence de jurisprudence relative à la responsabilité en matière de substitution dans le champ étudié, il nous faut procéder par analogie à partir d'autres jurisprudences propres au pouvoir de substitution.

La justice administrative distingue ici un principe et deux exceptions.

Par principe, lorsqu'une situation révèle un dommage imputé à une faute de l'État dans l'exercice de son pouvoir de substitution à l'égard d'une collectivité territoriale, en l'occurrence au président du CD, à supposer que la faute ne soit pas personnelle, les actes accomplis par le préfet dans l'exercice de son pouvoir de substitution sont imputables à la collectivité décentralisée pour le compte de laquelle a agi le préfet¹⁶²⁰. Comme l'a résumé Alain BOCKEL, « *tout se passe comme si la collectivité territoriale était l'auteur de l'acte* »¹⁶²¹. Le département dispose toutefois d'une action récursoire contre l'État en cas de faute lourde de celui-ci¹⁶²².

389. Par exception, la jurisprudence retient la responsabilité de l'État en matière de substitution dans deux situations.

La première exception concerne le défaut d'exercice du pouvoir de substitution qui constitue une violation de l'obligation d'agir en police administrative¹⁶²³. Selon la jurisprudence, ce défaut d'action qui consiste à ne pas se substituer n'est pas sanctionné sur le fondement de la faute simple, comme en matière de police, mais sur celui de la faute lourde, ainsi qu'il a été jugé dans des affaires relatives au défaut de substitution d'un préfet à l'égard de la carence d'un

¹⁶²⁰ CE, ass. 24 juin 1949, *Commune de Saint-Servan*, Rec. 310 ; RA 1949 p. 465, note Liet-Veaux ; CE, 5 déc. 1958, *Commune de Dourgne*, Rec. 606 ; CE, 18 mars 1981, *Ville de Saint-Brieuc sur le Gouet*, inédit, n° 19148.

¹⁶²¹ BOCKEL B, « La responsabilité des collectivités locales du fait des actes des autorités de tutelle », *Rev. Adm.*, 1966, p. 138.

¹⁶²² CE, ass., 1er juin 1956, *Ville de Nîmes c/ Pabion*, Rec. 218 ; RPDA 1956. 121, concl. Laurent.

¹⁶²³ CE, sect. 14 déc. 1962, *Doublet*, Rec. 680 ; D. 1963 p. 117, concl. Combarneous ; AJ 1963 p. 85, chr. Gentot et Fourré ; CE, 29 avr. 1987, *Ministre de l'Intérieur c/ École Notre-Dame de Kernitron*, n° 71430, Rec. 161 ;

maire, que cette carence soit due à la négligence ou à un refus¹⁶²⁴. En effet, à considérer que le préfet soit informé de la nécessité de se substituer au CD en matière de contrôle, ce qui est aujourd'hui devenu un principe, du fait des diverses obligations de signalements et conventions signées entre les deux autorités administratives¹⁶²⁵, le préfet de département commettrait une faute en décidant de ne pas se substituer au département défaillant. Constatons néanmoins que le risque d'inertie des services de l'État en matière de substitution dans les ESSMS est réel, en raison du manque d'effectifs de contrôle dans ses services, mais aussi dans les CD.

Le secteur de la protection de l'enfance qui concerne 340 000 jeunes pris en charge par les services de l'ASE¹⁶²⁶ est particulièrement concerné par la maltraitance dans les familles et les foyers d'accueil. Plusieurs reportages de télévision sur des foyers de l'enfance ont divulgué en caméra cachée les violences et agressions sexuelles commises sur des enfants et jeunes adultes, mais aussi la toxicomanie et la prostitution qui pouvaient s'y installer¹⁶²⁷, alors que le Défenseur des droits (DDD) avait alerté le gouvernement sur le sujet dans son rapport annuel de 2019¹⁶²⁸. A la suite de ce reportage, Adrien TAQUET, secrétaire d'État chargé de l'Enfance et des Familles auprès de la ministre des Solidarités et de la Santé, a signé une instruction le 28 janvier 2020 pour la « *mise en place effective de plans de contrôles annuels des établissements et structures de l'aide sociale à l'enfance* » en se fondant sur un « état des lieux de la mise en place et du fonctionnement de la procédure de signalement mentionnées à l'article L. 313-13 alinéa 6 du CASF » qui exige une remontée systématique des informations de maltraitance des CD aux préfets de département. Sans nul doute, cette politique active de contrôle va raviver la question de la substitution, peu développée en pratique et peu formalisée dans des conventions de partenariat entre autorités de contrôle intervenant sur les établissements sociaux et médico-sociaux. Soulignons néanmoins que la responsabilité du département peut être engagée, en tant qu'autorité sous tutelle ou sous contrôle, si ce dernier a commis une faute propre, à l'origine de l'absence d'exercice du pouvoir de substitution du préfet.

¹⁶²⁴ CE, 25 juill. 2007, *Société France Télécom, Société Axa Corporate Solutions assurance*, n° 283000, Rec. T. 1064 ; CE, 25 juill. 2007, *Ministre d'État, Ministre de l'Intérieur, de l'Aménagement et du Territoire c/ Alfonsi*, n° 293882, Rec. T. 1070.

¹⁶²⁵ Art. L. 313-13 VI CASF.

¹⁶²⁶ Art. L. 221-1 CASF.

¹⁶²⁷ L'émission « Zone interdite » du 19 janvier 2020 sur M6 consacrée aux dysfonctionnements de l'ASE dans les foyers de l'enfance de la Somme (Valloire) et d'Alsace (Oberlin) montrait des éducateurs recrutés sans exigence de diplôme ni casier judiciaire participant à la violence entre enfants. Le manque de moyens financiers alloués par les départements à l'ASE y était souligné.

¹⁶²⁸ Rapport annuel 2019 du Défenseur des droits sur les droits de l'enfant - « *Enfance et violence : la part des institutions publiques* ».

La seconde exception concerne l'illégalité de l'exercice du pouvoir de substitution. Si le préfet de département utilise son pouvoir de substitution, en dehors de l'hypothèse légale de police prévue par l'article L. 313-16 II CASF, alors il engage la responsabilité de l'État et non celle du département à laquelle il prétendait se substituer¹⁶²⁹. Il est en effet logique qu'une collectivité territoriale ne se voit pas imputée la faute des services de la préfecture dans l'exercice de ses pouvoirs de substitution lors d'un contrôle et des suites qui lui sont données. C'est d'ailleurs le sens de l'article 16 de la loi du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État, dont les dispositions sont aujourd'hui reprises notamment pour le département à l'article L. 3143-1 CGCT¹⁶³⁰.

B/ Les contrôles assimilés aux contrôles de police : La responsabilité administrative pour faute simple par extension.

En matière sanitaire, la jurisprudence a dégagé le principe selon lequel les contrôles qui portent sur une activité à laquelle l'administration collabore étroitement, relèvent de la responsabilité pour faute simple de celle-ci (1). Cette théorie semble pouvoir être appliquée aux situations dans lesquelles le contrôle a pour objectif de vérifier la suffisance d'activité d'un établissement lorsque ce contrôle est de nature à remettre en question son autorisation (2).

1/ Le cas du défaut de contrôle d'une activité à laquelle l'administration collabore étroitement

390. Cette catégorie concerne les contrôles qui, tout en présentant les caractéristiques d'un contrôle de tutelle (tutelle entendue « au sens large » comme un contrôle de gestion au travers de la subvention que verse l'administration par exemple, même si ce n'est pas le sens que le droit donne à la tutelle administrative), se voient écartés du régime de la faute lourde et appliquer celui de la faute simple parce que l'administration est moins chargée de la surveillance que de la collaboration étroite à la mise en œuvre d'une action de terrain en lien avec la personne contrôlée. C'est ce qui s'est passé dans une affaire très médiatisée des années

¹⁶²⁹ CE, 10 déc. 1962, *Bouali-Salah*, n° 54771, Rec. 674.

¹⁶³⁰ Art. L. 3143-1 CGCT : « *Le département voit sa responsabilité supprimée ou atténuée lorsqu'une autorité relevant de l'Etat s'est substituée, dans des hypothèses ou selon des modalités non prévues par la loi, au président du conseil départemental pour mettre en œuvre des mesures de police* ».

1990 qui ne concernait pas le champ des établissements et services sociaux et médico-sociaux, mais celui d'une association qui œuvrait dans le champ social.

En mars 1991, les services de l'État (DRASS) financent au titre d'un programme de formation professionnelle deux associations chargées d'organiser un stage de Canoé-Kayak pour jeunes en difficultés. Au cours du stage, une rivière en crue entraîne la mort de quatre stagiaires et d'un jeune moniteur sans diplôme engagé la veille du stage. L'assureur de l'association condamnée par la Cour d'appel de Poitiers en janvier 1994, attaque l'État pour défaut de contrôle devant le tribunal administratif de Poitiers qui le déboute en juin 1999. La Cour administrative d'appel de Bordeaux, saisie par l'assureur, annule ce jugement dans un arrêt rendu le 19 décembre 2002 et condamne l'État en responsabilité pour faute « *dans la mise en œuvre et le contrôle d'une action de formation professionnelle* »¹⁶³¹.

Dans cette affaire, les juges ont considéré que l'État était responsable, sans qu'une faute qualifiée soit nécessaire, par le simple fait qu'au regard de la programmation de cette activité et du financement alloué, et hormis les fautes reprochées aux associations, ces dernières n'étaient restées que des exécutantes. Ainsi, leur responsabilité dans la survenue de l'accident ne désengageait pas l'État de sa propre responsabilité, puisque « *l'importance des carences constatées dans l'exercice de sa mission de contrôle, a non seulement rendu possible la survenance de l'accident litigieux [...], mais a contribué effectivement à la survenance du dommage ; que, dans les circonstances de l'espèce, il existe un lien de causalité direct entre la faute ainsi commise par l'administration de l'Etat et l'accident litigieux* ».

En l'espèce, la nature du contrôle auquel l'État aurait dû procéder présente un intérêt particulier. Elle relève à la fois d'une activité de contrôle de tutelle « au sens large » encore guidée par la faute lourde (absence de mise en concurrence des associations par appel d'offre dans la participation au service public, défaut de diplôme du jeune moniteur), et d'une activité de police visant à garantir la sécurité des personnes (le matériel de secours fait défaut, le responsable de la base de plein air est absent et les locaux abritant l'unique téléphone sont fermés à clef).

391. En retenant une faute non qualifiée caractéristique du contrôle de police, la Cour administrative d'appel a en l'espèce adressé un message de vigilance à l'administration qui souligne qu'un contrôle de gestion peut cacher un contrôle de police dont le régime est moins favorable à l'administration. Nous n'avons pas trouvé d'exemple similaire dans le champ des

¹⁶³¹ CAA, Bordeaux, 19 déc. 2002, *Société d'assurance mutuelle des collectivités locales (SMALC)*, n° 99BX01932, *AJDA*, 14 juillet 2003 p. 1349, note M. Saussereau.

établissements. Cependant, tout laisse à penser que plus l'administration s'immiscera dans la collaboration et la mise en œuvre d'action auprès des établissements qu'elle contrôle, plus le juge sera incité à engager la responsabilité administrative pour faute simple en cas de défaut de contrôle.

2/ Le cas du défaut de contrôle relatif à la suffisance d'activité apparenté au contrôle de l'autorisation préalable

392. Le second cas de contrôle qui ne soit en apparence ni un contrôle de tutelle « au sens strict », ni un contrôle de police, est celui dans lequel le contrôle est lié aux régimes d'autorisation préalable, car il peut aboutir à la révision ou le retrait d'autorisation pour insuffisance d'activité d'un établissement.

C'est le cas de l'article L. 6122-12 CSP pour les ES qui prévoit un retrait d'autorisation suite à un contrôle qui révélerait que les objectifs quantitatifs et qualitatifs fixés par le CPOM mentionné à l'article L. 6114-2 sont insuffisamment atteints en fonction de critères définis par décret. C'est également le cas, en application de l'article L. 313-9 CASF, pour les ESSMS, pour lesquels l'habilitation à recevoir des bénéficiaires de l'aide sociale, ou l'autorisation de dispenser des soins remboursables aux assurés sociaux, peuvent être retirées « *pour des motifs fondés sur l'évolution des objectifs et des besoins sociaux et médico-sociaux fixés par le schéma régional de santé ou le schéma applicable en vertu de l'article L. 312-4 CASF* ».

Comme l'a fait remarquer Jacques PETIT¹⁶³², le contentieux de la responsabilité se nouera sur la décision de retrait, qui relève du régime de la responsabilité administrative pour faute simple de l'administration qui n'a pas fait son travail, puisque le retrait d'autorisation peut être en l'espèce qualifié de mesure de police. En effet, on voit ici réapparaître l'ordre public car un établissement qui fonctionne en dessous des seuils prévus par les contrats ou les schémas peut se révéler « dangereux » pour les usagers, notamment par perte de savoir-faire. Le terrain de la police semble tout indiqué pour inspirer ici la responsabilité administrative en matière de contrôle relatif à la suffisance d'activité.

¹⁶³² PETIT J., « La responsabilité administrative en matière d'inspection et de contrôle dans le champ sanitaire et sociale », *RFQH*, n°9, 2004 p. 129.

Sect. 2 - La prise en compte de la nature des fautes commises par l'autorité administrative dans le cadre de ses prérogatives d'inspection-contrôle

En matière de contrôle, quel que soit le degré de faute, le contrôleur peut faillir de deux manières, par défaut ou par excès. La faute par défaut peut trouver son origine non seulement dans la carence de contrôle, mais aussi dans son insuffisance ou sa tardiveté. La faute par excès suppose, quant à elle, un contrôle qui se déroule dans des conditions anormales, soit au regard des textes à appliquer, soit au regard de son déroulement matériel.

Cette distinction entre faute par défaut et faute par excès n'est pas sans conséquence sur le lien de causalité qui unit la faute au dommage. En effet, le défaut de contrôle nuit généralement aux tiers qui vont engager une action en responsabilité, quand l'excès de contrôle nuit principalement au contrôlé.

Nous allons essayer d'appliquer ces différenciations à notre étude, en proposant d'abord d'étudier la question de la carence de contrôle (§1), puis celle de l'anormalité du contrôle (§2).

§1 La carence du contrôle

393. La carence de contrôle a été à l'origine de la distinction entre le contrôle de tutelle et le contrôle de police. C'est pour ne pas substituer la responsabilité du contrôleur à celle du contrôlé que la jurisprudence a retenu la faute lourde de l'administration en matière de contrôle de tutelle. La faute lourde se révèle protectrice de l'État et « responsabilisante » pour les collectivités et établissements publics qui se consacrent à la gestion de leurs activités dans le cadre d'une « liberté surveillée »¹⁶³³.

394. A l'inverse, en matière de contrôle de police, la carence de contrôle a été sanctionnée par la faute simple, comme nous l'avons vu, notamment avec l'affaire du sang contaminé et les arrêts du 9 avril 1993. La prépondérance de la faute simple impose alors une vigilance particulière motivée par l'objectif de sécurité et qui trouve notamment sa traduction dans les inspections et les mesures administratives qui les accompagnent.

¹⁶³³ CE, Sect., 21 juin 2000, *Min. de l'Équipement et des Transports c/ commune de Roquebrune-Cap-Martin*, n° 202058, *RD* 2000 p. 1262, concl. Touvet ; CE, Sect. 6 oct. 2000, *Commune de Saint-Florent*, n° 205959, Rec. 395.

En police administrative, la primauté de l'ordre public justifie l'existence d'une force publique et l'attribution de prérogatives de puissance publique à l'administration. Cette dévolution a pour corollaire une « obligation d'agir » de l'autorité de contrôle en cas de nécessité. La mission qui incombe aux autorités de police n'est pas une mission facultative. Elle relève de la compétence liée, puisqu'une autorité de police se doit d'agir dès lors qu'elle acquiert la connaissance d'une menace sérieuse de trouble à l'ordre public et qu'elle en a vérifié la réalité. Son abstention est jugée illégale¹⁶³⁴ et fautive¹⁶³⁵.

C'est pourquoi, nous allons examiner dans un premier temps quelles sont les conditions de réalisation de l'obligation d'agir retenues par la jurisprudence envers l'administration dans son activité contrôle de police (A). Dans un second temps, nous pourrions en déduire deux aspects de cette obligation d'agir que le juge devra prendre en compte en cas de carence du contrôle de police (B).

A/ Les conditions de l'obligation d'agir retenues par la jurisprudence dans le cadre l'activité de contrôle de police.

395. Comme nous l'avons vu, le domaine sanitaire est venu enrichir avec les risques sériels le contentieux de la responsabilité administrative pour carence fautive de l'État.

A plusieurs reprises, le Conseil d'État avait rappelé l'existence d'une obligation d'agir en police sanitaire. Dans sa décision du 28 juin 1968, il a admis que la responsabilité de l'État pouvait être engagée dans les mêmes conditions pour l'octroi d'un visa pharmaceutique que pour son retrait tardif, en cas de danger d'un tel visa¹⁶³⁶. Le Conseil d'État a également condamné l'État en 1979 pour ne pas avoir modifié les instructions relatives à l'utilisation d'un vaccin antirabique dont il avait imposé l'emploi, alors même qu'il était informé de la survenance d'un nombre anormalement élevé d'accidents¹⁶³⁷.

¹⁶³⁴ CE, 23 oct. 1959, *Doublet*, Rec. 540, RDP 1959.1325 concl. Bernard et 1960.802 note M. Waline (refus d'un maire d'ordonner les mesures destinées à faire cesser les graves nuisances causées par le fonctionnement d'un camping); CE, 8 juill. 1992, *Ville de Chevreuse*, n° 80775, Rec. p. 281 (refus d'un maire de faire cesser des nuisances sonores dues à une activité de club de tir).

¹⁶³⁵ CE, sect. 14 déc. 1962, *Doublet*, Rec. p. 680, D 1963 J 117 concl. Combarrous, S 1963.92 concl. Combarrous, *AJDA* 1963.85 chron.

¹⁶³⁶ CE, 28 juin 1968, *Société mutuelle d'assurances contre les accidents en pharmacie*, Rec. 411.

¹⁶³⁷ CE, Sect. 4 mai 1979, *Ministre de la Santé c/ de Grail*, Rec. 190.

396. Dans l'affaire du sang contaminé, le Conseil d'État, dans ses arrêts d'assemblée du 9 avril 1993, a condamné l'État pour s'être abstenu de parer au risque de contamination des patients hémophiles par le virus VIH, en interdisant la délivrance de produits sanguins non chauffés, alors qu'il avait eu connaissance de manière non équivoque de l'existence de ce risque¹⁶³⁸.

L'affaire du sang contaminé a révélé selon Didier TABUTEAU que, « *en matière de sécurité sanitaire, l'État ne peut se réfugier dans le laisser faire. L'inaction peut entraîner des conséquences aussi graves que l'action, l'abstention peut être aussi fautive que l'intervention. L'État a, comme les professionnels de santé, une obligation de moyens et de décision. Le refus d'agir s'analyse comme une décision administrative, laquelle peut donc être illégale ou fautive* »¹⁶³⁹. C'est aussi l'analyse de Christine MAUGÛE et Laurent TOUVET à propos de l'affaire au sang contaminé, quand ils soulignent que « *la protection de la santé publique est un enjeu tel que [l'autorité administrative] doit faire preuve d'une vigilance tout à fait particulière, qui ne peut laisser place à un système de faute lourde* »¹⁶⁴⁰.

L'obligation d'agir reste cependant tributaire de conditions qui font qu'elle ne doit pas obéir à un réflexe pavlovien de l'autorité de police. Une autorité de police doit s'abstenir d'agir lorsque la menace de trouble qui lui est signalée est inexistante ou trop faible. L'équilibre entre obligation d'agir et obligation de s'abstenir en police administrative met parfois l'administration en difficulté quand une certaine « asymétrie d'information » subsiste entre elle et le politique ou les administrés, qui peuvent, soit la presser d'agir, soit regretter qu'elle n'ait pas agi assez rapidement.

397. Ces arrêts de principe relatifs au sang contaminé sont ainsi venus préciser les conditions nécessaires pour retenir la responsabilité administrative en matière de carence de contrôle. La haute assemblée a d'abord rappelé la nécessité de disposer en droit de pouvoirs d'agir, considérant « *l'organisation générale du service public de la transfusion sanguine, le contrôle des établissements qui sont chargés de son exécution et l'édition des règles propres à assurer la qualité du sang humain, de son plasma et de ses dérivés* ». Les juges ont ensuite démontré que l'autorité administrative avait été informée dès novembre 1984 « *de façon non équivoque de l'existence d'un risque sérieux de contamination des transfusés et de la possibilité d'y parer par l'utilisation de produits chauffés qui étaient alors sur le marché international* ». Enfin, les

¹⁶³⁸ CE, Ass. 9. avr. 1993, *D., B., G.* ; n° 138652, 138663, 138653, R. 110, *prec.*

¹⁶³⁹ D. TABUTEAU, « La sécurité sanitaire », *berger-levrault*, éd. 2002, p. 217.

¹⁶⁴⁰ Chron. Sous CE, ass., 9 avr. 1993, *AJDA* 1993, p. 344.

juges ont retenu une abstention fautive à la charge de l'État qui n'a pas interdit la délivrance des produits non chauffés dès cette date et ce « *sans attendre d'avoir la certitude que tous les lots de produits dérivés du sang étaient contaminés* ».

Il ressort de la jurisprudence et de la doctrine trois conditions exigibles pour retenir la responsabilité de l'administration en matière de contrôle de police.

1/ L'obligation d'agir dans ces affaires est davantage imposée par le contexte général que par l'application de textes spécifiques.

398. Deux caractéristiques ressortent de l'affaire du sang contaminé. La première caractéristique est qu'il s'est agi de l'obligation de prendre des mesures de police initiales dans un contexte donné d'insécurité, et non d'appliquer un texte de police préétabli, ce qui aurait posé moins de problèmes puisque l'administration se serait retrouvée alors dans la position classique d'application d'une norme supérieure¹⁶⁴¹. La seconde caractéristique permet de distinguer l'obligation d'agir en prenant des mesures de police initiales, de celle qui pèse sur l'administration lorsqu'elle doit assurer l'application d'une décision de justice et qui est soumise à un régime particulier de responsabilité¹⁶⁴².

399. L'obligation d'agir en matière de mesures initiales de police répond par ailleurs à la notion de mise en œuvre de mesures de sécurité que l'on retrouve notamment à l'article L. 111-1 du Code de la sécurité intérieure qui dispose que « *La sécurité est un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives. L'Etat a le devoir d'assurer la sécurité en veillant, sur l'ensemble du territoire de la République, à la défense des institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre public, à la protection des personnes et des biens (...)* ». Le défaut de contrôle dans un cadre de police administrative justifie ici le passage à une faute simple (ou légère) à l'encontre de l'administration, justifiée par le devoir de protection des personnes.

2/ Être informé du risque en cause et des moyens d'y parer.

400. Dans l'affaire du sang contaminé, un des moyens d'engagement de la responsabilité de l'État était que l'administration était informée dès novembre 1984 « *de façon non équivoque de*

¹⁶⁴¹ MELLERAY F., « L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales », *AJDA* 2005, p. 71.

¹⁶⁴² CE, 30 nov. 1923, *Couïétas*, Rec. 789, GAJA, n° 42.

l'existence d'un risque sérieux de l'existence d'un risque sérieux de contamination des transfusés et de la possibilité d'y parer par l'utilisation de produits chauffés qui étaient alors sur le marché international ». L'information de l'existence d'un risque et des moyens d'y parer révèlent la faute.

L'obligation d'agir se trouve aujourd'hui renforcée par l'existence, dans le champ de notre étude, de nombreux systèmes d'informations et circuits d'information instaurés par les textes relatifs à la déclaration obligatoire des EIG ou ceux relatifs aux signalements. L'excuse du défaut d'information semblerait dès lors constituer une faute d'inorganisation des administrations en charge des contrôles, voire une circonstance aggravante, quand on sait l'attachement de l'opinion publique à la sécurité des soins et des prises en charge des personnes vulnérables accueillies en établissements. Et si le risque zéro n'existe pas en police sanitaire, être informé d'un risque doit aboutir à une action publique dont l'inspection est une des traductions, sous peine d'engager la responsabilité de l'autorité de contrôle. La formule de Jean- Paul SARTRE selon laquelle « *On est toujours responsable de ce qu'on n'essaie pas d'empêcher* » prend ici tout son sens¹⁶⁴³.

Il est toutefois vrai que la masse des signaux reçus dans les agences nationales et régionales de santé peut rendre difficile une réaction adaptée. Et lorsqu'aucun risque n'est porté à la connaissance de l'administration, se pose alors la question du devoir d'investigation de cette dernière. Trouver la juste mesure entre l'inaction et la sur-réaction impose une coordination maximale entre les services qui réceptionnent l'information et ceux qui la traitent et la traduisent en besoin d'inspection.

401. Cette obligation de se tenir informé, qui est une des composantes de l'obligation d'agir, trouve un écho particulier dans l'analyse de Stéphanie RENARD qui distingue, en matière de police sanitaire, deux types de risques pouvant entraîner une responsabilité pour faute d'inaction de la part de l'administration. D'un côté, la faute de prévention, « *constituée sur la base d'un risque avéré de dommages pour la santé publique* », de l'autre, la faute de précaution qui correspond à une inaction de la police sanitaire lorsque le « *constat d'un risque potentiel de*

¹⁶⁴³ Citation non référencée.

*dommages graves pour la santé publique permet l'adoption de mesures de police destinées à l'éviter »*¹⁶⁴⁴.

Aujourd'hui, l'inspection sanitaire et sociale semble se situer sur une ligne de crête entre le risque avéré et le risque potentiel. Les pouvoirs publics diligent des inspections lorsqu'un risque est avéré, voire réalisé, et ils dévoilent dans le même temps leur intention de recourir à des inspections programmées et préventives lorsqu'un risque potentiel de maltraitance est en jeu, même si ces « inspections préventives » régressent au profit des contrôles liés à la performance en établissement.

Dans les affaires de sang contaminé, amiante, médiateur ou prothèses *PIP*, le juge administratif s'en est tenu à la faute de prévention constituée à partir d'un risque avéré pour retenir la responsabilité administrative du contrôleur. Le risque potentiel n'a pas encore fait l'objet d'une reconnaissance de responsabilité administrative pour défaut de contrôle. Par la même, le juge administratif semble vouloir préserver l'équilibre entre le droit de la responsabilité et les conséquences que pourrait avoir un rapprochement entre carence fautive et principe de précaution. Si cette évolution devait avoir lieu, elle interrogerait l'organisation interne des services, mais constituerait sans doute un levier pour redonner à l'inspection une place de premier rang et des moyens qui lui font actuellement défaut, et qui l'obligent à se concentrer par défaut sur le risque avéré et réalisé.

3/ Agir sans délai et avec des moyens appropriés

402. L'utilisation de moyens appropriés dans des délais courts qui ressort de l'affaire du sang contaminé est devenue une exigence constante de la jurisprudence. Dans un arrêt rendu par le Conseil d'État le 9 novembre 2018 relatif à l'engagement de responsabilité pour carence fautive de la ville de Paris et de la préfecture de police de Paris concernant leur manquement à l'obligation d'agir en matière de police administrative générale dans la gestion des déchets et le maintien de la salubrité publique, les juges ont retenu l'insuffisance des mesures adoptées, et considéré que « *ces mesures ne pouvaient pas être regardées comme appropriées eu égard à l'ampleur et à la persistance des problèmes* »¹⁶⁴⁵.

¹⁶⁴⁴ RENARD S., « La police sanitaire aux temps de la précaution », *RDSS* 2019, p. 463 (à propos des 20 ans de l'arrêt du CE, 24 févr. 1999, *Soc. Pro-Nat*, n° 192465, Rec. T. 614, relatif à la justification d'une interdiction de police administrative au regard des incertitudes sur le risque sanitaire potentiel de l'encéphalite spongiforme bovine).

¹⁶⁴⁵ CE, 9 nov. 2018, *Ass. La Vie Dejean*, n° 411626 et 411632 ; *RDS*, n° 88, obs. S. Renard, « Ordre public sanitaire : agir ne peut suffire ».

Toutefois, en matière de police, la faute d'inaction des autorités administratives ne peut se réduire à la situation de carence totale de celles-ci, mais elle couvre également des hypothèses dans lesquelles l'autorité de police a agi de façon non conforme à ce qui aurait dû être. La carence fautive recouvre selon la jurisprudence, comme l'a souligné le professeur Jacques PETIT, le fait de ne pas agir, d'agir tardivement et/ou d'agir de manière insatisfaisante¹⁶⁴⁶.

Aussi, l'approche de la jurisprudence nous amène à distinguer deux obligations à la charge de l'administration dans le cadre de son activité contrôle de police.

B/ Les deux exigences de l'obligation d'agir fixées par le juge dans le cadre du contrôle de police.

Cette étude de l'obligation d'agir en police sanitaire révèle d'abord l'exigence d'une obligation de diligence de la part de l'autorité de contrôle (1), ensuite celle d'une obligation de suffisance dans le déroulé de l'action (2).

1/ Une obligation de diligence dans l'action de l'autorité de contrôle

403. D'abord, la jurisprudence fait peser une obligation de diligence sur l'autorité de police qui permet de sanctionner une intervention anormalement tardive. C'est le cas avec l'interdiction tardive de produits sanguins non chauffés dans l'affaire du sang contaminé¹⁶⁴⁷, et dans le retard pris par l'État pour renforcer la réglementation en matière d'amiante afin de protéger les salariés¹⁶⁴⁸, ou encore le retard pris par l'État pour agir dans l'affaire du médiateur¹⁶⁴⁹. L'inaction totale ou l'inaction tardive sont mises sur un pied d'égalité en matière de police administrative, ce qui paraît normal au regard de l'objet de la police administrative. Aussi, le juge ne demande pas seulement de réagir à un trouble ayant causé des dommages, mais aussi d'agir alors que le trouble est constitué, et ce même lorsque des dommages ne sont pas encore réalisés¹⁶⁵⁰.

¹⁶⁴⁶ PETIT J., « L'affaire du Médiateur : la responsabilité de l'État », *RFDA* 2014, p. 1193.

¹⁶⁴⁷ CE, Ass. 9. avr. 1993, *D., B., G.* ; n° 138652, 138663, 138653, Rec. 110 prec.

¹⁶⁴⁸ CE, Ass., 3 mars 2004, *Ministre de l'Emploi c/ Bourdignon*, n° 241150 prec.

¹⁶⁴⁹ V. sur le sujet : PETIT J., « L'affaire du Mediator : la responsabilité de l'État », *op. cit.*, p. 1193 ; BRIMO S., « Le Mediator devant le Conseil d'Etat : remèdes et effets secondaire », *AJDA* 2017, p. 426.

¹⁶⁵⁰ CE, sect. 15 juin 1987, *Soc. Navale des Chargeurs Delmas-Vieljeux et al.*, n° 39250, 39291 et 39308, Rec. 216 ; *RFDA* 1988, p. 508, concl. Schrameck.

2/ Une obligation de suffisance dans l'action de l'autorité de contrôle

404. Ensuite, la jurisprudence fait peser une obligation de suffisance sur l'intervention que les autorités de police doivent réaliser. L'arrêt précité du Conseil d'État en date 9 novembre 2018 et relatif à l'engagement de responsabilité pour carence fautive de la ville de Paris et de la préfecture de police de Paris ne fait que confirmer une série de jurisprudences administratives en matière de santé publique. Dans l'affaire de l'amiante, le juge administratif avait évoqué une obligation d'efficacité maximale des mesures de protection de santé publique, ainsi que l'arrêt *Marabout* de 1972 l'avait déjà consacrée¹⁶⁵¹. Le Conseil d'État avait pu préciser l'étendue de l'obligation de suffisance de l'action de police dans un arrêt de 1977 relatif à la responsabilité d'une commune en matière d'insalubrité et d'insécurité. Il avait en effet considéré que devant l'inefficacité des mesures prises par la commune pour endiguer les nuisances relatives aux ordures et au risque incendie, « *il lui [la commune] appartenait d'user [de ses pouvoirs de police] pour faire exécuter sur les propriétés privées les travaux nécessaires pour mettre fin au danger [...] En s'abstenant d'agir et en se bornant à quelques démarches administratives, le maire [avait], par son inaction commis une faute lourde de nature à engager la responsabilité de la commune* »¹⁶⁵².

Les traductions de la carence fautive sont de ce fait multiples. Ne pas agir, agir de manière tardive ou de manière insatisfaisante peuvent entraîner la responsabilité de la puissance publique. Obligation de diligence et obligation de suffisance sont requises. Dans le champ étudié, la faiblesse des contrôles de police trouve souvent une explication dans le manque d'effectifs, nonobstant les renforcements quantitatifs des années 1990, ou les habilitations juridiques à inspecter confiées à certains agents par les différentes lois déjà citées depuis 2009. Mais l'insuffisance de moyens matériels ou humains du contrôle ne nous semble pas constituer une excuse valable pour ne pas retenir la responsabilité de l'administration dans son activité de contrôle, ou même la retenir au titre de la faute lourde plus difficilement démontrable. En effet, l'insuffisance de moyens humains est elle-même fautive au regard de l'obligation de faire fonctionner les services publics, comme l'avait rappelé Yves GAUDEMET en 2001 lors du colloque sur les nouvelles normes en droit de la responsabilité publique¹⁶⁵³.

¹⁶⁵¹ CE, ass. 20 oct. 1972, *Marabout*, prec.

¹⁶⁵² CE, sect. 28 oct. 1977, *Commune de Merfy*, n° 95537, Rec. 406.

¹⁶⁵³ Actes du colloque : Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique. Palais du Luxembourg, 11 et 12 mai 2001. *Responsabilité de l'administration et nouvelles activités de contrôle*, par Y. GAUDEMET, professeur à l'Université Paris 2, Site du Sénat.

405. A la lecture de l'arrêt du Conseil d'État du 9 novembre 2018 qui a engagé la responsabilité administrative de la ville de Paris et de l'État pour carence fautive en matière de gestion des déchets, Stéphanie RENARD met en avant trois conditions qui rendent une intervention insuffisante constitutive d'une carence fautive.

La première condition tient dans le fait que les actes de police aient été manifestement insuffisants pour faire cesser le trouble (le secteur piétonnier n'était plus accessible malgré l'intervention de la police). La deuxième condition est que l'action de police ne doit pas être troublée par des obstacles juridiques ou circonstanciels propres à la gêner ou à l'empêcher¹⁶⁵⁴. La troisième condition réside dans le constat fait par les juges que l'autorité compétente disposait, au moment où elle est intervenue, de moyens légaux plus forts que ceux employés pour remédier à la situation de désordre. Si ce n'est pas le cas, l'inefficacité des mesures de police ne peut être assimilée à une carence fautive¹⁶⁵⁵.

406. Ainsi, l'obligation d'agir de l'autorité de police constitue une obligation de moyens renforcée qui renvoie à une exigence d'efficacité. Il ne s'agit évidemment pas d'une obligation de résultat car le risque zéro n'existe pas, surtout dans le champ de la sécurité sanitaire. Cette obligation renforcée repose sur l'idée que tous les moyens légaux dont la puissance publique dispose doivent être mis en œuvre pour assurer la sécurité, la salubrité et la tranquillité. Cette obligation recouvre les deux conditions cumulatives qui sont, d'une part, une réaction à la fois immédiate et adéquate et, d'autre part, une mesure matérielle suivie d'une mesure juridique spécifique à la police administrative, que Jacques PETIT a ainsi résumé en rappelant que *« dûment informées par des tiers de dysfonctionnements mettant sérieusement en cause la sécurité ou la santé des usagers des établissements, les autorités compétentes ont sans doute l'obligation de diligenter une inspection pour en avoir confirmation. Dès lors que des*

¹⁶⁵⁴ CE, ass. 7 mai 1971, *Ministre de l'Économie et des Finances et Ville de Bordeaux c/ Sastre*, n° 74669 et 74977, Rec. 334, concl. Gentot ; RDP 1972 p. 443 (à propos du défaut d'application d'une réglementation relative à un marché d'intérêt national); CE, ass. 20 mars 1974, *Ministre de l'Aménagement du Territoire c/ Navarra*, n° 90547, Rec. 200, concl. Rougevin-Baville (à propos d'une construction irrégulière et du refus de l'administration de saisir l'autorité judiciaire).

¹⁶⁵⁵ CE, 14 déc. 1981, *Commune de Montmorot*, n° 16229 ; Rec. T. 639 ; D. 1982, IR, p. 375, obs. Moderne et Bon (à propos de l'absence de pouvoirs d'un maire de se substituer aux pouvoirs du préfet en l'absence de péril imminent pour faire respecter la législation relative aux établissements classés) ; CE, 19 févr. 1992, *Comité de défense du quartier Saint-Paul*, n° 09899, Rec. T. 539 ; D. 1983, IR p. 318, obs. Moderne et Bon (à propos du rejet d'une demande formulée par une association de riverains à l'encontre de l'État d'une réparation pour préjudice moral du fait des gênes occasionnées pour le voisinage par le fonctionnement d'une plâtrière).

dysfonctionnements ont été mis à jour par une inspection, provoquée ou spontanée, l'obligation de prendre des mesures adéquates s'impose »¹⁶⁵⁶.

§2 L'anormalité du contrôle.

Pour les autorités de contrôle, la responsabilité administrative peut être engagée en raison soit d'une illégalité (A), soit d'une faute matérielle commise dans l'accomplissement du contrôle (B).

A/ L'anormalité résultant d'une illégalité

Nous distinguerons ici les cas dans lesquels une faute simple (1) ou une faute lourde sont requises par la jurisprudence pour engager la responsabilité de l'autorité de contrôle (2).

1/ Illégalité et faute simple

407. Une décision fondée légalement ne peut pas donner lieu à un engagement de la responsabilité de l'autorité administrative. Ainsi, il a été jugé qu'un préfet de département n'engage pas la responsabilité de l'État lorsqu'il procède, conformément aux dispositions du CASF, à une fermeture provisoire d'une maison de retraite et qu'il nomme un administrateur provisoire¹⁶⁵⁷.

En revanche, toute décision administrative prise à la suite d'un contrôle et qui serait jugée illégale est constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'autorité de contrôle¹⁶⁵⁸. Une décision administrative illégale est ainsi soumise, d'une part, à annulation en contentieux de la légalité et, d'autre part, à l'engagement de la responsabilité indemnitaire de l'administration pour faute de service, si cette illégalité a causé un préjudice¹⁶⁵⁹, à condition que le lien entre le préjudice causé et la faute ait été direct et certain¹⁶⁶⁰.

¹⁶⁵⁶ PETIT J., « La responsabilité administrative en matière d'inspection et de contrôle dans le champ sanitaire et sociale », *RFQH*, n°9, 2004 p. 132.

¹⁶⁵⁷ CAA Bordeaux 19 juin 2007, *SARL Les quatre saisons*, n° 05BX02493.

¹⁶⁵⁸ CE sect., 26 janv. 1973, *Ville de Paris c/ Driancourt*, n° 84768, Rec. 78. ; CE, ass, 6 juill. 2016, *M. N. et autres*, n° 398234, Rec. 320.

¹⁶⁵⁹ CE, 25 juill. 2008, *Sté Cape Socap*, n° 260428.

¹⁶⁶⁰ CE sect., 25 mars 1966, *Société des films Marceau*, n° 59426, Rec. 240 ; CE, 23 nov. 2011, *Ministre de l'écologie*, n° 325334, Lebon.

Cependant, il résulte aussi de la jurisprudence qu'une mesure administrative prise à la suite d'un contrôle peut être justifiée au fond, quand bien même elle serait entachée d'illégalité. En effet, toute faute n'est pas nécessairement à l'origine d'un préjudice, notamment, si les faits constatés lors du contrôle étaient de nature à justifier la décision prise.

408. Il nous faut ici envisager trois cas différents applicables aux établissements et services sanitaires et sociaux.

Le premier cas résulte d'une jurisprudence générale. Lorsque la décision est illégale, parce qu'atteinte par des vices de forme ou de procédure, mais qu'elle se justifie au fond, la jurisprudence n'admet pas la reconnaissance de responsabilité de l'administration¹⁶⁶¹. Il a pu ainsi être décidé que la fermeture d'une discothèque qui était intervenue en méconnaissance du principe des droits de la défense n'ouvrait pas droit à réparation si, dans le cas d'une procédure régulière, une telle mesure avait pu être légalement décidée¹⁶⁶².

Il en va de même dans le champ de notre étude pour des décisions prises à la suite d'inspections en maison de retraite qui ont donné lieu à la nomination d'un administrateur provisoire sans que soit prise au préalable une mesure de fermeture de la maison de retraite prévue dans les textes. Ce vice de procédure n'a pour autant pas engagé la responsabilité de l'État, car la mesure prise par le préfet a été jugée nécessaire au rétablissement en urgence de conditions satisfaisantes d'accueil des pensionnaires, notamment pour garantir leur sécurité¹⁶⁶³.

Le deuxième cas est celui dans lequel l'autorité administrative voit sa décision de fermeture d'établissement annulée à cause d'une erreur matérielle des faits, alors que d'autres faits très graves auraient été de nature à entraîner la fermeture d'un service d'un ES. Dans ce cas, le juge considère que l'illégalité commise n'est pas de nature à engager la responsabilité du contrôleur¹⁶⁶⁴, ou peut même réduire la responsabilité de l'administration à la part des conséquences dommageables de la fermeture due aux griefs matériellement inexacts¹⁶⁶⁵.

Le dernier cas fait application, en droit de la responsabilité, de la maxime juridique « *nemo auditur* » selon laquelle « nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude » et qui a trouvé à

¹⁶⁶¹ CE sect., 19 juin 1981, *Mme Carliez*, n° 20619, Rec. 274.

¹⁶⁶² CAA Bordeaux, 5 févr. 2008, *Sarl Le Gibus*, req. n° 06BX00427, *AJDA* 2008. 1119 ; *ibid.* 38, chron. J.-M. Vié.

¹⁶⁶³ CE, 3 déc. 2007, *Caradec*, n° 284603 ; CAA Marseille, 20 nov. 2008, *Micard et autres*, n° 06MA03152.

¹⁶⁶⁴ CE, 15 juill. 1964, *Sieur Prat-Flottes et Société des instituts de plein air*, n° 59536, Rec. 438 (fermeture d'un sanatorium par le préfet).

¹⁶⁶⁵ CE, 19 mai 1976, *min. de la Santé publique et S.A. du château de Neuvecelle*, Rec. T. 733, *RDP*, 1976, p. 1384. (Fermeture d'un aérium).

s'appliquer en matière de police administrative dans l'affaire du *Stalinon*¹⁶⁶⁶. Si une décision faisant suite à un contrôle est prise à l'encontre de faits constitutifs d'une infraction pénale, qui a donné lieu à une condamnation, alors l'intéressé ne peut pas se prévaloir des illégalités du contrôle, y compris quand celles-ci dépassent le vice de forme ou de procédure¹⁶⁶⁷. Certaines décisions préfèrent se fonder sur l'absence de préjudice indemnisable, ce qui revient au même¹⁶⁶⁸.

2/ Illégalité et faute lourde

409. Il faut ici considérer les cas des contrôles de tutelle « au sens strict » que l'État réalise sur des personnes publiques ou privées chargées d'une mission de service public. Lorsque l'autorité de tutelle méconnaît les règles qui gouvernent son pouvoir de tutelle, cette méconnaissance est soumise au contrôle du juge administratif. Au regard de la jurisprudence relative au contrôle de tutelle, l'erreur de légalité sera appréciée au regard de la faute lourde.

La jurisprudence relative au contrôle exercé par les services de l'État sur les caisses régionales et locales de sécurité distingue deux situations d'illégalité fautive¹⁶⁶⁹. Dans la première illégalité fautive, l'autorité de contrôle a agi en dehors de tout texte lui conférant un droit à agir. L'adage selon lequel il n'y a « *pas de tutelle sans texte, pas de tutelle au-delà des textes* » permettra au juge d'en déduire une faute lourde à l'appui d'un engagement de responsabilité de l'État¹⁶⁷⁰. Dans la seconde illégalité fautive, l'autorité de contrôle a pris une mesure qu'elle a le droit de prendre, alors que les conditions juridiques de la décision n'étaient pas réunies (erreurs de droit). L'illégalité est alors analysée par le juge comme constitutive d'une faute lourde¹⁶⁷¹, ou non¹⁶⁷².

¹⁶⁶⁶ CE, 28 juin 1968, *Sté mutuelle d'Assurances contre les accidents en pharmacie*, n° 67593, Rec. 41, prec.

¹⁶⁶⁷ CAA, Bordeaux, 10 sept. 2002, *Sté Voréal*, n° 98BX00965, *AJDA* 2002, p. 917.

¹⁶⁶⁸ CAA, Lyon, 6 déc. 2001, *M.X.*, n° 96LY20626 (non publié).

¹⁶⁶⁹ Ces contrôles étaient réalisés jusqu'en 2009 par les directions régionales des affaires sanitaires et sociales. Actuellement par la Mission nationale de contrôle et d'audit des organismes de sécurité sociale (MNCAOSS).

¹⁶⁷⁰ CE, 10 juill. 1957, *min. Trav. et directeur régional de la Gironde c/ CPSS Gironde*, Rec. 468 ; CE, 6 mars 2002, *Vernadet*, n° 220004.

¹⁶⁷¹ CE, 28 mars 1980, *M. Georgelin*, RDP 1980 p. 763.

¹⁶⁷² CE, 27 oct. 1971, *sieur Markovitch*, Rec. 640.

B/ l'anormalité résultant d'une faute matérielle.

410. Les agissements matériels sont certainement le cas le plus fréquent de mise en jeu de la responsabilité administrative en matière de contrôle. Ils procèdent souvent d'une imprudence, d'une négligence, d'une erreur ou d'un accident dû à l'usage d'un outil défectueux. Ils traduisent un mauvais fonctionnement de service qui peut être dû à une carence ou un retard inadmissible, une intervention inappropriée ou la perte d'un document. A l'instar du droit civil, le juge procède à une appréciation *in abstracto* pour savoir si, comme le bon père de famille, l'administration a procédé à la manière d'un « bon » service public placé dans des circonstances analogues.

En matière de contrôle, les cas de fautes matérielles ne sont pas fréquents et trouvent généralement leur origine dans l'opération d'inspection ou le rapport d'inspection. Ils peuvent être rattachés à une faute de service ou à une faute personnelle de l'agent contrôleur. Ainsi, il a été jugé que le temps excessif d'une inspection des services vétérinaires sur des marchandises importées peut constituer une faute de nature à causer un dommage indépendamment des décisions prises à la suite de celle-ci¹⁶⁷³.

De même, un rapport d'inspection contenant des propos diffamatoires constitue une faute si les allégations sont inexactes et portent atteinte à l'honneur ou à la considération de l'intéressé et si le rapport fait l'objet d'une publicité. A contrario, la jurisprudence n'a pas engagé la responsabilité de l'État lorsque « *ces appréciations replacées dans leur contexte et compte tenu de la faible diffusion du rapport dans lequel elles figuraient, n'étaient pas de nature à porter atteinte à la réputation* »¹⁶⁷⁴.

411. En conclusion du premier chapitre de ce titre 4 consacré à la nature de la faute de l'autorité administrative nécessaire à l'engagement de la responsabilité administrative en matière d'inspection-contrôle, nous retiendrons que la distinction classique entre faute lourde et faute simple s'applique, la première au contrôle de tutelle, la seconde au contrôle de police. En tant qu'instrument privilégié de la police ayant pour but le respect de la santé et de la sécurité

¹⁶⁷³ CAA Paris, 21 janv. 1997, *Société Honfood*, n° 95PA00708.

¹⁶⁷⁴ CE, 10 févr. 1993, *M. Wagner*, n° 37419, Dr. adm, 1993, n° 187.

des personnes vulnérables, l'inspection peut ainsi constituer une des premières causes d'engagement de la responsabilité indemnitaire de l'État ou d'une collectivité territoriale. Une simple faute de l'autorité de contrôle, suffit à engager cette responsabilité civile, sans préjudice de la responsabilité pénale qui peut être retenue à l'encontre de l'autorité de contrôle, voire de la responsabilité disciplinaire des agents fautifs.

Cependant, nous avons observé que certains contrôles sont étrangers à la tutelle à la police mais sont rattachables à l'un ou l'autre par analogie. Nous avons également rappelé que la responsabilité indemnitaire de l'État ou d'une collectivité territoriale recouvre des cas de carence de contrôle et ceux d'anormalité du contrôle. Si les seconds demeurent relativement rares, les premiers font peser un risque pour toute autorité publique qui méconnaîtrait son rôle de police administrative et ne s'engagerait pas dans une politique d'inspection active.

Après avoir étudié le degré de gravité et à la nature de la faute de l'administration dans le champ du contrôle, il faut pouvoir raccrocher cette faute à une administration particulière ou à un organisme public ou privé agissant en son nom. La question de l'imputabilité de la faute recèle du point de vue de l'acte de contrôle une dimension particulière.

Chap. 2 La question de l'imputabilité de la faute en matière d'inspection-contrôle dans le champ étudié

412. La détermination de la personne publique responsable est chose complexe, car elle suppose que le fait dommageable soit rattaché à une personne juridique identifiée qui possède la personnalité morale, comme l'ont montré différentes études réalisées sur l'imputabilité en droit administratif¹⁶⁷⁵. Cette complexité a amené la jurisprudence à rappeler que lorsque le fait dommageable paraît avoir pour auteur une entité dépourvue de personnalité morale, il faut rechercher à quelle personne morale cette entité est rattachée¹⁶⁷⁶.

De plus, la responsabilité de l'administration ne peut être engagée que s'il existe un « rapport privilégié » entre l'action d'un service public, cause du dommage, et le dommage lui-même, comme l'a formulé le commissaire du gouvernement Yves GALMOT à l'origine de la théorie de la « causalité adéquate » dans l'affaire *Marais*¹⁶⁷⁷. Il est logique que l'administration ne soit rendue responsable que des actes qui lui sont directement rattachés, un dommage indirect ne pouvant servir à engager sa responsabilité¹⁶⁷⁸.

Une fois rappelés ces principes, nous allons montrer que dans le champ de notre recherche, l'identification de la personne publique à laquelle la faute est imputable présente un degré de complexité variable selon le thème de contrôle étudié et le nombre d'autorités de contrôle qui interviennent sur le champ (Sect.1). Ce constat nous amènera à nous intéresser ensuite à la notion de « fait du tiers » que pourrait invoquer une autorité de contrôle afin de s'exonérer de toute ou partie de sa responsabilité (Sect. 2).

¹⁶⁷⁵ AMSELEK P., « La détermination des personnes publiques responsables d'après la jurisprudence administrative », in *Études de droit public*, Cujas, 1964, p. 289 ; COUDRAY Y., *La détermination de la collectivité publique responsable par le juge administratif*, thèse Rennes, 1979 ; OKI J.-L., *L'imputation, mécanisme fondamental de la responsabilité des personnes publiques*, Thèse de droit public soutenue à l'Université de Bordeaux le 27 novembre 2017, prec.

¹⁶⁷⁶ CE, 10 févr. 1995, *Min. Éducation nationale et Culture c/ D'Angelo*, n° 138871, Rec. 1030.

¹⁶⁷⁷ CE, sect. 14 oct. 1966, *Marais*, n° 60783, Rec. 548, concl. Galmot.

¹⁶⁷⁸ VIALLE A., « Lien de causalité et dommage direct dans la responsabilité administrative », *RD publ.* 1974 p. 1243.

Sect. 1 - L'identification de l'État en tant que principale personne publique responsable en matière d'inspection-contrôle

413. Dans le cadre des inspections et contrôles diligentés au sein des établissements et services sanitaires, sociaux et médico-sociaux, le lien de causalité peut se trouver altéré par certains acteurs qui interviennent dans la chaîne du contrôle et qui vont prendre une part de responsabilité.

Dans le champ de notre étude, les autorités administratives de contrôle concernées par l'engagement de leur responsabilité administrative extracontractuelle sont essentiellement les services de l'État et ceux du CD. Mais il y a parfois disjonction entre l'action d'une autorité administrative et la personne publique qui voit sa responsabilité engagée. En effet, certaines autorités administratives agissent au nom de l'État, quand d'autres agissent en leur nom propre. La question de l'imputabilité des fautes en matière d'activité de contrôle peut ainsi devenir complexe à appréhender.

C'est pourquoi, nous allons constater que la mise en jeu de la responsabilité de l'État se trouve accrue par la multiplicité des autorités de contrôle qui agissent en son nom dans le champ de notre étude (§1), mais que les partages de responsabilité administrative demeurent rares dans le champ étudié (§2).

§1 Une mise en jeu renforcée de la responsabilité de l'État par la multiplicité des autorités de contrôles agissant « en son nom » dans le champ étudié.

A côté de la responsabilité propre du département, la responsabilité administrative de l'État se trouve directement engagée par l'intermédiaire de plusieurs autorités de contrôle agissant en son nom dans le champ de cette étude (A). Il faut réserver une place particulière aux autorités administratives indépendantes intervenant dans ce champ et dont la responsabilité a pour le moment été peu engagée (B).

A/ La multiplication des autorités administratives susceptibles d'engager la responsabilité de l'État en matière de contrôle dans le champ étudié

414. Le DGARS, établissement public administratif, agit au nom de l'État dans l'exercice de ses pouvoirs de police, alors qu'il agit en son nom propre en matière de gestion interne, en tant qu'organe exécutif de son agence. Le Conseil d'État, dans son arrêt du 12 décembre 2012 *Synerpa*, s'est ainsi appuyé sur l'article L. 1432-2 CSP pour considérer que « *les directeurs généraux des agences régionales de santé sont, en tant qu'autorités agissant au nom de l'État, soumis au pouvoir hiérarchique des ministres compétentes ; qu'à ce titre, les ministres peuvent, dans le cadre de leurs attributions respectives, leurs adresser des instructions pour toutes les compétences qu'ils exercent au nom de l'État* »¹⁶⁷⁹.

Mais l'exercice par le DGARS de compétences au nom de l'État n'est pas une exception née avec la loi HPST de 2009. Elle constitue une des caractéristiques de certaines agences sanitaires nationales¹⁶⁸⁰, ce qui a fait dire à certains auteurs que la garantie d'action « au nom de l'État » permet de contenir le démembrement de ce dernier par la prolifération des agences et des polices spéciales¹⁶⁸¹.

415. Il en va ainsi de l'ANSM qui est également un établissement public placé sous la tutelle de ministère de la santé en application de L. 5311-1 CSP¹⁶⁸² et qui exerce des pouvoirs de police sanitaire. En application de l'article L. 5322-2 CSP : « *le directeur général de l'agence prend, au nom de l'État* » les décisions qui relèvent de la compétence de celle-ci, notamment en matière de contrôle sur les médicaments et les produits de santé qui peuvent aboutir à la suspension ou au retrait d'autorisation de mise sur le marché¹⁶⁸³. C'est également le cas de l'ABM, établissement public administratif de l'État, placé sous la tutelle du ministre chargé de la santé en application de l'article L. 1418-1 CSP. Le directeur général prend au nom de l'État les décisions de police mentionnées aux 10° (autorisations d'activités) et 11° (agréments de

¹⁶⁷⁹ CE, 12 déc. 2012, *Syndicat national des établissements et résidences privées pour les personnes âgées (SYNERPA)*, n° 350890, Rec. 414 ; *AJDA* 2013. P. 481, concl. M. Vialettes ; *Dr. adm.* 2013, n° 42, note Guignard.

¹⁶⁸⁰ MOIROUD C., « Régulation et agences sanitaires françaises », in Th. Revet et L. Vidal (dir) *Annales de la régulation*, vol. 2, IJRS Éditions, Coll. *Bibl. de l'IJRS*, t. 19, 2009, p. 274.

¹⁶⁸¹ VIOUJAS V., « L'autonomie des agences régionales de santé : premières précisions jurisprudentielles », *JCP A*, n° 5, 2013, p. 2022.

¹⁶⁸² Loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé.

¹⁶⁸³ PETIT J., « L'affaire du Mediator : la responsabilité de l'État », *op. cit.*, p. 1193 ; BRIMO S., « Le Mediator devant le Conseil d'Etat : remèdes et effets secondaire », *AJDA* 2017, p. 426, *prec.*

praticiens) de l'article L. 1418-1 CSP. Celles-ci ne sont susceptibles d'aucun recours hiérarchique¹⁶⁸⁴.

416. Pour les services déconcentrés intervenant en contrôle dans le champ des établissements et services sociaux comme les directions départementales de cohésion sociale, le préfet de département agit en tant que représentant de l'État dans le département, aussi bien en police générale qu'en police spéciale. Il exerce ses pouvoirs de police au nom des ministres compétents et engage la responsabilité administrative de l'État dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle. En application de l'article 2-II du décret du 29 avril 2004, les recours hiérarchiques contre les décisions des préfets de département et des préfets de région mentionnées sont adressés aux ministres compétents¹⁶⁸⁵.

417. De son côté, le département, en tant que collectivité territoriale décentralisée, bénéficie du principe de libre administration¹⁶⁸⁶ et engage sa propre responsabilité extracontractuelle devant le juge administratif notamment dans ses activités de police, comme l'a affirmé en 1908 le tribunal des conflits dans son arrêt *Feutry*¹⁶⁸⁷. Cette responsabilité administrative attachée à la personne morale du département se manifeste également à l'article L. 3143-1 CGCT qui dispose que « *le département voit sa responsabilité supprimée ou atténuée lorsqu'une autorité relevant de l'Etat s'est substituée, dans des hypothèses ou selon des modalités non prévues par la loi, au président du conseil départemental pour mettre en œuvre des mesures de police* ».

La responsabilité extracontractuelle du département a été engagée en matière de contrôle des prestations concernant les enfants qui relèvent de son service d'aide sociale à l'enfance, que ces actes aient causé un dommage pour les enfants eux-mêmes ou pour des tiers¹⁶⁸⁸. La responsabilité du département est engagée devant le juge administratif par la victime qui doit prouver une faute de service ayant notamment entraîné des dommages pour les enfants par défaut de contrôle comme nous l'avons vu précédemment dans le cas de l'ASE.

¹⁶⁸⁴ Art. L. 1418-3 CSP.

¹⁶⁸⁵ Décret n°2004-374 du 29 avril 2004 relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'Etat dans les régions et départements.

¹⁶⁸⁶ Art. L. 1111-1 et suivants CGCT.

¹⁶⁸⁷ TC, 29 févr. 1908, *Feutry*, n° 00624.

¹⁶⁸⁸ CE, 13 oct. 2003, *Mlle V. c/ Département de Seine-Maritime*, n° 244419 et 244420; D. 2003. 2607; *RFDA* 2004. 164, note N. Albert.

A côté des services déconcentrés et des établissements publics qui engagent la responsabilité de l'État dans le cadre de leur contrôle, il faut réserver une place particulière à l'engagement de responsabilité des autorités administratives indépendantes qui interviennent dans le champ de cette étude.

B/ La place particulière des autorités administratives indépendantes, ou l'émergence d'une responsabilité administrative liée au développement de leur activité de contrôle.

418. L'instauration des AAI en France il y a une quarantaine d'années devait permettre de donner plus de liberté et d'indépendance à certains services d'administration centrale ayant des secteurs réputés « sensibles », en répondant à l'exigence de technicité et d'expertise que les administrations centrales ne détenaient pas immédiatement (notamment accès aux fichiers informatiques¹⁶⁸⁹, accès aux documents administratifs¹⁶⁹⁰, respect des règles de concurrence¹⁶⁹¹).

En principe, les AAI ne disposent pas de la personnalité morale et font partie de l'État unitaire, en tant que « rouage de l'État »¹⁶⁹², sans être pour autant rattachées à l'administration centrale. Aussi, comme le soulignent Charles DEBBASCH et Frédéric COLIN, « elles disposent en effet, d'une autonomie, d'un pouvoir propre qui légitime leur existence »¹⁶⁹³. Leur multiplication depuis 1978, notamment dans les domaines économiques et financiers, a pu faire craindre à certains un « démembrement de l'État »¹⁶⁹⁴. Certaines d'entre elles sont dotées de pouvoirs de contrôle, parfois présentés sous le vocable de « régulation », ce qui a fait dire à juste titre à Yves GAUDEMET que l'on pouvait se demander « *si la régulation ne développe pas une nouvelle théorie du contrôle largement entendu* »¹⁶⁹⁵.

¹⁶⁸⁹ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

¹⁶⁹⁰ 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.

¹⁶⁹¹ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

¹⁶⁹² DELAUNAY B., « Autorités de régulation et responsabilité de la puissance publique », *RDP* 2014, p. 276.

¹⁶⁹³ DEBBASCH Ch., COLIN F., *Droit administratif*, Economica, 12^e éd. 2018 p. 163.

¹⁶⁹⁴ *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport public du CE, EDCE, n° 52, p. 298.

¹⁶⁹⁵ Actes du colloque : « Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique ». Palais du Luxembourg, 11 et 12 mai 2001. *Responsabilité de l'administration et nouvelles activités de contrôle*, par Y. GAUDEMET, professeur à l'Université Paris 2, Site du Sénat.

En tant qu'autorités dites de « régulation », elles ont longtemps été réduites au contentieux de la légalité, qui a abouti à la reconnaissance par petites touches du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes de droit souple qu'elles peuvent adopter¹⁶⁹⁶. Cependant, les autorités de régulation font aujourd'hui face à la montée en puissance du contentieux de la responsabilité perçu comme la « clé d'efficacité du droit de la régulation »¹⁶⁹⁷.

Le juge administratif a d'ailleurs admis que même si un acte ne produit pas d'effet sur le terrain de la légalité et est insusceptible de recours en annulation, il puisse faire l'objet d'un recours en responsabilité. Cette position qui avait été prise en 1978 au sujet des mesures d'ordre intérieur¹⁶⁹⁸, a été étendue par le Conseil d'État en 2003, dans l'affaire de l'huile solaire *Bergaderm*, aux recommandations émises par la commission de sécurité des consommateurs pour lesquelles la haute assemblée a admis la possible réparation des conséquences dommageables si elles sont constitutives d'une faute simple (mais la recommandation ne découlait pas d'un contrôle en l'espèce)¹⁶⁹⁹. Le Conseil d'État a implicitement réitéré cette position dans sa décision du 10 novembre 2016 relative à une délibération et des communiqués de presse du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) concernant un message télévisuel relatif au handicap dans les écrans publicitaires¹⁷⁰⁰.

419. Face à la multiplication des AAI ces dernières années, l'État a ramené leur nombre à vingt-six en leur attribuant en 2017 un statut général¹⁷⁰¹. Parmi ces AAI, on compte en 2020 dix-neuf autorités administratives indépendantes (AAI), dont l'ASN, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL) et le défenseur des droits (DDD), alors que sept autres sont des autorités publiques indépendantes, dont l'HAS.

La question de savoir si les AAI qui interviennent dans le champ de notre étude ont déjà engagé la responsabilité de l'État dans leur activité de contrôle se pose d'autant plus que ces autorités revendiquent une place singulière et croissante dans le secteur sanitaire et social. Il nous paraît

¹⁶⁹⁶ V. notamment CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta international GmbH et a. et Société NC Numericable* (n° 368082, Rec. 76 et n° 390023, Rec. 88) ; *RFDA* 2016. 506, concl. V. Daumas ; *AJDA* 2016 p.717, chron. L. Dutheil de Lamothe et G. Odinet.

¹⁶⁹⁷ ROUYERE A., « La responsabilité du régulateur, clé d'efficacité du droit de la régulation », *RLC* 2005, n° 4, p. 109.

¹⁶⁹⁸ CE, sect., 9 juin 1978, *Spire*, n° 08397, Rec. 237 ; concl. Genevois, *Rev. Adm.* 1978, p. 631.

¹⁶⁹⁹ CE, sect., 31 mars 2003, *Ministre de l'Économie, des finances et de l'industrie c/. SA Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm*, n° 188833 et 211756, Rec.159, *AJDA* 2003, chron. F. Donnat et D. Casas p. 935 ; *RFDA* 2003. 1185, concl. D. Chauvaux.

¹⁷⁰⁰ CE, 10 nov. 2016, *Asso. Collectif Les amis d'Eléonore c/. CSA*, n° 384691, Rec. 509 ; *AJDA* 2017. 121, concl. L. Marion.

¹⁷⁰¹ Loi organique n° 2017-54 du 20 janvier 2017 relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes ; Loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes (JO du 21 janvier 2017).

important, pour éclairer notre thèse, d'étudier dans quelle mesure ces autorités peuvent engager la responsabilité administrative de l'État, ou leur propre responsabilité, au regard des pouvoirs de contrôles directs ou indirects qui leur ont été attribués. Pour une plus grande clarté, nous allons distinguer dans un premier temps les AAI qui ne sont pas dotées de personnalité morale avec l'ASN, le CGLPL et le DDD (1), et, dans un second temps, la HAS en tant qu'autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale (2).

1/ L'engagement de la responsabilité de l'État par les autorités administratives indépendantes dépourvues de personnalité morale en matière de contrôle dans le champ étudié.

Les AAI que nous allons étudier ici ne disposent pas de la personnalité morale et agissent au nom et pour le compte de l'État. Si elles peuvent agir en justice sans se faire représenter par un ministre¹⁷⁰², elles engagent la responsabilité de l'État par leurs actes dommageables, ainsi que l'a montré la jurisprudence relative aux carences fautives commises par la Commission bancaire¹⁷⁰³, et elles sont réputées exercer leur recours de pleine juridiction au nom de l'État¹⁷⁰⁴. De même, lorsqu'une AAI s'est vue attribuée par la loi des pouvoirs de contrôle et de police, le refus de donner suite à une demande de mettre en œuvre ces pouvoirs peut être déférée au juge de l'excès de pouvoirs¹⁷⁰⁵.

a) L'Autorité de sûreté nucléaire (ASN)

420. L'ASN, autorité administrative indépendante créée en 2006¹⁷⁰⁶, réalise en application de l'article L. 1333-29 CSP des contrôles de police sanitaire relatifs notamment aux surexpositions de rayonnements ionisants sur des personnels ou des accidents d'expositions sur des patients en médecine nucléaire (erreurs de latéralité, erreurs de volume et surdosages)¹⁷⁰⁷. A l'issue des contrôles réalisés par ses inspecteurs dont les pouvoirs de police reposent sur les articles L. 1421-2 et L. 1421-3 du CSP, l'ASN peut décider de mesures de retrait temporaire ou

¹⁷⁰² CE, 5 nov. 1993, *COB*, n° 143973, Rec. 624.

¹⁷⁰³ CE, ass. 30 nov. 2001, *Min. Économie, Finances et Industrie c/ Kechichian et a.*, n° 219562, Rec. 587, concl. A. Seban ; *AJDA* 2002, p. 133, chron. M. Guyomar et P. Collin ; *CJEG* 2002, p. 380, concl. ; *JCP G* 2002, II, 10042, note J.-J. Ménuret ; *RFDA* 2002, p. 742, concl., note F. Moderne.

¹⁷⁰⁴ CE, 26 nov. 2012, *Autorité de régulation des jeux en ligne ARJEL*, n° 351163, Lebon.

¹⁷⁰⁵ CE, 9 oct. 2013, *Société d'exercice libéral à forme anonyme MJA*, n° 359161, Lebon.

¹⁷⁰⁶ Loi n° 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire (JO du 14 juin 2006) ; art. L. 592-1 du Code de l'environnement.

¹⁷⁰⁷ Art. 1333-29 CSP.

définitif d'autorisation, voire de suspension d'activité en cas d'urgence tenant à la sécurité des personnes et également d'un pouvoir de sanction administrative avec amende¹⁷⁰⁸.

Selon nos recherches, jusqu'à aujourd'hui, l'ASN n'a pas engagé la responsabilité de l'État dans le cadre des contrôles qu'elle mène au niveau national. Cependant, elle a été saisie dans le cadre de deux affaires importantes en matière de radiothérapie hospitalière.

421. La première affaire est celle des patients surirradiés de l'hôpital d'Epinal entre mai 2004 et août 2005 qui a failli mettre en jeu la responsabilité administrative de l'État pour défaut de contrôle¹⁷⁰⁹. Toutefois, ce n'est pas l'ASN qui a été visée à l'époque mais la DDASS et l'ARH. En effet, un rapport conjoint ASN-IGAS en 2007 a conclu à l'accumulation de plusieurs défaillances techniques, humaines et organisationnelles au niveau du centre hospitalier, mais également au niveau des réponses apportées par les tutelles de l'hôpital dans cette affaire, considérant que « *la tutelle locale n'a pu corriger l'erreur initiale, qui consistait à ne pas établir de relevé de décision, à se fier aux déclarations d'intention sans vérifier leur mise en œuvre, et à oublier d'avertir les autorités nationales. Plusieurs raisons conjoncturelles contribuent à expliquer cette erreur, mais la raison structurelle tient au flou des attributions entre, d'une part, le préfet de département et la DDASS et, d'autre part l'ARH, pour la gestion des crises sanitaires, problème déjà signalé par divers rapports* »¹⁷¹⁰.

Sur le fond, les auteurs du rapport ASN-IGAS se sont opportunément appuyés sur le déficit d'information des tutelles de l'époque pour promouvoir la nécessité de transversalité des futures ARS dans la gestion des crises sanitaires, considérant que « *tant que la fusion DRASS-DDASS-ARH ne serait pas assurée au sein d'une Agence régionale de santé, les risques de mauvaise gestion des crises (non suivi, doublon, anarchie) restaient possibles, mais qu'en revanche il convenait de distinguer au niveau régional les fonctions de tutelle de celles de contrôle et d'inspection* »¹⁷¹¹.

Si la responsabilité administrative des autorités de « tutelle » de l'hôpital n'a pas été mise en jeu dans cette affaire des irradiés d'Epinal, c'est que la résolution du conflit s'est en réalité déplacée sur le plan pénal. Saisie de cette affaire, la chambre correctionnelle de Paris a condamné le 30 janvier 2013 plusieurs praticiens à des peines de prison fermes. En revanche,

¹⁷⁰⁸ Art. 1333-31 CSP.

¹⁷⁰⁹ 5 500 patients traités pour des cancers notamment de la prostate avaient fait l'objet de surirradiation entre mai 2004 et août 2005 dans cet établissement notamment pour des raisons de mauvais réglage de l'équipement de radiothérapie. Cinq patients sont décédés et une vingtaine ont eu des séquelles graves.

¹⁷¹⁰ WACK V. G., LALANDE F., *Rapport ASN/IGAS sur l'accident de radiothérapie d'Epinal*, févr. 2007, p. 6 et 7.

¹⁷¹¹ Ibid p. 7.

les autres prévenus, notamment la directrice de la DDASS, le directeur de l'ARH et la directrice de l'hôpital d'Epinal, ainsi que l'hôpital en tant que personne morale, ont été relaxés du chef de non-assistance à personne en danger. Retenons ici que la responsabilité pénale de la DDASS et de l'ARH n'a pas été engagée parce que ces autorités de tutelle ne furent informées des surirradiations qu'un an après les faits.

422. Dans le sillage de l'affaire d'Epinal, une autre affaire concerna en 2007, un équipement de radiothérapie mal étalonné qui provoqua au CHU de Toulouse la surirradiation de 145 patients. Un second rapport ASN-IGAS releva les mêmes défaillances organisationnelles qui confirmèrent la nécessité d'un devoir d'information renforcé, mais le procès pénal qui visait un médecin radiophysicien n'a pas abouti¹⁷¹².

Nous pouvons néanmoins penser qu'au-delà des responsabilités civiles, administratives et pénales qui peuvent être retenues dans ce genre d'affaire¹⁷¹³, un éventuel recours en indemnisation contre l'État devant la juridiction administrative aurait pu prospérer s'il avait été démontré que les différentes tutelles avaient été informées plus tôt des dysfonctionnements et n'avaient diligenté aucun contrôle en vue d'une décision administrative pour remédier à la situation. Les vecteurs d'une responsabilité administrative de l'État pour défaut de contrôle peuvent dans ce cas jouer aussi bien sur le niveau local (ARS), que sur le niveau national (ASN en tant qu'AAI). Au regard des jurisprudences sur le sang contaminé, ou le *Médiateur*, il est probable que le juge aurait exigé une faute simple de l'administration exigée en matière de police, plutôt qu'une la faute lourde traditionnellement requise en matière de contrôle.

b) Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL) et le Défenseur des droits (DDD)

Le CGLPL et le DDD sont deux autorités administratives indépendantes qui ont pris une place à part entière dans le champ d'intervention sanitaire, social et médico-social.

¹⁷¹² Rapport IGAS-ASN, Eléments d'analyse et recommandations sur l'accident de radiothérapie survenu au CHU de Toulouse, févr. 2008.

¹⁷¹³ En matière de médecine nucléaire, les équipements sont soumis à certification (art. L. 1333-14 CSP) et au devoir de matériovigilance (art. L. 5212-1 et s. CSP). Leurs mauvais fonctionnements engagent la responsabilité pour faute présumée des établissements publics de santé (CE, 1^{er} mars 1989, *Époux Peyres*, Rec. p. 65) et la responsabilité civile des médecins ou établissements de santé privés en cas de manquement à une obligation de résultat (Cass. 1^{re} ch. civ., 9 nov. 1999, n° 98-10010, *JCP*, G, II, 10251, note Ph. Brun ; *D.*, 2000, jur. p. 117, note P. Jourdain). Le fait d'exposer une personne à des rayonnements ionisants sans autorisation ou sans but médical constitue un délit puni d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 15000 euros (art. L. 1337-5 CSP).

423. Le CGLPL a instauré par la loi du 30 octobre 2007¹⁷¹⁴ et le décret du 12 mars 2008¹⁷¹⁵. Le Contrôleur général est nommé par décret du président de la République pour six années non renouvelables¹⁷¹⁶ et est chargé « *sans préjudice des prérogatives que la loi attribue aux autorités judiciaires ou juridictionnelles, de contrôler les conditions de prise en charge et de transfèrement des personnes privées de liberté, afin de s'assurer du respect des droits fondamentaux* » (article 1 loi 2007)¹⁷¹⁷. Il peut être saisi par toute personne physique ou morale, ou par le premier ministre, les membres du gouvernement, du parlement et le défenseur des droits. Il peut aussi s'autosaisir¹⁷¹⁸. Pour réaliser ses missions de contrôle, il dispose d'une équipe composée d'une trentaine de personnes¹⁷¹⁹. Le rapport d'activité du CGLPL pour l'année 2018 faisait état de 145 visites de contrôle durant cette année¹⁷²⁰.

424. De son côté, le DDD a été créé sur le modèle suédois de *l'Ombudsman* par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008¹⁷²¹ et institué par la loi organique du 29 mars 2011 relative au défenseur des droits¹⁷²². Il s'est substitué au Médiateur de la République dont l'existence remontait à la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 mais qui n'a jamais bénéficié d'une reconnaissance constitutionnelle. Sa mission principale figure à l'article 71-1 de la Constitution. Il est chargé de veiller au respect des droits et libertés des administrés, de la part tant des autorités administratives que de celle des établissements publics ou des organismes privés investis d'une

¹⁷¹⁴ Loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté (*JO* du 31 octobre 2007). Cette loi fait suite à la signature par la France du protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines et traitements cruels, inhumains et dégradants adopté par l'assemblée générale des Nations-Unies le 18 décembre 2002.

¹⁷¹⁵ Décret n° 2008-246 du 12 mars 2008 relatif au Contrôleur général des lieux de privation de liberté (*JO* du 14 mars 2008).

¹⁷¹⁶ Dominique SIMONNOT a été nommée par décret du 14 octobre 2020 pour remplacer Adeline HAZAN, dont le mandat a pris fin le 16 juillet 2020.

¹⁷¹⁷ Les établissements concernés par le contrôle du CGLPL sont les établissements pénitentiaires, les établissements de santé lorsque l'hospitalisation se fait sous moyens de contrainte, et les établissements placés sous l'autorité conjointe du ministère de la santé et du ministère de la justice, notamment les unités d'hospitalisation sécurisées interrégionales (UHSI) et les unités hospitalières spécialement aménagées (UHSA), les centres éducatifs fermés et les centres de rétention administrative.

¹⁷¹⁸ Art. 6 Loi 2007.

¹⁷¹⁹ 18 contrôleurs à temps plein (auxquels viennent s'ajouter 25 intervenants extérieurs apportant leur concours, en qualité de contrôleur, de façon intermittente ou continue) ; 7 contrôleurs affectés au service des saisines et d'une équipe administrative de 6 collaborateurs (Source site internet du CGLPL « présentation de l'équipe », décembre 2019).

¹⁷²⁰ 22 établissements pénitentiaires, 23 établissements de santé mentale, 15 établissements de santé recevant des personnes privées de liberté, 8 centres et locaux de rétention administratives et zones d'attente, 4 procédures d'éloignement forcé, 9 centres éducatifs fermés, 57 locaux de garde à vue et rétention douanière et 7 tribunaux.

¹⁷²¹ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République (*JO* du 24 juillet 2008).

¹⁷²² Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits (*JO* du 30 mars 2011).

mission de service public¹⁷²³. Comme le CGLPL, le DDD est nommé pour six ans non renouvelables par le président de la République¹⁷²⁴. Le DDD est en réalité à la tête d'une administration importante composée de plusieurs collèges, équipes et délégués au niveau départemental pour un budget d'environ 22 millions d'euros¹⁷²⁵. Dans son rapport annuel de 2019, cette autorité, était composée de 226 agents au siège et 501 délégués dans les départements. Elle soulignait avoir été destinataire de 95 836 dossiers de réclamations. Elle peut être saisie par toute personne s'estimant lésée par le fonctionnement d'un service public ou d'un organisme chargé d'une mission de service public. La saisine est gratuite et le défenseur peut s'autosaisir. Il rend compte chaque année de son activité au Président de la République et au Parlement.

Notre étude de ces deux AAI et la responsabilité qu'elles peuvent générer au nom de l'État montre que si l'objectif de recommandation qui ressort de leurs pouvoirs est a priori exclusif d'un engagement de responsabilité indemnitaire de l'État (α), ces deux autorités permettent l'engagement d'une « responsabilité morale » de l'État à travers le « contrôle du contrôle » qu'elles tendent à exercer sur ce dernier (β).

α - L'objectif de recommandation a priori exclusif d'un engagement de responsabilité indemnitaire de l'État

425. Le CGLPL et le DDD possèdent des pouvoirs de contrôle importants, mais qui ne se traduisent pas par des mesures coercitives relevant de la police administrative ou de la sanction administrative.

Le CGLPL n'a pas de pouvoirs directement coercitifs, car il ne dispose pas de pouvoirs d'injonction ou de sanction mais plutôt d'un « pouvoir d'influence » ou une « magistrature morale », selon l'expression de Michel GENTOT¹⁷²⁶. Dans ce sens, les contrôles qu'il réalise sur place de manière programmée ou inopinée dans les lieux de privation de liberté donnent lieu à l'égard de la personne responsable de ce lieu à des recommandations relatives aux faits ou aux

¹⁷²³ Art. 71-1 Constitution française : « Le défenseur des droits veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences ».

¹⁷²⁴ De juillet 2014 à juillet 2020, le défenseur des droits était Jacques TOUBON.

¹⁷²⁵ Rapport d'activité 2018 page 101.

¹⁷²⁶ GENTOT M., *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, 1991, coll. « Clef ».

situations en cause, et ces recommandations peuvent être rendues publiques¹⁷²⁷. Les réponses des ministres intéressés peuvent également être publiées¹⁷²⁸.

Il en va de même pour le DDD. En application de l'article 18 de la loi organique de 2011, il peut « demander des explications à toute personne physique ou morale mise en cause devant lui », il peut convoquer les personnes en « audition », ces personnes peuvent « se faire assister du conseil de leur choix », un « procès-verbal contradictoire d'audition est remis à la personne entendue ». Les équipes du défenseur des droits ont accès à toutes informations et pièces utiles à l'exercice de leur mission, notamment « aux informations couvertes par le secret médical ou le secret professionnel »¹⁷²⁹, sans même d'ailleurs que la loi organique ne réserve expressément cet accès au seul médecin des équipes du défenseur des droits. Il a des pouvoirs de « vérifications » étendus, qu'il peut assurer de manière inopinée¹⁷³⁰. Il peut aussi mettre en demeure les personnes intéressées de lui répondre dans un délai qu'il fixe. Mais il ne peut procéder qu'à des recommandations à l'égard des personnes physiques ou morales¹⁷³¹, et non à des mesures de police administrative ni à des sanctions.

A priori, ces deux AAI dépourvues de personnalité juridique propre et exerçant leurs prérogatives au nom de l'État ne peuvent donc pas engager sa responsabilité indemnitaire. Et si cela devait être le cas, il faudrait chercher, selon nous, davantage du côté de ce que nous avons nommé « l'anormalité résultant d'une faute matérielle » qui serait fondée sur la faute lourde exigée traditionnellement dans le cadre du contrôle. Par exemple, une faute de ces contrôleurs dans l'exercice de leurs pouvoirs de vérifications sur place dans les établissements et services sanitaires et sociaux, lors de l'accès à toute information ou pièce utile, et qui donnerait lieu à la violation du caractère secret des informations auxquelles ces autorités ont accès de manière inopposable.

426. En revanche, la responsabilité fondée sur l'anormalité résultant d'une illégalité d'un acte ne semble pas a priori possible pour ces autorités, qui ne peuvent émettre que des

¹⁷²⁷ Art. 6-1 de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007. Le DDD souligne régulièrement la dégradation des conditions de détention, les taux d'occupation élevés pour les détenus adultes et mineurs en prison, ou le recours trop systématique à l'hospitalisation des malades psychiatriques au détriment de la prise en charge extra hospitalière. Mais les rapports d'activité du CGLPL témoignent de recommandations plus générales sur les délais d'attentes aux urgences, les conditions d'hébergement des patients, les droits des patients notamment la liberté sexuelle des patients hospitalisés en psychiatrie, autant de recommandations qui pourraient être formulées par les contrôleurs des ARS.

¹⁷²⁸ Art. 9 de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007.

¹⁷²⁹ Art. 20 LO n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

¹⁷³⁰ *Ibid.*, Art. 22.

¹⁷³¹ Dans son rapport d'activité de l'année 2018, le défenseur des droits annonçait 295 décisions et 400 recommandations formulées.

« recommandations » non décisives à l'égard des établissements contrôlés ou des autorités de tutelles. Toutefois, cette possibilité n'est pas à exclure au regard de l'évolution récente de la jurisprudence administrative relative à la juridicité des normes souples¹⁷³².

En effet, dans une affaire dont avait été saisi le DDD relative à une situation de harcèlement moral et de discrimination d'un directeur départemental de cohésion sociale sur la chargée de mission départementale aux droits des femmes qui travaillait sous son autorité, le Conseil d'État a avancé dans le troisième considérant de son arrêt du 22 mai 2019, que *« lorsqu'il émet des recommandations, sans faire usage de la faculté dont il dispose de la rendre publique, le Défenseur des droits n'énonce pas des règles qui s'imposeraient aux personnes privées ou aux autorités publiques, mais recommande aux personnes concernées les mesures qui lui semblent de nature à remédier à tout fait ou à toute pratique qu'il estime être discriminatoire, ou à en prévenir le renouvellement. Par suite, ces recommandations, alors même qu'elles auraient une portée générale, ne constituent pas des décisions administratives susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Il en est de même du refus de faire usage des pouvoirs que le Défenseur des droits tient de ces dispositions »*¹⁷³³.

427. Le Conseil d'État opère ici une subtile distinction entre les recommandations publiées par le DDD et celles qui ne le sont pas. Une recommandation « privée » est insusceptible de recours en annulation, alors que lorsque le DDD décide de publier sa recommandation¹⁷³⁴, cette recommandation est susceptible de recours, car elle *« énonce des règles qui s'imposeraient aux personnes privées ou aux autorités publiques »*.

Le Conseil d'État s'est ici inspiré de sa jurisprudence de 2006 relative aux recommandations de l'autorité des marchés financiers et de celle de 2007 relative à la HALDE¹⁷³⁵. Il serait dans ce cas tout à fait envisageable qu'une recommandation du DDD jugée préjudiciable par un

¹⁷³² CE, ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Société Fairvesta International GmbH et autres* (1^{re} esp) et n° 390023 *Société NC Numéricable* (2^e esp), Rec. 76.

¹⁷³³ CE, 22 mai 2019, *M. B...A c. Défenseur des droits*, n° 414410, Rec. 186.

¹⁷³⁴ Le Conseil d'État ne précise pas si cette publication a lieu sur le fondement de l'article 25 de la loi organique du 29 mars 2011 qui concerne le rapport spécial relatif à la personne « mise en cause » ou sur celui du I de l'article 36 de la loi organique du 29 mars 2011 qui concerne la publication de ses « avis, recommandations ou décisions ».

¹⁷³⁵ CE, 18 oct. 2006, *M. et Mme Claude A*, n° 277597, Rec. 430, s'agissant du refus de l'Autorité des marchés financiers de donner suite à une demande de conciliation ou de médiation ; CE, 13 juil. 2007, *Société Editions Tissot*, n° 294195, Rec. 335, *AJDA* 2007, p. 2145, concl. L. Derepas, s'agissant des recommandations de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité.

requérant puisse faire l'objet d'un recours de plein contentieux dans l'objectif d'obtenir une éventuelle réparation versée au nom de l'État.

Il n'en reste pas moins que si la responsabilité indemnitaire de l'État est encore épargnée par les pouvoirs de contrôle du CGLPL et du DDD, on voit apparaître l'engagement d'une « responsabilité morale » de l'État avec l'exercice d'un « contrôle du contrôle » de plus en plus visible par ces autorités.

β- La mise de place d'une responsabilité morale de l'État avec l'instauration d'un « contrôle du contrôle » par ces AAI

428. Le pouvoir de simple recommandation du CGLPL et du DDD est compensé par des contrepouvoirs qui leur ont été confiés avec en premier lieu le pouvoir de publication de leur rapport dont la presse se fait régulièrement l'écho.

Dans le champ d'intervention du CGLPL, ce contrepouvoir tient à plusieurs causes. La première a trait à la charge de travail des autorités classiques de contrôle (ARS, cohésion sociale, CD) et à leur ignorance du sujet spécifique de la privation de liberté. La seconde tient dans le fait que le CGLPL n'a pas de pouvoir financier sur les établissements contrôlés, contrairement aux autorités de tutelles, et peut se permettre d'énoncer ou rappeler des recommandations justes, dont la force tient dans leur publication. En définitive, le CGLPL n'exerce pas un contrôle sur l'activité des ARS dans le secteur des ES, ou du préfet sur les mineurs non accompagnés. Il réalise un contrôle que les autres autorités ne réalisent pas, avec le moyen de la recommandation et la force qui caractérise son indépendance.

De son côté, le DDD présente les mêmes dispositions avec en plus ce que l'on pourrait appeler un pouvoir de contrôle « indirect », notamment aux fins de développement de contrôles par les autorités administratives classiques. A cet effet, il dispose de pouvoirs de faire engager des contrôles, d'une part, en saisissant les autorités locales, notamment le CD, de tout élément susceptible de justifier une intervention du service en charge de l'ASE¹⁷³⁶, d'autre part, concernant les services de l'État, en demandant aux ministres qu'ils donnent des instructions pour que les corps de contrôle puissent procéder à toutes vérifications ou enquêtes et le tiennent informés des suites données¹⁷³⁷.

¹⁷³⁶ Art. 35 LO. n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

¹⁷³⁷ *Ibid.*, art. 18 LO.

Le DDD peut également peser sur les pouvoirs des autorités publiques en matière de « discrimination directe ou indirecte dans l'activité professionnelle d'une personne physique ou morale soumise à agrément ou autorisation par une autorité publique ». Il peut ainsi « recommander à cette autorité publique de faire usage des pouvoirs de suspension ou de sanction dont elle dispose »¹⁷³⁸. On peut voir dans cette disposition un levier permettant de pallier la carence de contrôle des autorités locales, comme cela est le cas dans le secteur de la protection de l'enfance¹⁷³⁹ ou, le cas échéant, l'absence de suite donnée par une autorité administrative à un contrôle réalisé par elle.

429. Nous le voyons, le pouvoir de lancer des alertes et le pouvoir d'évocation de ces deux AAI dans le champ étudié les transforment en institutions incontournables et duales. Médiateurs et contrôleurs, dotés de pouvoirs très larges de recommandations et de « décisions » qui peuvent être rendues publiques, compétentes à l'égard des personnes publiques comme des personnes privées en charge d'une mission de service public, des personnes physiques comme des personnes morales. Ces deux « autorités morales » apparaissent aux yeux de certains comme de véritables « ovni juridique »¹⁷⁴⁰, voire des « monstres bureaucratiques »¹⁷⁴¹. Il ne fait pas de doute que leur influence sur les autorités de contrôle classiques est aujourd'hui très présente, et que les liens directs avec les ministères, la justice administrative, la justice judiciaire et le Parlement leur permettent de s'imposer comme des « relais d'opinion » forts. Une extension des compétences du DDD est d'ailleurs prévue par la mission d'information créée en commission des lois dans le cadre du bilan de cette autorité, dix ans après sa création et qui pourrait inclure le CGLPL et la CNIL.

Le mouvement de responsabilisation de l'État par le biais de ces deux AAI que sont le CGLPL et le DDD n'est pas de même nature en ce qui concerne la HAS, API dotée de la personnalité morale, ayant pris une place de premier plan dans le secteur sanitaire et médico-social.

¹⁷³⁸ Art. 30 LO n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits

¹⁷³⁹ Rapport du défenseur des droits, *Enfance et violence : la part des Institutions*, 2019 (publié).

¹⁷⁴⁰ TEIGEN-COLY C., « Le défenseur des droits. Un ovni dans le ciel constitutionnel », in *Une nouvelle Constitution ?*, LPA 2008, n° 254, p. 125.

¹⁷⁴¹ MENARD J.-C., « Le défenseur des droits : monstre bureaucratique, gadget constitutionnel ou garantie effectives des libertés ? », LPA, 23 oct. 2008, p. 4.

2/ Le cas particulier de la HAS : autorité publique indépendante à caractère scientifique dotée de la personnalité morale¹⁷⁴².

430. Le statut juridique d'autorité publique indépendante de la HAS constitue la forme d'autonomie la plus aboutie parmi les autorités administratives indépendantes puisqu'elle lui confère une autonomie financière et une personnalité juridique distincte de celle de l'État¹⁷⁴³. Elle peut ester en justice, contracter et engager pleinement sa responsabilité juridique propre, et non celle de l'État, pour les fautes qu'elle a commises dans l'exercice de ses missions. Ainsi que le rappelle Didier TRUCHET¹⁷⁴⁴, « *conséquence inéluctable de la personnalité morale, elles [les autorités publiques indépendantes] sont responsables des fautes commises dans l'exercice de leurs missions, comme l'a dit le Conseil d'État à propos de l'ancienne mission de contrôle des assurances* »¹⁷⁴⁵.

Pourtant, la HAS exerce essentiellement une mission d'expertise et d'évaluation¹⁷⁴⁶, et ne dispose d'aucun pouvoir de police ou de sanction administrative. Cependant, les évaluations et certifications qui sont réalisées en son nom produisent des effets dans le processus des autorisations et d'agréments du champ sanitaire et médico-social¹⁷⁴⁷. Il est alors légitime de se demander si l'empreinte de cette autorité indépendante en droit des autorisations ne permettrait pas d'engager sa responsabilité administrative extracontractuelle en cas de faute à l'origine d'un dommage dans l'exercice de cette mission, même si, jusqu'à maintenant, la HAS n'a jamais fait l'objet d'une action en responsabilité devant le juge de plein contentieux dans l'exercice de l'une de ses missions de certification, accréditation ou évaluation¹⁷⁴⁸.

Comme nous l'avons vu, le tribunal administratif de Montreuil dans son jugement du 18 juillet 2013 s'est implicitement déclaré compétent s'agissant d'un recours pour excès de pouvoir formé contre une décision de certification « avec réserves » d'un EPS qui peut être considérée

¹⁷⁴² Art. L. 161-37 CSS.

¹⁷⁴³ DEGOFFE M., « Les autorités publiques indépendantes », AJDA 2008 p. 622.

¹⁷⁴⁴ D. TRUCHET, *Droit administratif*, 8^e éd. 2019, p. 93.

¹⁷⁴⁵ CE, ass. gén., avis du 8 sept. 2005, Rapport public 2006, EDCE, n° 57, p. 211, RJE 2006, p. 359, note D. Labetoulle ; M. DEGOFFE, Les autorités publiques indépendantes, AJDA 2008, p. 622.

¹⁷⁴⁶ Art. L. 163-37 CSS.

¹⁷⁴⁷ Depuis 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 Le directeur général de l'ARS peut prendre en compte des résultats de la certification dans sa décision d'autorisation en application de l'article L. 6122-2 CSP.

¹⁷⁴⁸ Réponse par messagerie du service juridique de la HAS le 7 avril 2020 à C. Barlet.

comme une décision faisant grief¹⁷⁴⁹. Le Conseil d'État n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur cette question mais il a déjà eu à se positionner en reconnaissant le caractère réglementaire de certaines décisions de la HAS et, comme le pense Danièle CRISTOL, « *il n'est pas exclu, au vu des conséquences de la procédure de certification sur la situation des établissements de santé, qu'il considère que les décisions de la HAS en la matière font grief* »¹⁷⁵⁰.

431. Si cette jurisprudence devait se confirmer sur la normativité des recommandations de la HAS et la juridicité des actes de certification délivrés par l'HAS, il serait selon nous concevable que le juge de plein contentieux puisse être saisi par des établissements afin de déterminer les personnes publiques responsables des conséquences dommageables liées à ces actes de certification lorsqu'ils sont défavorables et liés à la procédure d'autorisation. La responsabilité administrative extracontractuelle de la HAS pourrait ainsi être mise en jeu, seule ou de manière partagée avec des autorités d'autorisation. Elle pourrait concerner aussi bien les cas de refus de certification ou de certification avec réserve d'un établissement de santé, que les cas de retrait d'accréditation non justifié à l'égard d'un professionnel médical exerçant dans une discipline à risque¹⁷⁵¹, ou bien les conséquences du non renouvellement de l'autorisation d'un établissement ou service social ou médico-social à la suite d'un rapport d'évaluation externe défavorable rendu par un organisme habilité par la HAS¹⁷⁵².

Derrière la mise en jeu de sa responsabilité personnelle d'une autorité indépendante, c'est toute la question de l'indemnisation qui se pose, et donc de l'obligation pour la HAS de souscrire une police d'assurance dont le cout peut être très élevé, notamment au regard des risques sériels que cette autorité, comme d'autres autorités publiques indépendantes, sont censées prévenir¹⁷⁵³.

¹⁷⁴⁹ TA Montreuil, 18 juill. 2013, *CHU de Reims*, n° 1206888 préc.

¹⁷⁵⁰ CRISTOL D., « Régime des autorisations sanitaires : simplification et modernisation sur ordonnance », *op. cit.*, p. 271.

¹⁷⁵¹ Art. D. 4135-7 al. 7 et al. 8 CSP.

¹⁷⁵² Art. L. 312-8 CASF.

¹⁷⁵³ V. Agence française de lutte contre le dopage.

§2 Des partages de responsabilités en matière d'inspection contrôle qui demeurent rares au sein des autorités administratives et entre autorités administratives

Comme nous venons de l'étudier, la mise en jeu de la responsabilité de l'État se trouve renforcée par la multiplicité des autorités de contrôle agissant « en son nom ». Hormis les cas de risques sériels, cette mise en jeu de la responsabilité administrative de l'État est restée pour le moment théorique dans l'activité de contrôle des établissements et services. Il convient d'ailleurs rappeler que des partages de responsabilités auraient souvent lieu en l'espèce.

Afin d'en apprécier le contenu, nous distinguerons le partage de la responsabilité administrative au sein de l'autorité de contrôle, entre l'administration et son agent (A), puis le partage de responsabilité entre plusieurs administrations de contrôle (B).

A/ Le cas du partage de la responsabilité administrative au sein de l'autorité de contrôle : la faute de l'agent contrôleur.

432. Au cours d'une mission d'inspection ou d'un contrôle, il peut arriver que l'agent de contrôle commette une faute qui engage la responsabilité, soit de l'administration, si cette faute est une faute de service, soit sa responsabilité personnelle s'il s'agit d'une faute « détachable du service ».

Cette différenciation entre deux types de fautes trouve son origine dans le célèbre arrêt *Pelletier* rendu par le tribunal des conflits en 1873 qui a déclaré compétent le juge administratif pour la faute de service et le juge judiciaire pour la faute personnelle¹⁷⁵⁴. Selon l'expression d'Édouard LAFERRIERE, il y a faute de service « *si l'acte dommageable est impersonnel, s'il révèle un administrateur plus ou moins sujet à erreur* » ; il y a faute personnelle s'il révèle « *l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences* »¹⁷⁵⁵. Aussi, la faute de service n'est pas détachable des fonctions et seule la juridiction administrative est compétente pour connaître des fautes imputées à un agent public dans l'exercice de ses fonctions. Au contraire, en cas de faute

¹⁷⁵⁴ TC, 30 juill. 1873, *Pelletier*, 1^{er} suppl., p. 117 ; GAJA, n°2.

¹⁷⁵⁵ concl. sur T.C. 5 mai 1877, *Laumonnier-Carriol*, concl. laferrière, Rec. p. 437.

personnelle d'un agent du service public, c'est le juge judiciaire qui est compétent et qui applique le droit civil de la responsabilité¹⁷⁵⁶.

La caractérisation de la faute personnelle n'est généralement pas aisée et demeure empirique. Pour la jurisprudence, « *La faute personnelle est celle commise par l'agent en dehors du service ou pendant le service si elle est tellement incompatible avec le service public (...) qu'elle revêt une particulière gravité ou révèle la personnalité de son auteur et les préoccupations d'ordre privé qui l'animent* »¹⁷⁵⁷. Deux types de fautes personnelles ressortent de la jurisprudence et trouvent application dans le champ qui guide notre recherche.

433. Le premier type de faute personnelle commise dans le cadre de l'exécution d'un service est assez rare en matière d'inspection et de contrôle. Elle n'est attribuée qu'aux actes graves et inconciliables avec le service (injures, altercation d'ordre privé¹⁷⁵⁸, brutalités, vengeance, malversations, manquements inexcusables à des obligations d'ordre professionnel et déontologique¹⁷⁵⁹) qui traduisent des comportements individuels sans lien avec le service¹⁷⁶⁰. Cette hypothèse peut aussi concerner des prises d'initiatives hasardeuses, des erreurs ou des négligences qui témoignent d'une imprudence grave de la part de l'agent¹⁷⁶¹, et qui pourraient prendre la forme, dans le champ étudié, de la non-assistance à personne en danger (sous réserve que l'agent de contrôle ait connaissance du danger imminent et s'abstienne volontairement d'intervenir), ou de la violation d'un domicile privé en connaissance de cause, alors que l'agent n'est pas assermenté et ce, en particulier dans le secteur social et médico-social¹⁷⁶².

Ce type de faute personnelle pourrait également correspondre à la diffamation publique envers une personne identifiable dans un rapport d'inspection, par communication de ce rapport à un tiers demandeur. La faute personnelle de l'agent contrôleur serait constituée si l'agent a volontairement porté atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne identifiable dans

¹⁷⁵⁶ TC, 15 juin 2015, *Mme Barthélémy*, n° C4007 ; Cass. Civ., 6 janv. 2004, H. c/ B., *JCP A*, n° 15, 2004, p. 515.

¹⁷⁵⁷ TC, 14 déc. 1925, *Navarro*, Rec. 1007 ; CE, 21 avr. 1937, *Melle Quesnel*, Rec. 413 ; CE, 28 déc. 2001, *Valette*, n° 213931, Rec. 680.

¹⁷⁵⁸ CE, 23 juin 1954, *Veuve Litzler*, Rec. 376.

¹⁷⁵⁹ Cass. Crim., 14 juin 2005, *Gilles H., Erick L., Agent judiciaire du trésor*, n°04-83.574.

¹⁷⁶⁰ CE, 2 mars 2007, *Société Banque française commerciale de l'océan indien*, n° 283257, Rec. 703 ; *BJCP* 2007, p. 313, concl. Séners, à propos d'un maire ayant délivré de fausses attestations de travaux dans un but frauduleux).

¹⁷⁶¹ CE, 17 déc. 1999, *Moine*, n° 199598, Rec. 425 (à propos d'un militaire faisant procéder sans autorisation à des exercices de tirs à balles réelles) ; CE, 28 déc. 2001, *Valette*, n° 213931, Rec. 680 (à propos du refus de protection fonctionnelle de l'APHP à l'égard d'un praticien hospitalier à l'origine d'une faute personnelle détachable du service ; mais la cour de cassation a considéré qu'il s'agissait d'une faute non détachable, quelle que soit sa gravité : Cass. Crim., 30 nov. 2010, n° 10-80447).

¹⁷⁶² Art. L. 313-13-1 CASF.

le rapport, et a assuré seul la communication de ce dernier à un tiers à l'inspection, à l'insu de sa hiérarchie.

434. Le second type de faute personnelle que l'on peut rencontrer plus couramment dans le champ de notre étude, même si les jurisprudences y sont rares, appartient aux fautes pour lesquelles « *l'implication du service est plus indirecte, car liée à l'utilisation par l'agent de moyens ou de compétences acquis grâce aux fonctions, mais utilisés en d'autres circonstances* », selon la formule de Bertrand SEILLER¹⁷⁶³. La jurisprudence vise ici une faute personnelle « *non dépourvue de tout lien avec le service* »¹⁷⁶⁴, commise grâce aux moyens régulièrement mis à la disposition de l'agent par le service pour exercer les fonctions qui lui sont dévolues¹⁷⁶⁵. Il peut s'agir de faute intentionnelle de l'agent non dépourvue de tout lien avec le service et ayant pour conséquence un partage des responsabilités entre l'autorité et son agent¹⁷⁶⁶.

Ce peut être également une faute qui résulte d'une négligence, une imprudence ou une maladresse¹⁷⁶⁷. C'est le cas des situations où l'empressement l'emporte sur la mesure, comme dans le cas où un rapport d'inspection est transmis à plusieurs personnes destinataires qui n'ont pas toutes les mêmes droits d'accès aux informations qui y figurent. Une violation du secret professionnel (secret médical, secret du médicament) peut ainsi se matérialiser à l'occasion d'une transmission de dossier protégé lors de la procédure contradictoire auprès du directeur de l'établissement, ou dans le cadre de la communication d'un rapport d'inspection à un tiers, lorsque ces destinataires ne sont pas médecins. Il nous semble néanmoins que dans ce cas, cette imprudence, même si elle peut être qualifiée de faute pénale dans cet exemple, ne doit pas constituer une faute personnelle au niveau administratif¹⁷⁶⁸, mais une faute de service qui entraîne la compétence du juge administratif¹⁷⁶⁹.

435. Lorsque la faute personnelle de l'agent est retenue, la jurisprudence¹⁷⁷⁰ a rappelé que ce dernier ne peut plus bénéficier de la protection fonctionnelle que lui offre les textes et

¹⁷⁶³ SEILLER B., *Droit administratif*, 2. *L'action administrative*, Champs université, 7^e éd. 2018, p. 293.

¹⁷⁶⁴ CE, ass. 26 oct. 1973, *Sadoudi*, n° 81977, Rec. 603.

¹⁷⁶⁵ CE, 18 nov. 1949, *Mimeur, Besthelsemer, Defaux*, Rec. 492 ; D. 1950, jurispr. p. 667, note J.G. ; *JCP G* 1950, II, 5286, concl. Gazier ; *RD publ.* 1950, p. 183, note M. Waline ; *Rev. adm.* 1950, p. 38, note Liet-Veaux). – TC, 19 mai 2014, *Mme B. c/ Cne de Ventabren*, n° C3939, Lebon.

¹⁷⁶⁶ V. par exemple CAA Lyon, 6 janv. 2015, *M. et Mme E*, n° 13LY01122 à propos des agissements fautifs d'un contrôleur principal du Trésor public.

¹⁷⁶⁷ CE, ass. 26 oct. 1973, *Sadoudi*, n° 81977, Rec. 603; CE, 11 févr. 2015, *Garde des Sceaux*, n° 372359, Rec. 60.

¹⁷⁶⁸ TC, 14 janv. 1935, *Thépaz*, n° 00820, Rec. 1224.

¹⁷⁶⁹ TC, 21 juin 2004, *M. Quitman*, n° C 3389.

¹⁷⁷⁰ CE ass. 14 févr. 1975, *Teitgen*, n° 87730, Rec. p. 111.

notamment l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires¹⁷⁷¹. Cette protection fonctionnelle est accordée à l'agent lorsque les conditions sont remplies¹⁷⁷² et ce, sans attendre l'issue d'une éventuelle procédure pénale pour faute détachable du service. Aussi, pour l'exercice des fonctions d'inspection et de contrôle, l'agent n'a normalement pas à souscrire à une assurance privée, car il bénéficie de la protection fonctionnelle que lui offre l'État.

436. En cas de faute personnelle d'un agent contrôleur, la victime doit pouvoir obtenir réparation devant le juge judiciaire et l'agent contrôleur devra supporter sur sa fortune personnelle le montant de l'indemnisation. Toutefois, le risque d'insolvabilité de l'agent fautif a poussé la jurisprudence à considérer que la victime pouvait engager parallèlement deux actions, une contre l'agent, l'autre contre son administration plus solvable¹⁷⁷³. Ce dispositif amène la collectivité publique à garantir les administrés contre les fautes personnelles commises par ses agents, soit à l'occasion des fonctions pendant le service¹⁷⁷⁴, soit lorsque ces fautes sont commises en dehors du service, mais sont « non dépourvues de tout lien avec le service »¹⁷⁷⁵. C'est sans doute la raison pour laquelle certaines ARS obligent ceux de leurs agents qui participent à des missions d'inspection et de contrôle, à souscrire une assurance en leur nom personnel afin de se réserver la possibilité d'actions récursoires qui relèvent toujours de la juridiction administrative, s'agissant d'un problème interne à l'administration¹⁷⁷⁶.

B/ Le cas du partage de responsabilité entre plusieurs administrations de contrôle

437. Il peut arriver que plusieurs autorités administratives différentes collaborent dans le cadre d'un contrôle et concourent à l'acte dommageable en tant que coauteurs du même dommage, soit par leur action, soit le plus souvent par leur inaction. Il en va ainsi pour les inspections qui doivent être réalisées conjointement, en application de l'article L. 313-13 V CASF, dans les établissements médico-sociaux pour personnes âgées dépendantes, les foyers d'accueil médicalisés et les maisons d'accueil spécialisées pour personnes handicapées, par l'ARS sur les soins et le CD sur l'hébergement et la dépendance.

¹⁷⁷¹ Article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires modifié par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits des fonctionnaires.

¹⁷⁷² CE, 17 janv. 1996, *Mlle Lair*, n° 128950.

¹⁷⁷³ TC, 21 juin 2004, *M. Quitman*, AJDA 2004, p. 1836, prec.

¹⁷⁷⁴ CE, 26 juill. 1918, *Époux Lemmonier*, Rec. 761, concl. Blum ; GAJA, n°31.

¹⁷⁷⁵ CE, ass. 18 nov. 1949, *Delle Mimeur*, Rec. p. 492, prec.

¹⁷⁷⁶ TC, 26 mai 1954, *Moritz* ; 22 mars 1957, *Jeannier* ; 19 juin 1959, *Moritz*.

L'enchevêtrement des responsabilités administratives et les circonstances dans lesquels se déroulent l'intervention publique ont poussé la justice administrative à échafauder des réponses à cette « complexité de chaînes causales » en matière de responsabilité¹⁷⁷⁷.

En règle générale, le juge procède à une appréciation *in concreto* des faits pour déterminer, soit une responsabilité unique¹⁷⁷⁸, soit le partage de responsabilité à opérer entre les deux autorités publiques. Le partage s'effectue alors à due concurrence du rôle de chaque autorité dans la réalisation du dommage¹⁷⁷⁹. Cependant, cette solution ne se révèle pas à l'avantage de la victime obligée de démêler les ressorts des contributions respectives des autorités de contrôle, sous peine de voir son action déclarée irrecevable.

C'est pourquoi, la jurisprudence administrative a admis que, lorsque plusieurs personnes publiques collaborent étroitement à la même activité, la victime peut demander réparation intégrale du dommage à l'une ou l'autre, à charge pour celle qui a versé l'indemnisation d'exercer une action récursoire contre l'autre. Cette position prise par le Conseil d'État en 1962 dans l'affaire *Lastrajoli* et qui a inspiré la décision du Conseil d'État en 1993 dans l'affaire du sang contaminé, repose sur la solidarité des personnes publiques dans leur collaboration. Elle avait été adoptée en matière de vaccinations obligatoires, dont l'organisation relève à la fois de l'État et du département¹⁷⁸⁰. Cependant, elle demeure rare et réservée aux hypothèses où cette solidarité est organisée par la loi ou aux diverses solidarités qui résultent d'un concours d'autorités¹⁷⁸¹.

438. Nous n'avons pas trouvé de jurisprudence sur le partage de responsabilité entre deux autorités publiques de contrôles dans le champ étudié. Mais la question se pose de ce qu'il adviendrait d'un contrôle conjoint qui serait à l'origine d'un dommage, soit par action (en cas de faute d'imprudence ou de négligence de la part des services de contrôle), soit par abstention (en cas d'inertie des deux administrations qui ne contrôlent pas l'établissement).

Étant donné qu'il n'y a pas de texte spécifique à la solidarité en matière de contrôle conjoint dans notre exemple, il nous semble que le juge préférera opérer un partage de responsabilité

¹⁷⁷⁷ ROUSSEL F. et SENERS F., « Imputabilité et préjudice », in *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, février 2020.

¹⁷⁷⁸ CE, 19 févr. 2007, *M. Clément*, n° 274758, *AJDA* 2007 p. 455.

¹⁷⁷⁹ CE, 4 nov. 1929, *Breton*, Rec. 942 ; CE, sect., 11 mai 1951, *Dames Veuves Pierret, Pinal et autres*, Rec. 259 ; CE, sect., 29 juill. 1953, *Épx Glasner*, Rec. 427 ; v. également FORTAT N., *Autorité et responsabilité administrative*, p. 239, thèse de droit public de l'université de Tours soutenue le 29 mars 2011.

¹⁷⁸⁰ CE, 13 juill. 1962, *Min. Santé c/ Lastrajoli*, n° 54092, Rec. 507, *D.* 1962. J. p. 726 ; *AJDA* 1962. I. 580 et 553, chron. Galabert et Gentot (décision rendue en matière de vaccinations obligatoires antérieurement à la loi du 1^{er} juill. 1964 ayant institué une responsabilité sans faute de l'administration en la matière).

¹⁷⁸¹ BELRHALI H., *Les coauteurs en droit administratif*, LGDJ, 2003, p. 273 et s.

entre ARS et CD, excepté le cas du pouvoir de substitution du préfet en cas de carence du département qui est régi par ses propres règles, comme nous l'avons évoqué précédemment.

La jurisprudence a eu à se prononcer sur un autre cas plus complexe où elle a dû trancher entre deux responsabilités administratives possibles dans un contexte juridique délicat. La responsabilité de l'État était recherchée pour l'agression dont avait été victime une femme hébergée dans un centre d'hébergement et de réinsertion sociale, par son ancien compagnon qui avait réussi à s'y introduire. Or, ce centre ne possédait pas de personnalité morale propre, puisqu'il était géré directement par le département. Aussi, le Conseil d'État a-t-il rejeté la responsabilité de l'État et retenu celle du département au motif que « *la responsabilité d'une personne publique [l'État] qui ne gère pas le service mais contribue seulement à son financement ou en assure la tutelle ne pourrait être recherchée qu'à raison de fautes commises dans ses missions de financement et de tutelle* »¹⁷⁸².

En pratique, la responsabilité administrative en matière de contrôle peut être partagée entre plusieurs personnes publiques. Il nous faut donc maintenant aborder la question des exonérations ou des atténuations de responsabilité dans le champ du contrôle qui intéresse cette étude, en concentrons notre attention sur la notion de « fait du tiers » en matière de contrôle.

Sect. 2 - Le fait du tiers, une cause d'exonération ou d'atténuation de responsabilité à double visage pour les autorités de contrôles dans le champ étudié.

439. Il existe en droit public un principe général d'ordre public selon lequel une personne publique ne peut être condamnée à payer ce qu'elle ne doit pas¹⁷⁸³. Lorsque le juge administratif est saisi d'un recours mettant en jeu la responsabilité de l'administration, il peut être amené à rechercher si une des quatre causes d'exonération de responsabilité administrative est présente. En matière de contentieux relatif aux activités de contrôle de la puissance publique, nous évacuerons la faute de la victime, la force majeure et le cas fortuit, qui ne présentent pas d'intérêt particulier dans le cadre de notre recherche, pour nous concentrer sur le « fait du

¹⁷⁸² CE, 21 nov. 2008, *Min. de l'Intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales et Min. du Travail, des relations sociales et de la solidarité c/ Mme Marin*, n° 307300 et 308567, Rec. 918 ; *RDSS* 2009 p. 163, concl. A. Courreges, note A. Vinçoneau.

¹⁷⁸³ CE, 19 mars 1971, *Mergui*, n° 79962, Rec. 235, concl. Rougevin-Baville.

tiers ». Il s'avère en effet que cette cause d'exonération est très peu étudiée par la doctrine dans le cadre des contrôles en général et presque jamais dans celui qui nous intéresse, et que la jurisprudence n'est pas éloquente en la matière.

Cette jurisprudence nous montre que le fait du tiers n'exonère en tout ou partie une autorité administrative de sa responsabilité extracontractuelle que si celle-ci est fondée sur la faute¹⁷⁸⁴, y compris lorsqu'il s'agit d'une faute lourde¹⁷⁸⁵, mais jamais dans le cadre d'une responsabilité sans faute¹⁷⁸⁶. Dans le champ étudié, lorsque le juge administratif est saisi d'une demande en indemnisation à l'encontre de la puissance publique réputée fautive, il peut être amené à examiner si le fait d'un tiers n'a pas participé à la réalisation du dommage.

440. Comme l'ont rappelé Marc FORNACCIARI et Didier CHAUVAUX¹⁷⁸⁷, par tiers, il faut entendre « *toute personne, publique ou privée, quelle que soit sa qualité juridique, autre que le défendeur à l'instance en indemnité ou les personnes dont il est responsable* »¹⁷⁸⁸. Selon Didier TRUCHET, « *le tiers n'est donc ni la personne morale de droit public, ni son agent, ni la victime* »¹⁷⁸⁹. Dans sa recherche sur les coauteurs en droit administratif, Hafida BELRHALI précise que « *le tiers peut être une personne privée coauteur*¹⁷⁹⁰, avec une collectivité publique ou un établissement public, du même dommage. Mais le tiers coauteur peut également être une autre personne publique »¹⁷⁹¹, comme cela a été le cas dans l'arrêt *Hôpital psychiatrique de Saint-Egrève* qui a opéré un partage de responsabilité entre l'État et un établissement public hospitalier¹⁷⁹².

Aussi, nous allons voir que dans une procédure qui peut s'avérer complexe comme le contrôle, avec l'intervention de plusieurs acteurs aux intérêts parfois divergents, le fait du tiers peut s'entendre comme le fait du tiers contrôlé (§1), et, sous certaines conditions que nous allons dégager, comme le fait du tiers contrôleur (§2).

¹⁷⁸⁴ CE, 12 mai 1950, *Ville de Valence*, Rec. 878.

¹⁷⁸⁵ CE, ass. 30 nov. 2001, *Min. Écon. c/ Kechichian*, n° 219562, Rec. 587, *RFDA* 2002, p. 742.

¹⁷⁸⁶ CE, 5 déc. 1962, *Sté « Les gorges du Pont-du-diable »*.

¹⁷⁸⁷ Fornacciari M., Chauvaux D., « Exonérations ou atténuations de responsabilité », in *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, sept. 2019.

¹⁷⁸⁸ LATOURNERIE R., « De la faute et du risque à propos des dommages causés par les travaux publics », *RDP*, 1945, p. 176.

¹⁷⁸⁹ TRUCHET D., *Droit administratif*, op. cit., p. 402.

¹⁷⁹⁰ V. par exemple CE, 28 oct. 1977, *Commune de Flumet*, n° 19319, JCP 1980, note Y. Brard.

¹⁷⁹¹ BELRHALI H., *Les coauteurs en droit administratif*, op. cit., p. 276.

¹⁷⁹² CE, sect. 31 déc. 1976, *Hôpital psychiatrique de Saint-Egrève*, n° 97517, Rec. 584, *AJDA* 1977, p. 135.

§1 La faute du tiers contrôlé ou le rôle du critère de « collaboration étroite » entre contrôleur et contrôlé.

Un établissement ou un service contrôlé doit être considéré du point de vue de l'administration qui contrôle comme un « tiers au contrôle » parce qu'il n'est pas un contrôleur direct ou indirect et qu'il « subit » le contrôle. Si l'établissement a commis une faute à l'égard d'un usager victime, alors il peut en être tenu responsable. L'administration de contrôle, qui verrait sa propre responsabilité engagée par la victime, pourrait alors s'exonérer en partie en invoquant la faute de l'établissement.

Toutefois, cet effet exonératoire du fait du tiers a été remis en question par la notion de « collaboration étroite » entre contrôleur et contrôlé (A). Hors le cas de cette collaboration étroite, il nous faudra envisager les cas où la faute du contrôleur et faute du contrôlé donnent lieu à un partage des responsabilités (B).

A/ La remise en question de l'effet exonératoire du fait du tiers par la notion de « collaboration étroite » entre contrôleur et contrôlé

Le fait du tiers est une des causes exonératoires de responsabilité de la puissance publique en matière de responsabilité extracontractuelle fondée sur la faute (1). Cette cause d'exonération trouve néanmoins une limite lorsqu'il apparaît qu'une collaboration étroite entre le contrôleur et le contrôlé a été instaurée, comme cela a pu être retenu dans l'affaire du sang contaminé (2).

1/ Le fait du tiers en principe exonératoire dans la responsabilité pour faute

441. Dans le champ qui nous occupe, il est important de savoir si le contrôleur peut invoquer la faute du tiers contrôlé pour s'exonérer en tout ou partie de sa propre responsabilité administrative pour les dommages causés à des victimes en cas de défaut de contrôle ou de contrôle anormal.

En effet, le fait du tiers est immédiatement exonératoire depuis la décision de section du 11 mai 1951 *Dame Pierret* relative à la responsabilité partagée d'une commune et d'un passeur

« tiers », suite aux noyades en cours de naufrage d'un bac sur un fleuve¹⁷⁹³. En matière de contrôle, cela signifie que le contrôleur et le tiers contrôlé sont tenus vis-à-vis de la victime, chacun pour leur part respective de faute en tant que coauteurs du dommage. Cette situation de responsabilité partagée est notamment apparue dans des affaires de naufrages de navires qui ont révélé des problèmes de contrôle technique, aboutissant à une responsabilité partagée entre le constructeur et l'État, le premier pour les erreurs de conception, le second pour ne pas les avoir décelés lors des contrôles¹⁷⁹⁴.

442. En droit civil, au contraire, les parties sont tenus « *in solidum* » envers la victime. Cette solidarité signifie que chaque partie peut être condamnée envers elle à assurer l'entière réparation du préjudice, sachant que celle qui aura intégralement supporté la charge de la réparation dispose d'une action récursoire contre les autres auteurs du dommage. Le juge civil a toujours à l'esprit que la reconnaissance d'une responsabilité solidaire vise à mieux protéger les victimes en les garantissant contre le risque d'insolvabilité d'un tiers coauteur et leur éviter d'exercer autant de recours qu'il y a de responsables.

Dans le champ sanitaire et social, les affaires liées aux risques sériels sanitaires sont venues une fois encore éclairer la place de la responsabilité indemnitaire de l'État par rapport à celle du tiers contrôlé et montrer une évolution possible vers une responsabilité solidaire entre les parties qui retient généralement l'État en tant que coauteur désigné le plus solvable. En effet, nous allons nous rendre compte que la carence fautive de l'État dans son activité de contrôle de police sanitaire a permis à la jurisprudence d'avancer et d'osciller entre, d'un côté, une responsabilité partagée dans une optique d'équilibre des fautes entre contrôleur et contrôlé, de l'autre, une responsabilité *in solidum* dans une optique de protection des victimes.

2/ L'effet exonératoire du fait du tiers contrôlé remis en question en cas de « collaboration étroite » entre contrôleur et contrôlé : l'affaire du sang contaminé

443. Dans l'affaire du sang contaminé, la Cour administrative d'appel de Paris avait considéré en juin 1992 que le défaut de contrôle et de réglementation par l'État constituait une faute lourde « *compte tenu des difficultés inhérentes à l'exercice de ses attributions* », dont l'État pouvait s'exonérer en invoquant des fautes éventuellement commises par les centres de

¹⁷⁹³ CE, sect., 16 mai 1951, *Dames Veuves Pierret, Pintal et autres*, Rec. p. 259 ; D. 1951 p. 511, note F.M.

¹⁷⁹⁴ CAA Nantes, 4 nov. 1999, *Snekkar Arctic*, n° 97NT00921.

transfusion publics ou privés dans la prescription et la délivrance des produits sanguins contaminés, appliquant ainsi la règle selon laquelle le fait du tiers exonère le défendeur¹⁷⁹⁵.

Réunis en assemblée le 9 avril 1993, les sages du Conseil d'État n'ont pas suivi la position de la Cour d'appel. Ils ont non seulement retenu la responsabilité de l'État pour faute simple, mais le fait du tiers n'a pas été considéré comme une cause exonératoire, car ils ont considéré qu'il n'était pas possible de procéder à un tel partage de responsabilité, ce qui les a amenés à faire le choix de la responsabilité solidaire « *compte tenu de l'étroite collaboration et de la répartition des compétences instituées entre les services (de l'Etat) et les établissements de transfusion sanguine* »¹⁷⁹⁶. En effet, comme l'avait rappelé le commissaire du gouvernement, M. LEGAL, si l'État ne participe pas directement aux opérations mettant en œuvre des produits sanguins, il a « *la charge de les réglementer, d'en assurer le contrôle et de conserver une maîtrise sur la structure du réseau d'établissements qu'il autorise à s'en acquitter* ».

Cette collaboration étroite de l'État et des centres de transfusion sanguine a pu être retenue parce que, selon les sages du Palais royal, la constitution d'un service public de la transfusion sanguine ne faisait pas de doute au regard de l'importance de la mission confiée aux centres et de leur organisation sous le contrôle de l'État. L'absence de prérogatives de puissance publique confiée aux établissements de transfusion n'étant pas un critère d'exclusion de la reconnaissance d'une mission de service public à leur endroit, comme l'a d'ailleurs rappelé le commissaire du gouvernement LEGAL en référence à la décision rendue dans l'affaire *Bernardi* par le Tribunal des conflits en 1978¹⁷⁹⁷.

444. Rappelons que ce n'était pas la première fois que Conseil d'État faisait le choix d'une responsabilité administrative solidaire pour faute entre deux défendeurs puisque, comme l'ont fait remarquer Christine MAUGÜE et Laurent TOUVET, il avait déjà fait ce choix dans sa décision *Lastrajoli* de 1962 en matière de vaccination, dont l'organisation relevait à la fois de l'État et du département¹⁷⁹⁸. Dans l'affaire du sang contaminé, les deux maîtres des requêtes ont conclu que « *L'Assemblée a fait ainsi une nouvelle application de la jurisprudence selon laquelle, lorsqu'un dommage résulte de fautes imputables à des collectivités collaborant étroitement à*

¹⁷⁹⁵ CAA Paris 16 juin 1992, *Ministre des Affaires sociales et de l'Intégration c/ M. Y.*, n° 92PA00098, AJDA 1992 p. 678, note L. Richer.

¹⁷⁹⁶ CE, Ass. 9. avr. 1993, *D., B., G.* ; n° 138652, 138663, 138653, Rec. 110, prec.

¹⁷⁹⁷ TC, 6 nov. 1978, *Bernardi*, Rec. p. 652.

¹⁷⁹⁸ CE, Ass. 13 juillet 1962, *Ministre de la Santé c/ Sieur Lastrajoli*, op. cit., à propos du service public départemental des vaccinations obligatoires ; CE 24 mars 1978, *Laporta*, n° 999477, Rec. 159, pour un accident imputable au mauvais fonctionnement des services de transport scolaire ; CE 22 juin 1987, *Ville de Rennes*, n° 62559, Rec. 223, à propos de la mission de prévention des inondations.

l'exécution d'un même service public, les victimes peuvent agir, soit contre l'une de ces collectivités, soit contre toutes en demandant leur condamnation solidaire »¹⁷⁹⁹.

Plus récemment en 2010, le Conseil d'État a choisi à nouveau la responsabilité solidaire dans l'affaire *Madrangle*, où un homme avait été victime d'une erreur de diagnostic de la tuberculose commise par les services de médecine préventive de l'Université de Bordeaux, puis, trois ans plus tard, de la même erreur par le CHU de Bordeaux. Pour justifier la responsabilité solidaire de l'université et du CHU, la haute assemblée a considéré que « *lorsqu'un dommage trouve sa cause dans plusieurs fautes qui, commises par des personnes différentes ayant agi de façon indépendante, portaient chacune en elle normalement ce dommage au moment où elles se sont produites, la victime peut rechercher la réparation de son préjudice en demandant la condamnation de l'une de ces personnes ou de celles-ci conjointement, sans préjudice des actions récursoires que les coauteurs du dommage pourraient former entre eux* »¹⁸⁰⁰.

Dans cette affaire *Madrangle*, les juges ont ainsi « *étendu le champ de l'obligation in solidum en matière de responsabilité pour faute à une hypothèse où les activités et les fautes à l'origine du dommage sont nettement distinctes* », comme l'a souligné Hafida BELRHALI¹⁸⁰¹. En effet, les services de médecine préventive et ceux du CHU ne collaboraient pas et leurs fautes étaient indépendantes. Toutefois, comme l'a rappelé le Conseil d'État à propos des fautes respectives pour retenir la solidarité dans l'affaire *Madrangle*, « *elles portaient chacune en elle normalement ce dommage au moment où elles se sont produites* ». Nous pouvons ainsi entrevoir dans cette évolution jurisprudentielle favorable aux victimes une grande souplesse du juge qui permet de retenir la solidarité fondée sur l'idée de « collaboration étroite », qui n'exclut paradoxalement pas une indépendance des fautes entre autorité de tutelle et établissement.

Mais la jurisprudence n'entend pas faire application de la notion de collaboration étroite dans tous les cas où l'administration a failli dans son rôle de contrôle.

¹⁷⁹⁹ MAUGÜE C., TOUVET L., « Responsabilité de la puissance publique en matière hospitalière », *AJDA* 1993 p. 344.

¹⁸⁰⁰ CE, 2 juill. 2010, *Madranges*, n° 323890, Rec. 236, *AJDA* 2011, p. 116, note H. Belrhali-Bernard ; *Dr. adm.* 2010, comm. n° 135, note Melleray ; CE, 24 avr. 2012, *M. et Mme M.*, n° 342104, Rec. 174, *AJDA* 2012, p. 917.

¹⁸⁰¹ *Ibid* *AJDA* 2011, p. 116, note H. Belrhali-Bernard.

B/ Le retour de l'effet exonératoire du fait du tiers en l'absence de « collaboration étroite » : essai d'application au défaut de contrôle dans les établissements et services du champ étudié.

En l'absence du critère de « collaboration étroite », la jurisprudence revient à la notion de partage de faute entre contrôleur et contrôlé avec la possibilité d'une exonération justifiée par le « fait du tiers » (1). Il est ainsi possible de dégager des pistes sur le régime de la responsabilité administrative applicable pour défaut de contrôle dans les établissements et services du champ étudié (2).

1/ Le retour de l'effet exonératoire du fait du tiers contrôlé en cas d'absence de collaboration étroite avec le contrôleur : les affaires médiateur et amiante.

445. Si la responsabilité solidaire semble attachée à la collaboration étroite des acteurs dans le cadre d'une mission de service public comme la transfusion sanguine, l'absence de collaboration étroite a permis au juge administratif de revenir au principe de droit commun de responsabilité partagée entre contrôleur et contrôlé.

Ainsi, dans l'affaire du *Mediator*, la solution retenue a été différente de celle du sang contaminé. Le tribunal administratif de Paris en 2014¹⁸⁰², et la Cour administrative d'appel de Paris en 2015¹⁸⁰³, avaient retenu la responsabilité *in solidum* de l'État et du laboratoire *Servier* et condamné l'État pour le tout. Mais dans sa décision du 9 décembre 2016, le Conseil d'État a tranché différemment en reconnaissant l'effet exonératoire des agissements des laboratoires *Servier* pour retenir que l'État ne pouvait être condamné qu'à concurrence de sa part de responsabilité dans la réalisation du dommage¹⁸⁰⁴. La Cour de Cassation a retenu également en septembre 2017 la responsabilité civile des laboratoires¹⁸⁰⁵, et la Cour administrative d'appel de Paris statuant sur renvoi a estimé que la responsabilité de l'État devait être exonérée à 70%

¹⁸⁰² TA Paris, 3 juill. 2014, n° 1312345/6, AJDA 2014, p. 2490, note S. Brimo ; RFDA 2014, p. 1193, note J. Petit ; RDSS 2014, p. 926, note J. Peigné.

¹⁸⁰³ CAA Paris, 2 juill. 2015, n° 14PA04138 et CAA Paris, 31 juill. 2015, n° 14PA04146, 14PA04082 et 14PA04083, AJDA 2015, p. 1986, concl. F. Roussel ; JCP A, 2016, n° 2019, chron. C. Logeat. (Considérant que « la circonstance qu'une personne [...] de droit privé soumise au contrôle d'une autorité administrative aurait [...] commis une faute de nature à engager sa responsabilité civile ne saurait avoir pour effet d'exonérer la collectivité publique au nom de laquelle ce contrôle est exercé de l'obligation de réparer intégralement les préjudices »).

¹⁸⁰⁴ CE, 9 nov. 2016, *Mediator*, n° 393902, prec.

¹⁸⁰⁵ Civ. 1re, 20 sept. 2017, n° 16-19.643, D. 2017 p. 2279, avis J.-P. Sudre ; et p. 2284, note G. Viney.

en raison de la faute des laboratoires *Servier*¹⁸⁰⁶, et le TGI de Nanterre a jugé pareillement en février 2019 que la faute de l'État « *ne saurait avoir pour effet d'exclure ou de diminuer la responsabilité première des laboratoires Servier* »¹⁸⁰⁷.

Le Conseil d'État est ainsi revenu à la solution traditionnelle en matière de responsabilité pour faute¹⁸⁰⁸, conformément à la théorie de la causalité adéquate¹⁸⁰⁹, que les maîtres des requêtes au conseil d'État Mattias GUYOMAR et Pierre COLLIN avaient pu retenir lors du Procès PAPON en 2002, au motif que « *en cas de dommages causés par une conjonction de fautes, l'auteur de chacune d'entre elles n'est condamné à réparer que la part du préjudice qui est imputable à sa faute* »¹⁸¹⁰. Il faut convenir que dans l'affaire du *médiateur*, le contrôlé était une industrie pharmaceutique privée qui n'assure pas une mission de service public comme le fait un établissement de transfusion sanguine.

Le partage de responsabilité a également été recherché dans les décisions rendues sur les poussières d'amiante, à l'encontre de l'État, à raison de ses carences fautives dans la prévention des risques liés à l'exposition des travailleurs, et une tierce société employeuse des salariés victimes pour faute dans les conditions de stockage d'amiante. La CAA de Marseille en 2018 a considéré qu'en l'espèce « *le comportement fautif de la société de construction navale Normed est de nature à exonérer totalement l'Etat de sa responsabilité sur cette période* »¹⁸¹¹.

446. L'analyse des jurisprudences du *Médiateur* et de l'amiante révèlent de profondes différences avec le sang contaminé. Les juges de cassation ont d'abord écarté la responsabilité solidaire en rappelant que celle-ci suppose des « *fautes commises par des personnes publiques ou privées avec lesquelles il (L'État) collabore étroitement dans le cadre de la mise en œuvre d'un service public* », pour considérer ensuite qu'« *il n'en va pas de même lorsqu'il invoque la faute d'une personne privée qui est seulement soumise à son contrôle, ou à celui d'une autorité agissant en son nom* »¹⁸¹².

¹⁸⁰⁶ CAA Paris, 7 août 2017, n° 16PA00157, *AJDA* 2017 p. 2140, chron. J. Sorin.

¹⁸⁰⁷ TGI Nanterre, 14 févr. 2019, n° RG 13/04493.

¹⁸⁰⁸ CE, sect. 11 mai 1951, *Dames Veuves Pierret, Pintal et autres*, Rec. 259, prec.

¹⁸⁰⁹ Pour apprécier le fait générateur du dommage qui peut engager la responsabilité administrative, le juge administratif peut utiliser la méthode de l'équivalence des conditions (toutes les conditions ayant concouru à la réalisation du dommage sont prises en compte), celle de la causalité ultime (elle privilégie la dernière condition avant réalisation du dommage) ou celle de la causalité adéquate, privilégiée car elle permet de hiérarchiser les causes et donc d'identifier clairement le fait générateur du dommage.

¹⁸¹⁰ M. GUYOMAR M., COLLIN P., « Les décisions prises par un fonctionnaire du régime de Vichy engagent la responsabilité de l'État », chron. Sous CE, ass., 12 avr. 2002, Papon, n° 238689, *AJDA* 2002. p. 423.

¹⁸¹¹ CAA Marseille, 15 juin 2018, *M. B.A. c/ soc. Normed et Min. du travail*, n° 17MA03413 et suivants, inédit au recueil Lebon.

¹⁸¹² CE, 9 nov. 2016, *Mediator*, n° 393902, prec.

La lecture de la décision rendue par la Haute assemblée en 2016 dans l'affaire *Médiateur* est instructive à double titre. D'une part, les juges considèrent ici la personne privée susceptible d'être contrôlée en dehors de tout rattachement à une mission de service public. D'autre part, nous constatons que la faute du contrôlé a permis la faute du contrôleur et a ainsi justifié une responsabilité partagée et non solidaire.

La jurisprudence de la haute assemblée en 2016 sur le *Médiateur* est désormais adoptée par les juges du fond saisis par d'autres victimes¹⁸¹³. Elle permet de constater, comme Sara BRIMO, que « *dans le cas d'une activité de contrôle, le fait de faciliter l'engagement de la responsabilité du contrôleur public (en n'exigeant qu'une faute simple) comporte un risque de déresponsabilisation de contrôlé privé (Servier en l'occurrence), qui pourrait être tenté de reporter sur le premier, toujours solvable, le poids de la réparation des préjudices résultant de sa propre faute* »¹⁸¹⁴.

C'est pourquoi le refus de consacrer la responsabilité solidaire dans l'affaire *Médiateur* peut être entendu, selon nous, comme la volonté des juges de compenser le passage de la faute lourde à la faute simple en matière de contrôle de police sanitaire. Ce choix oblige les victimes à saisir successivement les deux ordres juridictionnels afin d'obtenir la totale réparation de leur préjudice et il n'est pas certain que le juge judiciaire suive le partage de responsabilité retenu par le juge administratif, ce qui peut alors amener à un « déni de justice lié à la dualité juridictionnelle »¹⁸¹⁵.

447. Au-delà du risque réel d'une procédure d'indemnisation qui s'enlise et qui constitue finalement un préjudice supplémentaire pour les victimes, le choix de la responsabilité partagée, en application du principe de la causalité adéquate opéré par le Conseil d'État, a le mérite de bien souligner la spécificité de la mission de contrôle. Cela montre que les agissements du contrôleur et ceux du contrôlé sont liés tout en étant dissociables, comme le formulait le rapporteur public Jean LESSI devant le Conseil d'État dans l'affaire du *Médiateur* en 2016, considérant que « *sans la faute du contrôlé, en règle générale, la faute du contrôleur n'aurait pas, à elle seule, produit le dommage [...]. Et on ne saurait renverser la hiérarchie des fautes en présence en faisant passer la faute du contrôleur avant, dans l'ordre des gravités, celle du contrôlé* »¹⁸¹⁶.

¹⁸¹³ CAA Paris, 4 août 2017, *Mme D. c/ Min. de la santé*, n° 16PA00157 et 16PA03634, inédit au recueil Lebon.

¹⁸¹⁴ BRIMO S., « Le Mediator devant le Conseil d'État : remèdes et effets secondaires », *op. cit.*, p. 426.

¹⁸¹⁵ BRIMO S., « Le Mediator devant le Conseil d'État : remèdes et effets secondaires », *op. cit.*, p. 426.

¹⁸¹⁶ Cité par S. BRIMO, dans l'article précité.

2/ La question du régime de la responsabilité administrative pour défaut de contrôle dans les établissements et services du champ étudié.

448. Comme nous l'avons étudié, les juges ont ainsi été saisis des questions d'imputabilité de faute et de responsabilité entre coauteurs dans des affaires qui concernent principalement les dommages sériels sanitaires. Mais le droit positif demeure quasiment muet sur un éventuel partage de responsabilités entre contrôlé et contrôleur qui pourrait naître des dysfonctionnements constatés au sein des établissements sanitaires, sociaux ou médicosociaux. Ceci est notamment vrai en matière de défaut de contrôle relatif à ce qu'on appelle les « violences institutionnelles » qui recouvrent aussi bien les faits entre usagers, qu'entre personnels et usagers. Dès lors, nous pouvons nous demander dans quelle mesure la transposition des jurisprudences sur les responsabilités solidaires ou partagées serait ici possible.

449. Constatons que la notion de « fait du tiers » suppose au moins deux coauteurs à l'origine du dommage. Lorsqu'un établissement se plaint d'une attitude défavorable d'une autorité de contrôle qui lui aurait causé préjudice à l'issue d'un contrôle anormal, le fait du tiers n'existe pas à priori, parce que l'autorité de contrôle est unique et devrait endosser seule la responsabilité de son action, sauf à plaider en retour la faute de l'établissement requérant qui se présente comme « victime »¹⁸¹⁷. Au contraire, dans le cas où ce sont des usagers qui vont imputer à la puissance publique des négligences dans le contrôle d'un établissement dont les agissements leur ont été dommageables, le fait du tiers trouve sa raison d'être en ce que le contrôleur comme le contrôlé peuvent se défendre en arguant du fait du tiers l'un à l'égard de l'autre.

Cette distinction est importante car, même s'il faut considérer que dans tous les cas, c'est la responsabilité du contrôleur qui peut être mise en cause, que la surveillance par le contrôleur ait péché par « excès » ou par « défaut », c'est le défaut de contrôle, notamment en matière de police, qui guide notre réflexion dans un contexte où il est reproché aux autorités de contrôle de ne pas assez contrôler, notamment les établissements pour personnes âgées ou handicapées.

¹⁸¹⁷ L'imprudence fautive de la victime peut exonérer l'administration de sa propre responsabilité, lorsque la victime a négligé une mise en garde explicite (CE, 16 janv. 1953, *Sté rurale d'énergie électrique des Ardennes*, Rec. 25), lorsqu'elle a adopté un comportement risqué (CE 3 mars 1971, *Dame Portal*, Rec. 182 ; CE 29 févr. 1980, *Cne de Saint-Jean-Pied-de-Port*, Rec. 120), ou lorsqu'elle a seulement manqué à l'obligation de prudence, voire de discernement, qui lui incombe aux yeux du juge (CE, sect., 13 nov. 1936, *Sieur Olive*, Rec. 989 ; CE 11 mai 1977, *Beauvieux*, Rec. 213 ; CE 23 juill. 2003, *Calon* et autres, n° 203549, Rec. 340 ; *RFDA* 2003 p. 1035 ; *AJDA* 2003 p. 2329, concl. I. de Silva).

Si nous nous plaçons sur le terrain de la police, la question de l'intensité de la faute de l'administration de contrôle va, selon le droit positif, vers la recherche d'une faute simple de l'administration. Une fois, cette étape franchie, le juge devra se pencher sur le critère du degré de participation de l'administration de contrôle à l'activité de l'établissement contrôlé (mission de service public), en recherchant l'éventuelle « collaboration étroite » appliquée dans la jurisprudence du sang contaminé en 1993.

450. Mais à considérer que ces établissements, lorsqu'ils ont une personnalité morale propre, exercent une activité relevant d'une mission de service public, quel que soit leur statut public ou privé, est-ce que cela signifie que l'État ou le département possèdent à leur égard des pouvoirs étendus d'organisation, de contrôle et de réglementation susceptibles d'engager leur responsabilité solidaire en cas de défaut de contrôle ?

Il nous semble que la solidarité en responsabilité administrative doit rester une exception attachée à la notion de « collaboration étroite » développée depuis 1962 dans la décision *Lastrajoli* et reprise en 1993 avec l'affaire du sang contaminé. Les principes de réglementation et de contrôle étroits de l'État sur les établissements de transfusion sanguine ne sont pas transposables à toutes les activités qui relèvent des établissements sanitaires ou sociaux et médicosociaux. Le principe devrait être selon nous celui de la responsabilité partagée en cas de fautes commises par l'établissement et le contrôleur, puisqu'il n'y a souvent pas de faute du contrôleur sans faute du contrôlé.

451. Aussi, peut-on rencontrer les situations suivantes :

Dans un établissement public sanitaire, social ou médicosocial sous contrôle de l'État ou du département, on peut assister à un partage de responsabilités autour de la faute d'un agent de l'établissement public, comme cela a été le cas pour un directeur éducatif qui était accusé d'avoir donné des coups à un enfant au sein d'un institut médico-professionnel attaché à un hôpital public¹⁸¹⁸. Le juge administratif va connaître de la faute de service de l'établissement pour défaut de surveillance interne, et éventuellement de la faute de l'administration de tutelle pour défaut de contrôle, le fait du tiers pouvant être soulevé entre les deux personnes publiques. Le juge judiciaire aura lui à répondre de la faute individuelle de l'agent.

¹⁸¹⁸ TC 13 février 1984, *Bousmaha Djeloul et Bousmaha Bencharkit*, n° 02320, Lebon, *RFDA* 1985. 391, concl. R. Abraham.

Dans un établissement privé, le juge compétent pour les mêmes faits du directeur éducatif sera le juge judiciaire, sauf pour l'administration de contrôle qui aura à connaître de sa responsabilité pour défaut de contrôle devant le juge administratif.

Enfin, si comme dans l'affaire du *Médiateur*, la personne contrôlée est une personne morale de droit privé non pourvue d'une mission de service public, cela renforce, selon nous, le faisceau d'indices de la responsabilité partagée entre contrôleur et contrôlé, comme en a convenu le Conseil d'État dans sa décision de 2016 sur le *Médiateur*.

Ainsi, les jurisprudences du sang contaminé et du *Médiateur* interrogent la place donnée à la faute du contrôlé dans la reconnaissance de responsabilité de la collectivité publique chargée du contrôle.

Nous allons voir qu'à côté de la faute du contrôlé, se pose la question de la faute de ce que nous appellerons le « tiers contrôleur ».

§2 la question de la responsabilité du « tiers contrôleur »: contrôleur externe ou collaborateur de service public ?

452. Les organismes parapublics ou privés participant à une mission d'intérêt général ont fait l'objet d'un développement exponentiel depuis plus de cinquante ans, y compris dans le champ de l'inspection et du contrôle. La nature juridique de leurs actes et le régime de la responsabilité qui en découle ont donné lieu à une jurisprudence fournie, et à des études doctrinales¹⁸¹⁹ et des thèses¹⁸²⁰ qui rendent compte de la complexité de la casuistique du Conseil d'État et du Tribunal des conflits pour qualifier leur activité et leur responsabilité. Nombreux sont les organismes de droit privé à participer à la procédure de contrôle sous couvert de « démarche qualité » qui peuvent se voir appliquer les critères jurisprudentiels tirés des jurisprudences administratives *Narcy*¹⁸²¹ et *Aprei*¹⁸²² pour déterminer s'ils assurent la gestion d'un service public et sont dotés de prérogatives de puissance publique.

¹⁸¹⁹ Colloque Institute for international Research, « De l'évaluation à l'accréditation », Paris, 28 janv. et 6 oct. 1998, *Gaz. Pal.* 1998, n° 296-297, n° spéc. : « Droit de la Santé », p. 15-21.

¹⁸²⁰ SIFFERT A., *Libéralisme et service public*, nov. 2015, Université du Havre ; VANNIER L., *L'externalisation en matière administrative : Essai sur la transposition d'un concept*, Thèse, déc. 2016, Université de Grenoble.

¹⁸²¹ CE, Sect., 28 juin 1963, *Narcy*, n° 43834, Rec. 401.

¹⁸²² CE, sect 22 févr. 2007, *Ass. du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, n° 264541, Rec. 92, *JCP A* 2007, n° 10-11, 2066, concl. Vérot, Rouault, *JCP A* 2007, n° 23, 2145, note Guglielmi et Koubi ; *RDSS* mai-juin 2007, p. 26, note Koubi et Guglielmi.

453. Dans le champ sanitaire et social, ces organismes chargés de contrôle pour le compte de personnes publiques, que nous appellerons les « tiers contrôleurs », n'ont pas échappé à ce développement, mais ceux dont l'activité porte sur les établissements et services sanitaires, sociaux et médico-sociaux n'ont curieusement pas fait l'objet d'une étude approfondie. Si nous procédons par analogie avec d'autres secteurs d'activités, nous pouvons remarquer que le tiers contrôleur se révèle généralement sous les traits d'une personne morale de droit privé (association ou d'un cabinet de droit privé) à qui l'autorité administrative a confié un rôle qui peut aller du simple avis consultatif pour le compte de cette autorité, jusqu'au rôle d'accréditation à part entière d'une activité à la place de l'autorité.

Dans le champ de notre étude, nous allons principalement regarder dans quelle mesure les organismes intervenant pour le compte de la HAS, que ce soit dans le cadre de la certification, de l'accréditation ou de l'évaluation, peuvent engager leur responsabilité propre ou la responsabilité de l'autorité administrative qui les coiffe.

L'examen du rôle du « tiers contrôleur » dans l'engagement de responsabilité de l'autorité administrative montre l'existence d'un véritable nuancier de situations, en fonction des pouvoirs confiés à ces organismes, le critère matériel prenant souvent le pas sur le critère organique.

Notre recherche nous amène à distinguer deux situations. D'une part, le maintien d'une responsabilité de l'autorité administrative en l'absence de délégation de service public (A), d'autre part, la reconnaissance d'une externalisation de la responsabilité par cette autorité administrative en cas de délégation de service public (B).

A/ Le maintien d'une responsabilité de l'autorité administrative en l'absence de délégation de service public au tiers contrôleur

La HAS concentre désormais plusieurs compétences qui relèvent de démarches qualité et qui se révèlent être de plus en plus intriquées, comme nous l'avons vu, avec le droit des autorisations et la police administrative. Nous allons regarder au travers de trois démarches différentes comment la responsabilité de la HAS peut être ou non mise en jeu par les tiers contrôleurs qui interviennent dans ces démarches.

Ces démarches concernent d'abord le rôle des experts visiteurs dans la démarche de certification des établissements de santé (1). Ensuite celui des organismes agréés par la HAS dans le cadre de l'accréditation des disciplines médicales à risque (2). Enfin, celui des organismes habilités dans le cadre de l'évaluation externe des établissements et services sociaux et médico-sociaux (3).

1/ Le rôle des experts visiteurs de la HAS dans la certification des établissements de santé.

454. Afin de procéder aux visites de certification des établissements de santé, la HAS signe avec des professionnels de santé un « contrat de mission » d'une durée de 3 ans, ou une « convention de coopération » avec leur établissement d'exercice lorsque ces professionnels ont une activité salariée supérieure à 50% de leur temps professionnel¹⁸²³.

L'engagement contractuel des experts visiteurs vis-à-vis de la HAS a pour conséquence qu'ils agissent « au nom » de celle-ci en tant qu'autorité publique indépendante, lorsqu'ils lui proposent leur rapport de certification. C'est donc à la HAS que revient la décision finale de valider ou non les propositions des experts visiteurs et d'endosser l'éventuelle responsabilité civile de sa décision à l'égard de l'établissement de santé¹⁸²⁴. L'utilisation, à l'alinéa 2 de l'article L. 1414-4 CSP, de l'expression de « *personnes collaborant, même occasionnellement, aux travaux de la HAS* » nous renvoie à la jurisprudence classique des collaborateurs du service public.

455. Les experts visiteurs engagent ainsi la responsabilité civile de la HAS devant le juge administratif dans l'exercice de leur mission de certification, lorsque leur faute n'est pas personnelle, comme l'a rappelé la jurisprudence classique relative aux collaborateurs des services départementaux d'incendie et de secours¹⁸²⁵. En revanche, si la faute de l'expert collaborateur ayant engendré le dommage, présente le caractère d'une faute personnelle¹⁸²⁶, également qualifiée de « faute détachable des fonctions de collaborateur du service public »¹⁸²⁷,

¹⁸²³ Guide méthodologique à destination des établissements de santé, HAS Certification V2014 p. 74.

¹⁸²⁴ Art. 12 de la procédure de certification de 2019 (V.2014).

¹⁸²⁵ CE, sect., 22 mars 1957, *Cie d'assurances l'Urbaine et la Seine*, Rec. 200 ; *AJDA* 1957. II. 185.

¹⁸²⁶ Civ. 1re, 6 févr. 1950, Bull. civ. I, n° 32.

¹⁸²⁷ Cass. Crim. 2 déc. 2003, n° 02-85.254, Bull. crim. n° 226.

alors, c'est le juge civil qui doit connaître de la responsabilité civile de l'expert collaborateur¹⁸²⁸.

Selon nos recherches, les juges administratifs et judiciaires n'ont pas encore eu à connaître de faute des experts visiteurs dans l'exercice de leur mission de certification, sans doute parce que l'objectif de la certification n'était pas, jusqu'à maintenant, dirimant en droit, mais relevait de la simple labélisation. Le recrutement des experts visiteurs vise explicitement l'indépendance et l'impartialité de ces collaborateurs occasionnels à l'égard de l'établissement de santé, comme le rappelle l'article R. 161-85 CSS. Si ces qualités devaient être contestées dans le cadre d'un recours en responsabilité exercé par un établissement de santé contre la HAS, celle-ci ne pourrait pas invoquer le fait du tiers de l'expert visiteur sous contrat avec elle, sauf à évoquer la faute détachable du service de ce collaborateur.

2/ Les organismes agréés par la HAS dans le cadre de l'accréditation des disciplines médicales à risque

456. Dans le cadre de l'accréditation que délivre la HAS aux médecins volontaires qui exercent une discipline médicale à risque¹⁸²⁹, la base de la collaboration entre HAS et organismes participant à l'accréditation n'est pas contractuelle. Elle procède d'une habilitation individuelle particulière. En application de l'article D. 4135-5 et suivants du CSP, la HAS doit préalablement agréer les organismes d'accréditation, en publier la liste sur son site, et contrôler qu'ils respectent leurs obligations, sous peine de suspension ou de retrait de leur agrément¹⁸³⁰.

Il faut là aussi poser la question de l'engagement de responsabilité de la HAS dans le cadre d'éventuelles fautes d'action ou inaction commises par ces associations médicales agréées, dans le cadre de la procédure d'accréditation des médecins.

457. En toute logique, il apparaît que c'est la HAS qui devrait engager sa responsabilité devant le juge administratif pour les dommages subis par des médecins lors de la procédure d'accréditation et ce pour deux raisons. En premier lieu, l'organisme agréé ne fait que délivrer

¹⁸²⁸La Cour de cassation a jugé que l'action en responsabilité contre un expert, y compris commis devant le juge administratif, doit être recherchée devant le juge civil, car les éventuels dommages qu'il peut causer à des tiers ne peuvent engager que sa responsabilité propre et non celle de l'État (Civ. 1re, 19 mars 2002, req. n° 00-11.907, Bull. civ. I, no 102).

¹⁸²⁹ Art. L. 1414-3-3, 1° CSP, L. 4135-1 CSP, L. 161-37 3° CSS.

¹⁸³⁰ Art. D. 4135-6 CSP.

un avis motivé à la HAS, à charge pour celle-ci de prendre la décision de délivrance d'un certificat d'accréditation sur proposition de l'organisme agréé¹⁸³¹. En second lieu, la HAS pourrait se voir opposer le défaut de surveillance de l'organisme agréé si le requérant estime qu'elle n'a pas suffisamment contrôlé l'organisme d'accréditation. Ce défaut de surveillance doit s'appliquer, même si le pouvoir d'accréditation ne semble pas relever d'une mission de service public qui impose selon la jurisprudence un contrôle de l'autorité délégante sur le délégataire¹⁸³².

Par conséquent, le fait du « tiers contrôleur » ne devrait pas, selon nous, être invocable par la HAS pour se désengager de sa propre responsabilité en matière d'accréditation de professionnels de santé intervenant sur les disciplines dites « à risque ».

3/ Les organismes habilités par la HAS dans l'évaluation externe des établissements et services sociaux et médico-sociaux

458. Les organismes qui doivent réaliser des évaluations externes des ESSMS pour le compte de la HAS se rapprochent des organismes agréés par elle dans le cadre de la procédure d'accréditation des disciplines médicales. Ils sont « habilités » par la HAS¹⁸³³, qui assure le contrôle de leur activité¹⁸³⁴ et qui peut suspendre ou retirer leur habilitation en cas de non-respect du cahier des charges de l'évaluation¹⁸³⁵. Cependant, cette procédure s'éloigne de celle de l'accréditation des médecins ou de celle propre à la certification des établissements de santé. En effet, dans la procédure d'évaluation, ce n'est pas la HAS qui détient le pouvoir de décision finale. La procédure d'évaluation externe des établissements et services sociaux et médico-sociaux érige la HAS en contrôleur de la qualité des prestations fournées par l'organisme habilité, mais pas en autorité décisionnaire.

A l'issue de la procédure, ce sont les autorités administratives chargées du renouvellement de l'autorisation (DGARS, Préfet de département, PCD) qui sont rendues destinataires par l'établissement du rapport d'évaluation externe élaboré par l'organisme habilité. Ces autorités compétentes sont relativement liées aux conclusions du rapport d'évaluation externe, car l'article L. 313-5 CASF prévoit une reconduction tacite de l'autorisation « *sauf si, au moins un*

¹⁸³¹ Art. D. 4135-7 CSP.

¹⁸³² CE, sect. 2 févr. 1979, *Min. de l'Agriculture c/ Gauthier*, Rec. 39 ; D, 1980, p. 6, note Rouault ; *AJDA*, 1979, n° 11, p. 48, concl. Dondoux ; *JCP*, 1980, II, 19378, note Simon ; *GP*, 1980, I, 282, note Plouvin, *a contrario* ; CE, 23 sept. 1987, *Ouaras*, Rec. 290 ; D. 1988 ; *SC*, 375, note Moderne et Bon.

¹⁸³³ Art. D. 312-199 CASF

¹⁸³⁴ Art. D. 312-197 CASF.

¹⁸³⁵ Art. D. 312-202 CASF.

an avant la date du renouvellement, l'autorité compétente, au vu de l'évaluation externe, enjoint à l'établissement ou au service de présenter dans un délai de six mois une demande de renouvellement ».

Dans cette triangulaire entre la HAS, l'organisme habilité par elle, et l'autorité administrative à qui revient le pouvoir de décider ou non du renouvellement de l'autorisation, on peut se demander qui serait tenu responsable du dommage causé à un établissement par la faute de l'organisme habilité dans l'exercice de sa mission d'évaluation. Selon nous, les conditions posées par les jurisprudences *Narcy* en 1963 et *Apréi* en 2007 pour lesquelles un organisme privé s'est vu reconnaître la charge d'une mission de service public avec des éventuelles prérogatives de puissance publique ne sont pas réunies dans la procédure d'évaluation externe. L'organisme qui réalise une évaluation tous les 7 ans ne génère pas lui-même une activité d'intérêt général et n'a pas de prérogatives de puissance publique à proprement parler.

459. En revanche, la responsabilité de l'autorité compétente pour délivrer l'autorisation pourrait être retenue devant le juge administratif, si le refus de renouvellement devait être motivé sur le seul fondement d'un rapport d'évaluation externe fautif à l'origine d'un préjudice pour l'établissement, à charge pour cette autorité d'exercer une action récursoire contre l'organisme habilité sur la base d'une faute. La même autorité administrative pourrait selon nous éventuellement exercer une action récursoire contre la HAS devant le juge administratif pour défaut de contrôle des organismes habilités, puisque ce contrôle a légalement été mis à la charge de la HAS.

Il nous semble difficile de concevoir que la HAS, qui verrait sa responsabilité administrative propre engagée par une autorité d'autorisation, puisse soulever pour sa défense le fait du tiers contrôleur à l'encontre d'un organisme habilité, dont elle est chargée d'assurer le contrôle, sauf à placer le conflit sur le terrain d'une faute de l'organisme sans rapport avec la mission confiée.

En l'absence de délégation de service public, la responsabilité administrative de l'autorité de contrôle (ARS, préfet, CD) est ainsi maintenue. Il en va autrement en présence d'une délégation de service public à un tiers contrôleur privé, mais cette délégation s'avère en réalité un trompe l'œil comme nous allons l'illustrer.

B/ Une externalisation de la responsabilité en trompe l'œil en matière de contrôle en cas de délégation de service public à un organisme privé par l'autorité administrative

460. Il existe des situations pour lesquelles l'autorité administrative n'ayant pas les compétences techniques pour exercer des contrôles, elle délègue ceux-ci à des organismes privés notamment dans le secteur de la santé. Il ne s'agit pas d'une concession de service public au sens de l'article L. 1121-3 du CSP qui suppose un contrat et une rémunération, mais une habilitation par une autorité administrative et prévue par les textes législatifs ou réglementaires. Cette habilitation peut être qualifiée de « délégation de service public », dans la lignée de la jurisprudence « *Caisse primaire et protection* » de 1938, qui a considéré qu'une caisse de sécurité sociale, personne de droit privé, gère un service public administratif par habilitation légale ou réglementaire¹⁸³⁶.

Les cas de privatisation de la gestion du service public se sont ainsi multipliés dans des domaines aussi variés que celui de l'organisation des professions avec les ordres professionnels¹⁸³⁷, ou celui de l'organisation des sports avec les fédérations sportives¹⁸³⁸, pour ne citer que ceux-là¹⁸³⁹. La jurisprudence a également eu à connaître de la participation d'organismes privés au service public dans le domaine du contrôle et des normes de sécurité. Cela a été le cas pour le *bureau Véritas* en matière de sécurité aérienne¹⁸⁴⁰, l'*Association française de normalisation* (AFNOR) pour certaines de ses normes homologuées¹⁸⁴¹, ou encore des organismes certificateurs de produits immobiliers¹⁸⁴² ou alimentaires¹⁸⁴³.

Nous analyserons deux organismes qui entrent dans le champ de notre étude pour voir si la responsabilité de l'État peut être engagée du fait des fautes qu'ils commettent. Il s'agit d'une

¹⁸³⁶ CE, A, 13 mai 1938, *Caisse primaire « Aide et Protection »*, Rec. 417 ; D, 1939, 3, p. 65, concl. Latournerie, note Pépy ; RDP, 1938, p. 830, concl. Latournerie ; GAJA, n° 48, p. 294.

¹⁸³⁷ CE, ass. 2 avr. 1943, *Bouguen*, prec.

¹⁸³⁸ CE, 11 mai 1984, *Pebeyre*, Rec. 576 ; AJDA, 1984, p. 559 et 531, chr. Schoettl et S. Hubac (Fédération française de rugby).

¹⁸³⁹ Pour une liste non exhaustive des organismes de droit privé chargés d'une mission de service public, v. LACHAUME J. F., *Droit administratif*, 17e éd. 2017, p. 254 s, Puf Thémis droit.

¹⁸⁴⁰ CE, 23 mars 1983, *SA Bureau Véritas*, n° 33803, Rec. 133 ; CJEG 1983, p. 313, note G. Dupiellat ; D. 1984, inf. rap. 1984, p. 345, note F. Moderne et P. Bon.

¹⁸⁴¹ CE, 17 févr. 1992, *Sté Textron*, n° 73230, Rec. 66 ; AJDA 1992, p. 450 C. Devès ; D. 1992, p. 159, note A. Penneau ; JCP G 1992, II, 21961, note P. Icard ; Rev. Adm. 1992, p. 523, note M.-J. Redor et E. Fatôme ; CE, 8 mars 2002, *Sarl Plettac Echafaudages*, n° 210043, Rec 656.

¹⁸⁴² CE, 24 mars 1999, *Assoc. pour la gestion du patrimoine immobilier*, n° 189478, Rec. p. 703.

¹⁸⁴³ CE, 20 oct. 2014, *Assoc. « Œuvres d'assistance aux bêtes d'abattoirs »*, n° 365447.

part des LBM accrédités par le COFRAC (1), et, d'autre part, des organismes habilités par l'ANSM en matières de produits de santé (2).

1/ L'accréditation des laboratoires de biologie médicale par le Cofrac : l'externalisation la plus poussée, sous contrôle de l'État.

461. Nous avons déjà vu que l'accréditation des LBM, notamment hospitaliers, est délivrée, à leur demande, par COFRAC qui a été habilité par la loi pour exercer cette mission. Sans cette accréditation, le laboratoire ne peut pas réaliser d'examen¹⁸⁴⁴. Le COFRAC peut suspendre ou retirer l'accréditation du laboratoire, pour une partie ou pour la totalité de son activité, lorsque le laboratoire ne satisfait plus aux critères prévue par la loi¹⁸⁴⁵. Cette externalisation du contrôle est donc la plus poussée qui existe, car le COFRAC exerce directement son pouvoir à l'égard du laboratoire sans passer par une autorité administrative. Il doit juste répondre d'une obligation de transmettre « sans délai » les décisions d'accréditation, de suspension ou de retrait d'accréditation à la HAS, à l'ANSM, à l'ABM et à l'ARS¹⁸⁴⁶.

Cette externalisation du contrôle des laboratoires et de la décision de suspension ou de retrait d'une accréditation pose la question de l'engagement de la responsabilité de l'État dans cette procédure. Pour répondre à cette question, il est nécessaire de revenir sur la construction jurisprudentielle relative aux organismes privés chargés d'une mission de service public.

Les organismes privés, même chargés de la gestion d'un service public administratif, continuent à être soumis par principe à un régime de droit privé et se voient appliquer les règles de droit privé par application du critère organique, pour ceux de leurs actes qui constituent des actes de droit privés¹⁸⁴⁷. La responsabilité de l'organisme privé est engagée devant le juge judiciaire en raison du lien de droit privé entre l'organisme et les tiers privés¹⁸⁴⁸.

¹⁸⁴⁴ Art. L. 6221-1 CSP.

¹⁸⁴⁵ Art. L. 6221-2 III CSP.

¹⁸⁴⁶ Art. L. 6221-6 CSP.

¹⁸⁴⁷ CE, 23 juin 1965, *SETA*, *RD publ.* 1966 p. 343 ; CE 19 déc. 1988, *Mme Pascau*, *AJDA* 1989 p. 271, note Moreau.

¹⁸⁴⁸ CE, sect., 19 déc. 1969, *Établissements Delannoy*, n° 74793, Rec. 596 ; *RD publ.* 1970 p. 787, concl. S. Grévisse, 1220, note M. Waline ; CE, sect. 13 oct. 1978, *ADASEA du Rhône*, n° 03335, Rec. 368, *D.* 1979, p. 249, note P. Amselek et J. Waline ; *AJDA*, 1979, n° 1, p. 22, chr. Dutheillet de Lamothe et Rabineau ; *D.* 1978, IR, 481, obs. Dévolvé ; CE, sect., 21 déc. 2007, *Mme Lipietz*, n° 305966, Rec. 540 ; *RFDA* 2008. 80. Concl. E. Prada-Bordenave ; *Dr. Adm.* 2008. Comm. 3, note F. Melleray.

462. Par exception, le critère matériel devient prééminent lorsque la personne privée est dotée de prérogatives de puissance publique. Ainsi, dans les années soixante, le Conseil d'État a reconnu que les actes unilatéraux des personnes privées deviennent des actes administratifs lorsqu'ils manifestent l'exercice de prérogatives de puissance publique et interviennent dans l'exercice de mission de service public qui leur est confiée, que ces actes soient réglementaires¹⁸⁴⁹ ou unilatéraux, ainsi que l'a considéré le Conseil d'État dans son arrêt de 1961 *Magnier*¹⁸⁵⁰. La loi DCRA du 12 avril 2000 a d'ailleurs rappelé que les organismes de droit privé chargés d'une mission de service public administratif sont classés comme « Administration »¹⁸⁵¹.

Par application de cette jurisprudence, le Conseil d'État saisi d'une demande relative à l'accréditation d'un LBM a, dans un arrêt du 23 décembre 2010, considéré que le COFRAC est un organisme privé chargé de l'exécution d'une mission de service public administratif sous le contrôle de l'État et détient des prérogatives de puissance publique (d'attestation de la capacité des LBM à réaliser des examens dans de bonnes conditions, pour l'exécution de laquelle il a été habilité à délivrer, suspension ou retrait de l'accréditation conditionnant la possibilité, pour un LBM, d'exercer son activité)¹⁸⁵². La décision de suspension ou de retrait d'accréditation est donc considérée comme une décision administrative susceptible de faire grief et relève du juge administratif. Pour qualifier l'activité du COFRAC, le Conseil d'État a utilisé la technique du faisceau d'indices tiré de la jurisprudence *Apréi* de 2007¹⁸⁵³.

463. Si un recours en indemnisation devait être exercé par un laboratoire contre le COFRAC dans le cadre de son activité d'accréditation, il devrait alors être porté devant le juge administratif. La haute assemblée a en effet étendu au contentieux indemnitaire les solutions appliquées en contentieux de la légalité pour les actes unilatéraux pris par les personnes privées

¹⁸⁴⁹ TC 15 janv. 1968, *Époux Barbier c/ Cie Air France*, GAJA n° 78.

¹⁸⁵⁰ CE, sect. 13 janv. 1961, *Magnier*, n° 43548, Rec. 32 ; *RD publ.* 1961 p. 155, concl. Fournier ; CE 30 mars 1962, *Association nationale de la Meunerie*, D. 1962 p. 630, concl. Bernard.

¹⁸⁵¹ Art. 1 de la Loi DCRA du 12 avril 2000 codifié à l'article L. 100-3 CRPA.

¹⁸⁵² CE, 23 déc. 2010, *Conseil nat. De l'ordre des médecins et Synd. Nat. des médecins biologistes*, n° 337396, Rec. 988.

¹⁸⁵³ CE, sect 22 févr. 2007, *Ass. du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, n° 264541, JCP A 2007, n° 10-11, 2066, concl. Vérot, Rouault, JCP A 2007, n° 23, 2145, note Guglielmi et Koubi ; RDSS mai-juin 2007, p. 26, note Koubi et Guglielmi. « *Indépendamment des cas dans lesquels le législateur a lui-même entendu reconnaître ou, à l'inverse, exclure l'existence d'un service public, une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'administration et qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est chargée de l'exécution d'un service public. Même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission* ».

dans les conditions précédemment évoquées. La personne privée qui exerce une mission de service public, engage ainsi sa responsabilité devant le juge administratif lorsque le dommage a été « *causé par l'accomplissement de la mission de service public délégué* » et « *qu'il résulte de l'exercice d'une prérogative de puissance publique* » à l'origine d'un préjudice invoqué par un usager¹⁸⁵⁴.

C'est d'ailleurs la solution prise en matière de contrôle délégué et qui résulte de la décision du Conseil d'État « *SA Bureau Véritas* » en 1983 à propos d'une demande de réparation d'une compagnie aérienne à l'égard de ce bureau chargé du service public de la sécurité aérienne et qui avait délivré tardivement un certificat de navigabilité à l'origine du préjudice¹⁸⁵⁵.

464. Cependant, l'engagement de responsabilité de la personne privée devant le juge administratif pour exercer ce type d'activité n'exonère pas totalement la personne publique qui exerce une autorité sur elle. La jurisprudence s'est naturellement exprimée sur les hypothèses dans lesquelles la personne publique peut voir sa responsabilité engagée du fait de l'action de la personne privée. Sa responsabilité sera engagée à titre principal (au même titre que celle de l'organisme privé) lorsqu'elle joue un rôle dans l'organisation du service confié à l'organisme privé¹⁸⁵⁶, ou lorsque la personne publique a commis une faute prouvée telle qu'un défaut de surveillance de l'organisme privé chargé d'un service public par insuffisance de contrôle sur celui-ci¹⁸⁵⁷.

465. Dans le cas du COFRAC, ce contrôle est assuré par le délégué interministériel qui exerce les fonctions de Commissaire du gouvernement auprès du COFRAC au sein de son conseil d'administration. Il peut s'opposer à ses décisions notamment s'il les juge contraires à l'intérêt général. La responsabilité de la personne publique sera engagée à titre subsidiaire lorsque l'organisme privé est insolvable, les victimes pouvant agir à titre subsidiaire contre la personne publique¹⁸⁵⁸.

Le COFRAC détient donc bien des pouvoirs importants en matière d'accréditation des laboratoires qui se traduisent par des prérogatives de puissance publique dans le but d'assurer

¹⁸⁵⁴ CE, sect. 13 oct. 1978, *ADASEA du Rhône* (précité); TC, 25 janv. 1982, *Mme Cailloux*, *CJEG*, 1982, concl. Labetoulle ; *RDP*, 1983, p. 819, note de Soto ; TC, 6 juil. 2015, *Mangrau et Mme Soler c/ Caisse d'allocations familiales du Bas-Rhin*, R, T, p. 601.

¹⁸⁵⁵ CE, 23 mars 1983, *SA Bureau Véritas*, *prec.*

¹⁸⁵⁶ CE 7 janv. 1927, *Triller*, *Rec.* 27 ; CE, sect. 19 déc. 1969, *Établissements Delannoy*, *prec.*

¹⁸⁵⁷ CE, sect. 2 févr. 1979, *Min. de l'Agriculture c/ Gauthier*, *prec.*

¹⁸⁵⁸ CE, 13 nov. 1970, *Ville de Royan c/ Dame Lebon*, *Rec.* 683 ; v. aussi CE 10 oct. 2011, *Min. de l'Alimentation, de l'Agriculture et de la Pêche*, n° 337062, *Rec.* 456 ; *AJDA* 2011 p. 1985 ; *RFDA* 2012, p. 481, note B. Delaunay.

une mission de service public. Cette externalisation très poussée du contrôle à la personne privée n'autorise pas l'État à baisser la garde et considérer que l'organisme privé joue le rôle de « pare-feu ». Le juge administratif pourra remonter la chaîne de responsabilité et engager celle de l'État pour « défaut de contrôle du contrôle ».

2/ Les organismes notifiés par l'ANSM en matière de contrôle des dispositifs médicaux : les prothèses PIP et l'application de la jurisprudence *Aprei*.

466. La place des organismes de certification dans la chaîne de responsabilité pour carence fautive a été mise en lumière dans l'affaire des prothèses *PIP* révélée au début des années 2000 et qui a fait l'objet d'une enquête par un consortium de journalistes en 2018¹⁸⁵⁹. Du point de vue sanitaire et juridique, les dispositifs médicaux relèvent de l'activité de pharmacovigilance qui est une police sanitaire spéciale¹⁸⁶⁰ exercée par l'ANSM au nom de l'État¹⁸⁶¹, en raison de la nature de cette agence placée sous la tutelle du ministre de la santé¹⁸⁶² et dont la certification et le contrôle ont été confiés à des organismes privés notifiés par l'ANSM comme nous l'avons vu précédemment.

467. Il se trouve que la responsabilité administrative de l'État, par l'intermédiaire de l'AFSSAPS avant qu'elle ne devienne ANSM, est actuellement engagée par des patientes sur le fondement de la carence fautive de contrôle sur la fabrication des prothèses mammaires de la société *PIP* qui ont été implantées sur 30 000 femmes en France, ce qui a donné lieu à un nouveau scandale sanitaire au début des années 2000.

Dans le volet administratif de cette affaire, le tribunal administratif de Montreuil, saisi en janvier 2019 de plusieurs recours en indemnisation contre l'État par des patientes, a rejeté une partie des demandes de responsabilité de l'État au motif que l'AFSSAPS ne disposait pas, sur la période visée (implantations en 2005) d'informations suffisantes pour soupçonner le caractère frauduleux de ces dernières¹⁸⁶³. Mais dans le même jugement, le tribunal administratif de Montreuil a pu retenir la responsabilité de l'État sur une période ultérieure, au motif qu'à compter d'avril 2009, l'Afssaps avait connaissance des risques encourus par l'usage d'un gel

¹⁸⁵⁹ Affaire des « Implants files » révélée par une enquête coordonnée par le Consortium international des journalistes d'investigation (ICIJ) réunissant 250 journalistes issus de 59 médias internationaux.

¹⁸⁶⁰ CE, sect., 25 avr. 1958, Sté des laboratoires Geigy, Rec. p. 236, concl. Heumann.

¹⁸⁶¹ Art. L. 5322-2 CSP.

¹⁸⁶² Art. L. 5311-1 CSP.

¹⁸⁶³ La société PIP faisait un usage frauduleux d'un gel de silicone différent de celui pour lequel elle avait reçu un certificat de conformité.

de silicone sans certificat de conformité, mais n'a réalisé ses premières inspections qu'à partir du 18 décembre 2009 pour aboutir à la suspension de ces dispositifs en mars 2010¹⁸⁶⁴. Les 9 mois de carence fautive de l'AFSSAPS ne vont sans doute permettre d'allouer aux victimes qu'une maigre indemnisation au regard du préjudice réel pour la santé. La responsabilité indemnitaire de l'État pourrait ici rester platonique.

Pourtant, le danger pour la santé est réel, malgré la certification du produit par les organismes de notification privés et les contrôles qu'ils sont censés réaliser sur ces dispositifs. Cette affaire interroge la place de ces organismes dans le contrôle des dispositifs et le partage éventuel de responsabilité avec l'État français si ce dernier voulait s'exonérer en partie en invoquant le fait du tiers. Comme nous l'avons vu précédemment à propos de l'externalisation des contrôles par la mise en place de démarches qualité, les rapports entre le contrôleur de l'État et le contrôleur privé doivent s'analyser sous l'angle d'une externalisation d'un contrôle qui suppose également un « contrôle du contrôle » par l'État.

Dans l'affaire des prothèses *PIP*, l'organisme habilité allemand *TUV Rheinland* n'avait clairement pas assuré de manière optimale sa mission de contrôle en ne constatant pas, par traitement comptable adapté, que de nombreux implants avaient été fabriqués à partir d'un gel de silicone différent du gel de marque « *Nusil* ». Saisie de l'affaire au niveau européen, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a d'abord rappelé qu'un organisme notifié « *n'est pas tenu, de manière générale, de faire des inspections inopinées, de contrôler les dispositifs et/ou d'examiner les documents commerciaux du fabricant* ». Cependant, elle a considéré qu'« *en présence d'indices suggérant qu'un dispositif médical est susceptible d'être non conforme aux exigences découlant de la directive 93/42, cet organisme doit prendre toutes les mesures nécessaires afin de s'acquitter de ses obligations* ». Ce disant, la Cour a estimé qu'« *un manquement fautif de cet organisme à ses obligations est, dès lors, de nature à engager sa responsabilité à l'égard de ces destinataires, et que cet engagement de responsabilité relève du droit national* »¹⁸⁶⁵.

La Cour de Cassation française saisie de cette affaire en octobre 2018 a confirmé l'existence d'une faute de la part de l'organisme certificateur habilité (*Tüv Rheinland*) et estimé que sa

¹⁸⁶⁴ TA Montreuil 29 janv. 2019, n° 1800068 ; prec.

¹⁸⁶⁵ CJUE, n° C-219/15, 16 fév. 2017, *Schmitt. c/ TÜV Rheinland LGA Products GmbH*, § 47 : JCP G 2017, act. 252, obs. D. Berlin.

responsabilité civile pouvait être engagée, eu égard à l'obligation de vigilance à laquelle il était tenu dans le cadre de sa mission¹⁸⁶⁶.

468. Fort de cet arrêt de la Cour de Cassation, nous pouvons nous demander si l'État français, dont la responsabilité est également mise en cause par les requérantes, peut exercer un recours contre l'organisme habilité en arguant du « fait du tiers » afin d'atténuer sa responsabilité civile pour carence fautive que lui a reconnu le tribunal administratif de Montreuil dans son jugement du 29 janvier 2019 dans cette affaire¹⁸⁶⁷. Il faut constater que l'activité de l'organisme habilité par l'ANSM n'a pas été qualifiée à partir des critères de service public et prérogatives de puissance publique tirés de la jurisprudence *Narcy* et *Apréi*, ni par le tribunal administratif de Montreuil en janvier 2019, ni par celui de Marseille dans son jugement de mars 2019.

Il semble possible de retenir ces critères pour les organismes de contrôles privés intervenant dans le contrôle des dispositifs médicaux, à l'instar du COFRAC pour les LBM. La sécurité de ces dispositifs pour les patients exigerait la reconnaissance d'un service public administratif qui se traduise par l'attribution de prérogatives de puissance publique caractérisées par les pouvoirs de contrôle, de suspension et de retrait du certificat confiés à ces organismes habilités.

Par conséquent, l'exonération totale de la responsabilité de l'État au nom duquel l'ANSM intervient sur les produits de santé semblerait ainsi difficile à retenir, car le contrôle exercé par l'ANSM sur ces organismes a connu dans ce dossier des défaillances. Il est en effet établi que l'ANSM a réagi tardivement en contrôlant et suspendant l'utilisation des prothèses *PIP* à partir de décembre 2009, alors qu'elle avait des informations sérieuses depuis avril 2019. Par ailleurs, on peut se demander si elle a bien répondu à son devoir de surveillance des organismes habilités avant d'être elle-même contrainte d'agir. Le défaut de « contrôle du contrôle » pourrait apparaître à nouveau, aux yeux du juge administratif, comme un fait justifiant l'engagement de la responsabilité administrative de l'État.

469. Il apparaît ainsi que les mécanismes juridiques d'agrément ou d'habilitation d'un contrôleur tiers par la puissance publique n'exonère pas celle-ci de sa responsabilité. Maryse DEGUERGUE constate à propos de la délégation des contrôles dans le domaine sanitaire que « *c'est toujours l'État, et non son cococontractant qui est censé exécuter en régie la mission qui a trait à la police sanitaire. Par conséquent, pèse sur l'État une responsabilité primaire et*

¹⁸⁶⁶ Cass. 1re civ., *prothèses PIP*, 10 oct. 2018, n° 16-19430, n° 15-26093, n° 15-26388, n° 15-26115, n° 15-28531, n° 17-14401, *JCP G*, 26 nov. 2018, n° 1235, note Bacache, *RDSS* 2018, p. 1105, obs. Peigné.

¹⁸⁶⁷ TA Montreuil 29 janv. 2019, n° 1800068, prec.

*non subsidiaire. Cette espèce éminente montre bien que l'ordre public sanitaire est sous la responsabilité éminente de l'État, quel que soit le mode d'intervention choisi – des institutions spécialisées comme les agences ou les personnes privées ayant contracté avec lui »*¹⁸⁶⁸.

Le contrôle exercé par l'autorité administrative sur le tiers contrôleur constitue certes une forme de contrôle plus lointain, mais tout aussi exigeant et qui n'est, à en juger, pas toujours la force des administrations actuelles, tournées vers l'accompagnement et allégées de leurs effectifs de contrôle. Le tiers contrôleur est en réalité un collaborateur de service public qui engage l'administration par ses actes.

470. En conclusion du chapitre 2 du titre 4 consacré à la question de l'imputabilité de la faute en matière d'inspection-contrôle dans le champ étudié, il ressort, d'une part, que la responsabilité de l'État en la matière est renforcée par la multiplicité des autorités agissant en son nom et que, d'autre part, certaines autorités administratives indépendantes deviennent à la fois concurrentes et contradicteurs de l'État dans le champ du contrôle (DDD, CGLPL), ce qui accroît la responsabilité de l'État et dans une moindre mesure des CD.

Aussi, avons-nous été amenés à étudier le fait du tiers comme cause exonératoire classique en responsabilité administrative indemnitaire. Cependant, le fait du tiers trouve finalement peu à s'appliquer dans le champ de notre étude, aussi bien lorsqu'il s'agit du « tiers contrôlé », en raison de la notion de collaboration étroite qui peut lier l'autorité de contrôle à ce dernier, que lorsqu'il est « tiers contrôleur », parce que ce dernier ne délie pas l'autorité de contrôle de son devoir de contrôle sur ce tiers contrôleur qui agirait dans le cadre d'une délégation de mission de service public.

¹⁸⁶⁸ DEGUERGUE M., « La notion d'ordre public sanitaire », *RDSS* 2014, p. 999.

Conclusion du titre 4

471. Afin de conclure ce dernier titre qui soumettait les contrôles relatifs à la qualité et à la sécurité au prisme de la responsabilité indemnitaire de la puissance publique, nous pouvons affirmer que si le régime général de la responsabilité demeure fondé sur la faute lourde en matière de contrôle, nous constatons que l'exigence de cette dernière tend à se réduire dans le champ étudié au profit de la faute simple. Cette évolution s'explique par la multiplication des polices spéciales guidées par la faute simple, mais également par une implication parfois plus poussée de l'autorité administrative au travers de la « collaboration étroite » qu'elle peut entretenir avec des personnes contrôlées.

Ainsi, se pose la question du juste équilibre à trouver entre le contrôle en régie directe ou le contrôle par délégation qui ne transfère pas la responsabilité au tiers contrôleur puisque la délégation de service public suggère l'instauration d'un « contrôle du contrôle ». La tentation de la labellisation Iso des activités et prestations des établissements, services et professionnels intervenant dans les champs sanitaires et sociaux est alors forte pour éviter la chaîne de responsabilité qui remonte très souvent à l'État, garant de la qualité et de la sécurité.

Conclusion de la seconde partie

472. En guise de conclusion de cette seconde partie de notre recherche relative à l'inspection à l'épreuve des démarches qualités, il nous semble intéressant de revenir sur le glissement souvent souligné par les praticiens de l'inspection, d'une posture coercitive de contrôle à une posture de conseil et d'accompagnement des établissements et services par les autorités administratives. A cet égard, nous pouvons nous demander si le « droit à l'erreur » et le « droit au contrôle » instaurés par la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance (Loi Essoc), codifiée au CRPA, ne va pas venir conforter le régime de la faute simple¹⁸⁶⁹. En ce sens, le projet de loi signalait « *une administration qui accompagne, qui s'engage, qui dialogue* »¹⁸⁷⁰, et l'exposé des motifs insistait sur le fait que « *le contrôle administratif n'est plus un outil essentiellement à dimension dissuasive et répressive. Il acquiert également une dimension de conseil au public pour l'aider à se mettre en conformité avec les obligations qui lui incombent* ».

473. En effet, le droit au contrôle instauré dans la loi permet à toute personne de demander à faire l'objet d'un contrôle prévu par les dispositions législatives et réglementaires en vigueur. La demande précise les points sur lesquels le contrôle est sollicité et l'administration doit procéder à ce contrôle dans un délai raisonnable¹⁸⁷¹. Une fois le contrôle réalisé et les conclusions des contrôleurs rendues, la loi a prévu que tout « *personne contrôlée peut opposer les conclusions expresses d'un contrôle effectué en application de l'article L. 124-1 CRPA à l'administration dont elles émanent* »¹⁸⁷².

Les « conclusions expresses » rendues par le contrôleur sont naturellement susceptibles d'avoir des conséquences sur les décisions prises par la personne contrôlée, mais également de causer des préjudices en cas de mauvaise interprétation des textes ou d'omission quant à leurs exigences. Aussi, peut-on se demander dans quelle mesure ce contrôle anticipé n'induit pas

¹⁸⁶⁹ Loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance (JO du 11 août 2018) ; TRAORE S., « Le droit au contrôle opposable des administrés », *Dr. adm.* 2019, étude 5, p. 15 ; ROUX Ch., Le droit à l'erreur, *Dr. adm.* 2018, alerte 1 ; *RFDA* 2018, n° 5, dossier spécial Pour un État au service d'une société de confiance [spéc. B. PLESSIX, « Le droit à l'erreur et le droit au contrôle », p. 847].

¹⁸⁷⁰ Projet de loi du 27 novembre 2017 pour un État au service d'une société de confiance présenté en conseil des ministres.

¹⁸⁷¹ Art. L. 124-1 CRPA.

¹⁸⁷² Art. L. 124-2 CRPA.

naturellement une activité de conseil, sachant que les conclusions express peuvent permettre à la personne contrôlée d'invoquer le « droit à l'erreur » instauré par la même loi¹⁸⁷³.

474. Nous pouvons ainsi légitimement nous demander si la loi Essoc ne va pas participer, aux yeux du juge administratif, à transformer un peu plus l'activité de contrôle en activité de conseil, avec l'apparition d'une présomption de cogestion d'une activité entre la personne contrôlée et le contrôleur, et ainsi conforter le passage de la faute lourde à la faute simple en termes de régime de responsabilité administrative du fait des activités de contrôle.

Dans le champ de l'inspection sanitaire et sociale, ce mouvement avait précédé la loi Essoc, puisque dans la pratique, les inspecteurs ne procèdent à des injonctions que lorsque le non-respect d'un texte entraîne un danger pour la sécurité des personnes. En revanche, si la non-conformité n'est pas dangereuse en elle-même, alors les inspecteurs exigent de l'établissement de leur adresser des propositions de réorganisation, sur lesquelles les inspecteurs doivent se prononcer, mettant ainsi ces derniers dans une position active de codécision qui les rend comptables d'une situation future avec l'établissement. Ce basculement du rappel des obligations de résultat qui pèsent sur les établissements à la validation par le contrôleur des moyens à mettre en œuvre pour atteindre le résultat fixé par les textes, nous semble faire sortir l'inspection de son objectif, et la placer dans la perspective d'une fonction de conseil pour laquelle elle n'a précisément pas été créée.

¹⁸⁷³ Art. L. 123-1 CRPA.

Conclusion générale

Notre étude a essayé de montrer que l'inspection-contrôle n'est pas une fonction figée, mais qu'elle s'est adaptée, parce-que la diversité intrinsèque des finalités qui lui ont été initialement assignées a rencontré la diversité extrinsèque des démarches qualité avec lesquelles elle doit aujourd'hui composer. Aussi, comme tout concept qui connaît une phase de conception, une phase d'usage, puis une phase de dégradation, il semble que l'inspection-contrôle se trouve aujourd'hui prise dans la dialectique d'un État qui se veut à la fois « garant » et « partenaire » des établissements et services (I), ce qui va contraindre l'inspection-contrôle à se réinventer (II).

I/ La dialectique de l'« État garant » et de l'« État partenaire » et ses conséquences sur l'inspection-contrôle

475. Cette étude a souligné que l'inspection désigne une opération matérielle de contrôle attachée originellement dans le champ de cette étude à la notion d'ordre public et à l'idée de « l'État garant » par l'intermédiaire notamment du « droit à la protection de la santé » consacré par l'article 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946¹⁸⁷⁴. La protection de la santé est un principe, un objectif ou une exigence de valeur constitutionnelle¹⁸⁷⁵, alors que le « droit à la protection de la santé » doit être entendu comme ayant une valeur législative¹⁸⁷⁶, qui a été repris symboliquement dans le premier article du CSP¹⁸⁷⁷.

Le droit à la protection de la santé vise particulièrement les personnes vulnérables accueillies en établissements ou accompagnées dans les services. L'inspection se justifie ainsi d'abord, au nom du monopole de la violence légitime¹⁸⁷⁸, comme un outil prioritairement au service de la police administrative générale. Mais « l'État garant » a aussi développé des polices spéciales et

¹⁸⁷⁴ Art. 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « Elle (la nation) garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et au vieux travailleur, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ».

¹⁸⁷⁵ Cons. Const. n° 74-54 DC, 15 janv. 1975, DC, loi relative IVG ; Cons. Const. n° 90-283 DC, 8 janv. 1991, Lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, *RJRJSI*, p. 418 et 419.

¹⁸⁷⁶ CE, 8 sept. 2005, ord. Réf. Req. n° 284803, *Garde des Sceaux, Ministre de la justice*, Rec. 388. (V. BIOY X., *Le traitement contentieux de la santé en droit constitutionnel*, *RDSS* 2013, p. 45 ; MOQUET-ANGER M.-L., *Droit hospitalier*, LGDJ, 5^e éd. 2018, p. 347).

¹⁸⁷⁷ Art. L. 1110-1 CSP : « Le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en œuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne [...] ».

¹⁸⁷⁸ WEBER M., *Le savant et le politique*, édition originale, 1919.

a élargi son champ d'intervention l'accessibilité des soins¹⁸⁷⁹. Dès lors, la santé ne s'entend plus seulement comme l'absence de maladie, mais bien comme un état de bien-être et la préservation d'une qualité de vie énoncée à l'article L. 1110-5 CSP, et que l'État se doit de préserver¹⁸⁸⁰.

476. Cependant, l'inspection recouvre aussi d'autres finalités que l'ordre public, comme la conformité à des textes techniques, l'assurance d'une bonne gestion ou le respect d'une tarification par l'inspecté. Et ce n'est pas parce-que des sanctions sont prévues en cas de non-respect de certains textes que la police administrative doit être obligatoirement convoquée. Il faut ici tordre le cou au préjugé en cours chez les inspecteurs selon lequel « l'inspection relève de la police administrative et elle est un mode de régulation au même titre que la planification, l'allocation de ressources et la contractualisation ».

477. Par ailleurs, l'État se veut aussi un « État partenaire » des établissements et services. En multipliant ses modes d'interventions, il est sorti du cadre juridique pour utiliser les outils de la régulation et de la performance qui se sont à leur tour juridicisés. C'est ainsi qu'à travers cette recherche, nous avons interrogé la question de la production des « normes » pour en conclure à l'affaiblissement de la norme juridique au profit de la production de normes douces et de labels. En effet, l'avènement de l'« État providence », c'est aussi celui de la crise de la raison juridique¹⁸⁸¹ qui rejoint l'hypothèse formulée dès 1949 par Georges RIPERT du « déclin du droit »¹⁸⁸². Le principe de légalité a été vidé d'une partie de sa substance, car les lois ne se présentent plus que comme des textes cadre. Ce « vide législatif » permet aux experts de l'administration et aux organes privés chargés d'une mission de service public de définir les conditions de réalisation des objectifs fixés en leur attribuant un pouvoir très large d'appréciation des situations.

Aussi, dans le prophétique « droit post-moderne » décrit par Jacques CHEVALLIER à la veille du XXIème siècle, le droit a été « instrumentalisé », la norme s'est transformée et poursuit l'objectif d'efficacité qui devient la principale raison de sa légitimité. La parole des experts

¹⁸⁷⁹ La loi Kouchner n° 2002-303 du 4 mars 2002 fixe comme objectifs à l'article L. 1110-1 CSP de « *garantir l'égal accès de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé et assurer la continuité des soins et la meilleure sécurité sanitaire possible* ».

¹⁸⁸⁰ Rappelons la définition de la santé fixée par les nations unies lors de l'instauration de l'Organisation mondiale de la santé en 1946 : « *La santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement dans une absence de maladie ou d'infirmité* ».

¹⁸⁸¹ CHEVALLIER J., « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *Revue du droit public et de la science politique*, 1998, n°3, pp. 659-714.

¹⁸⁸² RIPERT G., *Le déclin du droit – Étude sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1949.

spécialistes est devenue primordiale et supplante parfois celle du législateur. Cette parole ne se contente pas comme la loi de fixer un objectif à atteindre, elle donne des moyens à suivre par l'assujetti pour accéder à une meilleure « qualité » du service rendu. Dans ce sens, les recommandations de bonnes pratiques élaborées par les experts ont remplacé la loi, expression de la volonté générale.

478. Ce nouveau paradigme pose des questions fondamentales. Le passage de la norme prescrite propre au droit et fondée sur la raison, à la norme négociée, engendre selon Jürgen HABERMAS une nouvelle « légitimité procédurale »¹⁸⁸³ qui tend à développer ce que Paul AMSELEK a nommé la « direction juridique non autoritaire des conduites »¹⁸⁸⁴, parce qu'elle repose sur une « technique de cogestion des conduites »¹⁸⁸⁵. Cette légitimité procédurale fondée sur la norme négociée est attestée de diverses manières dans le champ de notre étude, et laisse entrevoir une nouvelle forme de prescription plus large et insidieuse, à l'origine, selon nous, d'un nouvel ordre public de direction dont nous faisons l'hypothèse en introduction de notre recherche.

479. Cette nouvelle légitimité procédurale des autorités administratives repose sur quatre éléments principaux.

1/ Le droit souple avec l'élaboration des normes techniques par les experts (recommandations de bonnes pratiques). Ce droit souple, mou, « non prescriptif »¹⁸⁸⁶ révèle une nature incrémentale, parce qu'il est le produit d'une délibération collective et expertale¹⁸⁸⁷. Mais tout en s'adaptant aux évolutions des connaissances, les recommandations de bonnes pratiques ont paradoxalement trouvé une juridicité en police administrative par le biais du droit des autorisations, et elles ont fait l'objet d'une justiciabilité devant le juge administratif qui peut leur reconnaître un caractère exécutoire lorsqu'elles font grief. Aussi, l'opposition dichotomique entre la norme juridique et la norme technique semble s'effacer pour laisser entrevoir une imbrication de ces normes conduisant à une complémentarité croissante¹⁸⁸⁸ du dispositif normatif relatif à la « qualité et sécurité ». En conséquence, la juridicisation des

¹⁸⁸³ HABERMAS J., *Discours philosophique de la modernité*, Gallimard, 1985, p. 380.

¹⁸⁸⁴ AMSELEK P., « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *Revue du droit public*, 1982, p. 287.

¹⁸⁸⁵ J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *Revue du droit public et de la science politique*, op. cit., p. 670.

¹⁸⁸⁶ AUBY J.-B., « Prescription juridique et production juridique », *RDP*, 1988, n°3, p. 673.

¹⁸⁸⁷ HABERMAS J., « Droit et démocratie, entre faits et normes », *Gallimard*, 1997.

¹⁸⁸⁸ CHEVALLIER J., Synthèse, Colloque du CEDIJ sur *Les enjeux juridiques des normes techniques*, Conseil d'Etat, 6-7 avril 1995.

normes techniques trouve un écho dans la technicisation des normes juridiques, ce qui accentue leur impact sur les opérateurs tout en rendant complexe leur application par les acteurs et leur contrôle par le juge administratif.

2/ Le contrat. Le procédé contractuel constitue un levier important de mise en place de la qualité et sécurité dans les établissements et services. Il est le symbole même du reflux du commandement et de la primauté faite au libre accord des volontés. Mais nous avons montré que les CPOM sont des « contrats forcés » et que la prescription y a sa place, avec l'intégration des suites d'inspection et les éventuelles sanctions dont ces contrats peuvent faire l'objet. Il n'en reste pas moins que le contrat demeure le moyen le plus sûr accordé à l'État partenaire de faire passer des orientations nouvelles à un établissement tout en respectant le ligne budgétaire allouée par le niveau national.

3/ La délégation. Elle traduit un mécanisme de transfert des compétences de normalisation et de contrôle, soit à des organismes privés chargés de missions de service public, soit à des autorités administratives indépendantes. Cette délégation de compétences repose sur la volonté de faire réglementer un secteur d'activité par des pairs. En cela, ce procédé est ancien et repose sur un système corporatif par lequel l'administration « s'efface derrière les professions organisées » censées mieux connaître les procédures et mieux savoir arbitrer les intérêts en jeu, comme l'a rappelé Jacques CHEVALLIER¹⁸⁸⁹, avec, nous l'avons vu, le risque d'une endogamie qui ne soit pas corrigée lorsque le contrôle de la délégation par l'État fait défaut.

4/ La régulation. Elle utilise des moyens juridiques, mais également d'autres moyens non juridiques liés à l'influence et à la persuasion, ce qui tend ainsi à atténuer la portée de la norme juridique et du commandement. Cette vision instrumentale du droit est particulièrement développée dans le cas des ARS et des directions de cohésion sociale chargées à la fois de la gestion et du contrôle des opérateurs extérieurs. Ces autorités administratives ont en quelque sorte une « compétence liée » dans le cadre de la « cogestion » qu'elles assurent auprès des opérateurs de terrain, ce qui peut contribuer à réduire le recours au contrôle et à la sanction.

S'appuyant sur ces éléments, il nous apparaît que la nouvelle légitimité procédurale instaurée par les autorités administratives va obliger l'inspection contrôle à se réinventer sous peine de disparaître.

¹⁸⁸⁹ CHEVALLIER J., « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *Revue du droit public et de la science politique*, *op. cit.*, p. 671.

II/ La nécessité de réinventer l'inspection-contrôle

480. La frontière entre complémentarité et confusion des démarches est parfois ténue. L'heure est-elle à la confusion des moyens et des finalités des contrôles. La contraction des termes « inspection » et « contrôle » utilisée par ceux qui en sont les acteurs principaux ne dissipe pas cette confusion. Au contraire, elle l'alimente du fait de l'absence de définition juridique propre aux termes qui la composent.

En réalité, nous constatons que le contrôle non juridictionnel qui est à l'œuvre aujourd'hui et qui constitue l'objet de notre recherche, recouvre les formes traditionnelles de contrôle que sont le contrôle de légalité, le contrôle d'ordre public et le contrôle financier, auxquelles sont venues s'ajouter de nouvelles formes d'intervention administrative que sont l'évaluation, l'accréditation, la certification et la contractualisation. Notre étude montre que ces nouveaux instruments de contrôle croisent spécifiquement, d'une part le contrôle d'ordre public, et son mode opératoire privilégié qu'est l'inspection, avec la notion de qualité et sécurité que ces nouveaux contrôles promeuvent, et d'autre part, le contrôle financier et médico-économique avec les objectifs de performance, d'efficacité, voire de pertinence que ces nouveaux contrôles poursuivent.

481. Ces croisements de moyens et de finalités des contrôles appellent selon nous à réfléchir à une meilleure complémentarité des instruments d'intervention publique en reconsidérant la place et le rôle de l'inspection-contrôle dans cet environnement complexe qui a vu le contrôle des normes progressivement laisser sa place à un contrôle des processus beaucoup plus large. Cette évolution devrait amener à une reconceptualisation de l'inspection-contrôle, pour éviter une approche statique de cette fonction, et privilégier une approche dynamique. Pour cela, il conviendrait selon nous d'inscrire l'inspection-contrôle dans une perspective d'avenir au service des usagers et des opérateurs en la replaçant dans un grand ensemble, car seule, elle aura du mal, éparpillée entre les services de l'État au niveau national et territorial, le CD et les AAI qui prennent désormais une part majeure au contrôle du champ étudié (DDD et contrôleur et CGLPL).

Cette perspective doit selon nous se faire en renforçant le lien historique qui unit l'inspection-contrôle à la notion d'ordre public et de protection des personnes car, à force de jouer sur des

éléments paramétriques¹⁸⁹⁰, on a pu modifier les racines de l'inspection-contrôle pour en exclure la finalité régaliennne et finalement glisser de la variable d'ajustement à la perte de savoir quasi totale¹⁸⁹¹. Le risque serait alors d'en arriver à un éclatement de la fonction et au principe de l'irresponsabilité souvent fondée sur l'idée que « chacun croit que c'est l'autre qui sait ».

Afin d'assurer une réelle complémentarité et échapper à la confusion des postures, il nous semble qu'il faudrait principalement clarifier trois situations qui concernent les autorités administratives dotés à la fois de pouvoirs de contrôle et de gestion des établissements et services (ARS, DDCS et CD).

482. Les deux premières propositions concernent la posture des acteurs de l'inspection contrôle.

En premier lieu, il convient de tirer les enseignements de la double posture des autorités de contrôle « territorialisées » afin de mieux distinguer d'un côté les missions d'accompagnement et d'adaptation de l'offre sanitaire et sociale et, de l'autre côté, les missions régaliennes d'inspection incombant à une autorité administrative et centrées sur le respect de la norme législative et réglementaire, ainsi que le soulignait déjà Annie PODEUR en 2001 alors que coexistaient encore les ARH et les DDASS et DRASS¹⁸⁹².

Cette spécialisation de l'inspection pourrait « a maxima » se faire dans un service rattaché au préfet de région ou dans un service à compétence nationale (SCN) comme la Mission nationale de contrôle des organismes de sécurité sociales (MNCAOSS)¹⁸⁹³. Cette solution aurait le mérite de la professionnalisation et de l'indépendance, mais présente selon nous des limites tenant au coût induit et aussi à la déconnexion entre une mission d'inspection spécialisée et les autres missions qui nourrissent l'inspection (tarification, planification, contractualisation). Aussi, la spécialisation devrait selon nous être renforcée dans une version « a minima » au sein des services territoriaux, par la création d'un service spécialisé renforcé n'ayant pas en charge la gestion des établissements, ou par mutualisation interservices des inspecteurs de manière à ce

¹⁸⁹⁰ Nombre d'inspection-contrôles, tableaux de bords de suivi, mélanges entre visites de conformités et inspections, etc.

¹⁸⁹¹ L'absence d'inspection présente un risque populationnel, un risque juridique de contentieux de la légalité par l'absence de sécurisation juridique de l'activité inspection, un risque de contentieux de la responsabilité de l'Etat pour défaut de contrôle et un risque de déficit performatif par perte de savoir-faire des agents contrôleurs.

¹⁸⁹² PODEUR A., in « Inspection et évaluation dans les DDASS et les DRASS », *Revue trimestrielle du Ministère des affaires sociales, du travail et de la solidarité*, Ministère de la santé, de la famille et des personnes handicapées « Echanges santé social » - oct. 2001, N° 103 – La Doc. fr., p. 38.

¹⁸⁹³ Arrêté du 9 novembre 2009 portant création d'un service à compétence nationale dénommé « Mission nationale de contrôle et d'audit des organismes de sécurité sociale ».

que ces derniers ne se retrouvent pas à devoir inspecter des établissements pour lesquels ils participent à la gestion.

En second lieu, il est nécessaire de s'interroger sur la posture des agents de contrôle de ces services territorialisés amenés à réaliser des contrôles d'ordre public, des contrôles financiers, des évaluations, voire des audits, tout en utilisant les RBP de la HAS dans leur activité de contrôle. On peut alors se demander si l'avenir doit donner naissance à une « métaprofession » ou plaide en faveur d'activités distinctes. Selon nous, cette métaprofession d'un inspecteur également évaluateur et expert n'est pas tenable, car les démarches sont différentes et l'expertise qui consiste à élaborer et/ou faire appliquer des RBP exige une technicité qu'un inspecteur ne détient pas forcément. La solution nous semble devoir être celle de la spécialisation de chaque agent sur une de ces missions, corrélée à celle de la professionnalisation de ceux qui doivent réaliser des contrôles relevant de l'ordre public à la fois préventif et répressif, car ces contrôles présentent de multiples complexités administratives et pénales, comme nous l'avons souligné.

483. Enfin, une troisième proposition consisterait à replacer l'inspection contrôle dans une approche fondée sur le risque, non pas pour renier les articulations qui se sont tissées entre inspection et démarches qualité ou inspection et audit, mais pour les renforcer afin de mieux les fonder sur une approche graduée. Le ciblage par l'analyse du risque des établissements et services présente l'intérêt de mobiliser les services d'inspection à bon escient, tout en conservant à l'esprit que des zones non couvertes par l'inspection du fait d'un défaut de signal doivent également alerter les autorités et faire l'objet de programme de contrôle préventif¹⁸⁹⁴. L'approche graduée consisterait d'abord à accepter que certains contrôles soient abandonnés ou délégués dans les conditions que nous avons vues, et ensuite, qu'une approche d'accompagnement par l'audit de processus fondée sur la déclaration obligatoire et l'acceptation de l'erreur positive soit pleinement consacrée, afin de concentrer les forces de l'inspection en bout de ligne comme la réponse ultime lorsque les autres démarches ont échoué. Cette approche de l'inspection par le risque aurait aussi le mérite de placer l'autorité administrative devant sa responsabilité administrative et pénale en permettant d'expliquer aux juges les raisons de ses choix. C'est à ce prix que l'adage selon lequel « la confiance n'exclut pas le contrôle »¹⁸⁹⁵ nous paraîtrait prendre tout son sens.

¹⁸⁹⁴ V. les établissements d'accueil pour enfants handicapés, les services d'urgences ou encore la psychiatrie.

¹⁸⁹⁵ V. LENINE (1870 – 1924).

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX

- AMESELEK P., *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, LGDJ, Philosophie du droit, 1964.
- AMESELEK P., *L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales*, RDP 1982.
- BATBIE A., *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, T. 7, Cotillon, 1868.
- CALENDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ, 2008.
- CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1., éd. du CNRS, 1962.
- CHEVALLIER J., *Science administrative*, PUF, 3^e éd. 2002, p. 551.
- CHRETIEN P., CHIFFLOT N., TOURBE M., *Droit administratif*, Dalloz Sirey, 14^e éd., 2014.
- DE LAUBADERE A., *Traité élémentaire de droit administratif*, LGDJ, tome 1, 4^e éd., 1967.
- DEBBASCH Ch., *Droit administratif*, Cujas, 2^e éd., 1971.
- DEBBASCH Ch., COLIN F., *Droit administratif*, Economica, 12^e éd., 2018.
- DEVOLVE P., *Droit public de l'économie*, Dalloz 1998, n° 626.
- DUEZ P., *La responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, 2^e éd. 1934.
- DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, A Fontemoing, tome 2, 1911.
- DUGUIT L., *Les transformations du droit public*, Armand Colin, 1913.
- EISENMANN Ch., *Centralisation et décentralisation, Esquisse d'une théorie générale*, LGDJ, 1948.
- FRIER P.-L., PETIT J., *Droit administratif*, LGDJ, 12^e éd. 2018-2019.
- FRIER P.-L., PETIT J., *Droit administratif*, LGDJ 14^e éd. 2020.

- GAUDEMET Y., *Droit administratif*, 2^e éd., LGDJ, 2015.
- GENTOT M., *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, coll. « Clef », 1991.
- GUYOMAR M., *Les sanctions administratives*, LGDJ 2014.
- HAURIOU M., *Précis de droit administratif*, Sirey, 1921.
- LOMBARD M., SIRINELLI J., *Droit administratif*, 12^e éd., Hypercours Dalloz, 2017.
- MINET C.-E., *Droit de la police administrative*, Vuibert, 2007.
- MOURGEON J., *La répression administrative*, LGDJ 1967.
- OBERDORFF H., KADA N., *Les institutions administratives*, éd Sirey 2016, n° 8.
- OLIVIER-MARTIN F., *Précis d'histoire du droit français*, 1932, p. 326.
- PICARD E., *La notion de police administrative*, préface de R. DRAGO, *PUR et LGDJ*, coll. Bibliothèque de droit public, 1984, deux tomes.
- PLESSIX B., *Droit administratif général*, LexisNexis 2^e éd., 2018.
- PLESSIX B., *Droit administratif général*, LexisNexis 3^e éd., 2020.
- REGOURD S., *L'acte de tutelle en droit administratif français*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1982.
- RICHER L., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 6^e éd., 2008.
- RIPERT G., *Le déclin du droit – Étude sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1949.
- ROUAULT M.-C., *Droit administratif et institutions administratives*, 3^e éd., éd. Larcier, 2015.
- SEILLER B., *Droit administratif, 2. L'action administrative*, 5^e éd. Flammarion, 2014.
- SEILLER B., *Droit administratif, 2. L'action administrative*, Flammarion, 7^e éd. 2018.
- TRUCHET D., *Droit administratif*, 5^e éd. PUF, 2013.
- TRUCHET D., *Droit administratif*, 8^e éd. PUF 2019.
- VEDEL G. et DEVOLVE P., *Droit administratif*, PUF 1992, T. 1

- WALINE M., *Droit administratif*, 9^e éd. Sirey, 1963.
- WALINE M., *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 1969.
- WALINE J., *Droit administratif*, 27^e éd., Dalloz 2018.
- WEIL P., *Le droit administratif*, 2^e éd., PUF, 1966.
- WEIL P., *Le droit administratif*, 5^e éd., Paris, PUF, 1973.

OUVRAGES SPÉCIALISÉS

- BATSELE D., *Contrôle de l'administration*, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1996.
- BAUDURET J-F., *Institutions sociales et médico-sociales : de l'esprit des lois à la transformation des pratiques*, Dunod, 2^e éd., 2017.
- BELRHALI H., *Les coauteurs en droit administratif*, LGDJ, 2003.
- BERGOIGNAN ESPER C., DUPONT M., *Droit Hospitalier*, Dalloz 2014.
- BOURDILLON F., BRÜCKER G., TABUTEAU D., *Traité de santé publique*, 3^e éd., Lavoisier médecine, 2016.
- CALENDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ 2008.
- CARBONNIER J., *Les obligations*, 22^e éd., PUF, Thémis, 2000, n° 71.
- CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, éd. CNRS, 1962.
- CLEMENT J.-M., *Lire la nouvelle loi hospitalière*, Berger-Levrault, 1992.
- CLUZEL-METAYER L., *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, 2006.
- COUTY E., TABUTEAU D., *Hôpitaux et cliniques : les réformes hospitalières*, Berger-Levrault, 1992.
- DE BECHILLON D., *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, éd. Odile Jacob, 1997.
- DUBOIS J.-P., *Le contrôle administratif sur les établissements publics*, LGDJ, Bibl. de droit public, tome 143, 1982.
- ESPER C., DUPONT M., *Droit hospitalier*, Dalloz ,10^e éd. 2017.
- FIESCHI-BAZIN E., *Contrôle externe en matière d'offre de soins et médico-sociale : outils juridiques et stratégie de régulation*, LEH édition, 2016.
- HIRSCH M., *Pour en finir avec les conflits d'intérêts*, éd Stock, 2010.
- LACHAUME J.-F., PIAULAT H., BOITEAU C. et DEFFIGIER C., *Droit des services publics*, Lexis-Nexis 2012.
- LAMI A., VIOUJAS V., *Droit hospitalier*, Bruylant, éd. 2018.

- LAUDE A., MATHIEU B., TABUTEAU D., *Droit de la santé*, PUF, 3^e éd., 2012.
- LEMOYNE-DEFORGES J.-M., *Le droit de la santé*, PUF, 8^e éd. 2012.
- LHUILLIER J.-M., *Le droit des usagers dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux*, Presses de l'EHESP, 5^e éd., avril 2015.
- MARROT B., *L'administration de la santé en France*, L'Harmattan, 1995.
- MOQUET-ANGER M.-L., *Droit hospitalier*, LGDJ, 5^e éd., 2018.
- MORELLE A., TABUTEAU D., *La santé publique*, PUF, 2^e édition avril 2015 p. 26.
- PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, éd. Panthéon-Assas, 2003.
- POINSOT O., *Le droit des personnes accueillies ou accompagnées, les usagers dans l'action sociale et médico-sociale*, coll. Ouvrages généraux, LEH Édition 2016.
- PRETOT X., *Droit de la sécurité sociale*, les mémentos, Dalloz, 14^e éd. 2015.
- ROUSSEL F. et SENERS F., « Imputabilité et préjudice », in *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, février 2020.
- SAVATIER R., AUBY J.-M., SAVATIER J., PEQUIGNOT H., *Traité de droit médical*, Librairies techniques, éd. 1956.
- SAVIGNAT P., *Évaluer les établissements et les services sociaux et médico-sociaux*, Dunod 2009.
- TABUTEAU D., *La sécurité sanitaire*, Berger-levrault, éd. 2002.
- TRUCHET D., *Droit de la santé publique*, memento Dalloz. 9^e éd., 2017.

ARTICLES ET CHRONIQUES JURIDIQUES

- ADVIELLE F., VAN HERZELE P., « Le contrôle de la performance des établissements publics de santé par les chambres régionales des comptes », *AJDA* 2018, p. 2013.
- APOLLIS B., TERRIER E., « La réforme de la planification hospitalière », *AJDA* 2006 p. 422.
- APPOLIS B., « La dualité fonctionnelle du directeur général de l'ARS », *RGDM*, n° 46, 2013, p. 312.

- APOLLIS B., « Les sources de la déontologie », in *RDSS Hors-série* mars 2018, Déontologie et santé, p. 23.
- APOLLIS B., « La réforme au long cours des autorisations sanitaires », *RGDM*, n° 72, 2019, p. 87.
- AUBERTIN J., « Réflexions critiques sur le pouvoir de suspension d'urgence des praticiens hospitaliers reconnu aux directeurs d'établissements de santé », *RDSS 2015*, p. 506.
- AUBY J.-B., « Prescription juridique et production juridique », *RDP*, 1988, n°3, p. 673.
- AUBY J.-M., « La légitimité de l'intervention de l'autorité publique dans le domaine de la santé », *AJDA* 1995, p. 588.
- AUBY J.-B., « La bataille de San Romano », *AJDA* 2001, p. 912.
- AULOIS-GRIOT M., « La réforme de la biologie médicale : comment améliorer la fiabilité, l'accessibilité et l'efficacité des examens biologiques ? », *RDSS* 2010, p. 487.
- BARLET C., « L'inspection et le contrôle dans le cadre de la loi HPST », *RGDM*, n°15, 2011, p. 157-178.
- BARLET C., « Autorisations, inspection et contrôle des établissements de santé », *RDSS* 2020, p. 442.
- BENOIT F.-P., « La responsabilité de la puissance publique du fait des activités de la tutelle administrative », *Dr. adm.* 1955, p. 178.
- BERTRAND D., « Accréditation et qualité des soins hospitaliers », *Adsp*, 2001, p. 17.
- BERTUCCI J.-Y., DOYELLE A., « Le contrôle sur les établissements publics de santé », *AJDA*, 1997, p. 444.
- BIOY X., *Le traitement contentieux de la santé en droit constitutionnel*, *RDSS* 2013, p. 45
- BOCKEL B., « La responsabilité des collectivités locales du fait des actes des autorités de tutelle », *Rev. Adm.*, 1966, p. 138.
- BON P., « La responsabilité du fait des actes de tutelle », *RFDA* 2000, p. 1096.
- BORGETTO M., « La maltraitance en établissement », *RDSS* n° 6, novembre-décembre 2006, p. 967.
- BORGETTO M., « Qualité et santé : vers un nouvel ordre public sanitaire ? » *RDSS* 2014, p. 991.
- BORGETTO M., « Les ARS dans l'organisation sociale et médico-sociale », *RDSS*, 2016, p. 403.
- BOULMIER D., « Les lanceurs d'alerte dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux : à propos de l'article L. 313-24 du CASF », *RDSS 2015* p. 448.
- BRIMO S., « Les agences sanitaires : traduction(s) institutionnelle(s) d'un principe fonctionnel ? », *RDSS* 2013 p. 779.

- BRIMO S., « Le Mediator devant le Conseil d'Etat : remèdes et effets secondaire », *AJDA* 2017, p. 426.
- BRUAIRE M., « Les suites administratives d'inspection » *Revue fondamentale des questions hospitalières*, n°9 2004 p. 101.
- BRUNETIERE J.-R., « Heurs et malheurs du contrôle de gestion en politique. Pour un nouveau management politique », *RFAP*, 2015, n° 155 p. 745.
- BURDILLAT M., « L'administration sanitaire et sociale dans le champ du débat politique et social », *RFAS*, 2001/4, p. 13-31.
- CAILLOSSE J., « Le droit administratif contre la performance publique ? », *AJDA* 1999, p. 195.
- CAILLOSSE J., « Droit et évaluation », *RFAS* 2010/1, p. 353-367.
- CAMPION M.-D., « L'administration pharmaceutique », *Droit pharmaceutique*, Litec, fasc. n° 13, n° 39 à 41, p. 18.
- CASTAING C., « Les agences régionales de santé : outil d'une gestion renouvelée ou simple relais du pouvoir cenral ? », *AJDA* 2009, p. 2212.
- CELERIER L., « La mise en place d'une fonction d'audit interne dans l'administration centrale d'État et le possible renouvellement des corps et services d'inspection », *RFAP*, 2015, n° 155, pp. 659-672.
- CHAINAIS C., FENOUILLET D., « Les sanctions en droit contemporain », Dalloz, *L'esprit du droit*, 2012 ; *Le pouvoir de sanction de l'administration*, *JCP A*, n° 11, 11 mars 2013.
- CHALON G., « L'article 40 du code de procédure pénale et le fonctionnaire : nature et portée de l'obligation de dénoncer », *AJFP*, 2003, p. 31.
- CHARLANNE D., « L'évaluation externe, un levier de progrès », *Juris associations* 2011, n° 446, p. 22.
- CHARLIER R.-E., « Les fins du Droit public moderne », *R.D.P.*, 1947, p. 127-162.
- CHAUVET C., « La nature juridique de l'Agence régionale de santé », *RDSS* 2016, p. 405.
- CHAUVIN F., « De l'agence régionale de l'hospitalisation à l'agence régionale de santé », *RDSS* 2009, p. 65.
- CHAUVIN F., « La nouvelle administration régionale de l'État », *AJDA* 2010, p. 825.
- CHEROUTRE-BONNEAU S., « Quelques réflexions sur l'accréditation, le point de vue d'un DARH », *GH*, janv. 1999, p. 16.
- CHEVALLIER J., « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *Revue du droit public et de la science politique*, 1998, n°3, pp. 659-714.
- CHEVALLIER J., « La transformation de la relation administrative : mythe ou réalité ? », *D.* 2000, chr., p. 575.

- CHEVALLIER J., « Loi et contrat dans l'action publique », *Les cahiers du conseil constitutionnel*, n° 17, 2004, p. 81.
- CHEVALLIER J., « L'administration sanitaire et sociale en mouvement », *RFAS*, 2011/4 (n° 4), p. 127-136.
- CHEVALLIER J., « Agencification et gouvernance », in Conseil d'Etat, Les agences : une nouvelle gestion publique ? EDCE n° 63, *Doc. fr.*, 2012, p. 239.
- CLAVAGNIER B., « Cour des comptes et IGAS : la générosité surveillée », *JA*, 2006, n° 349, p. 12.
- CLUZEL-METAYER L., « L'irruption de la qualité dans le domaine sanitaire », *RDSS* 2014, p. 1002.
- COCQUEBERT L., « Démarche qualité pour les établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux », *Juris associations* 2011, n° 446, p. 19
- COCQUEBERT L., « Le contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens est-il un contrat ? », *RDSS* 2012, p. 34.
- COCQUEBERT L., « Prise illégale d'intérêts : de nouveaux enjeux pour les organismes gestionnaires des secteurs sanitaire, social et médico-social », *RDSS* 2014 p. 158.
- CORMIER M., « L'accréditation a-t-elle des conséquences juridiques ? », *Concours médical* 2000, n° 122, p. 2282 .
- CORMIER M., « Les effets juridiques indirects de l'accréditation », *Concours médical* 2000, n° 122, p. 2365.
- CORMIER M., « Accréditation, quelles responsabilités ? », *Concours médical* 2000, n° 122, p. 2442.
- CORMIER M., « Le statut de l'inspecteur » *Revue fondamentale des questions hospitalières*, n° 9, 2004 p. 68.
- CORMIER M., « L'assermentation des fonctionnaires et agents de l'Etat et des agences sanitaires » *RDSS* 2008, numéro hors-série « Le droit pénal de la santé », p. 130.
- CORMIER M., « Régulations(s) de l'hôpital public », *RDSS* 2015, p. 131.
- CORMIER M., « Ordonnances hospitalières de janvier 2018 : le délicat équilibre entre pérennisation et précarisation des autorisations », *RGDM*, n° 66, 2018, p. 310.
- CORMIER M., « La réforme de l'inspection et du contrôle des établissements et services sociaux et médico-sociaux : la fin d'un monopole régalien », *RGDM* juin 2019, n° 71, p. 117.
- COULOMB A., « L'accréditation : alibi d'une réforme institutionnelle ou amorce d'une révolution des comportements », *Dr. soc.* 1996. p. 888.
- CRISTOL D., « L'Etat responsable sans faute vis-à-vis de l'usager d'un établissement social », *RDSS* 2010 p.141.
- CRISTOL D., « Régime des autorisations sanitaires : simplification et modernisation sur ordonnance », *RDSS* 2018, p. 271.

- CRISTOL D., « Les autorisations sanitaires et médico-sociales : entre rapprochement et séparation », *RDSS* mai-juin 2020, p. 475.
- CUZACQ N., « Le mécanisme du Name and Shame ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises », *RTD com.* 2017. 473.
- DAOUD E., BOYER C., « L'avocat chargé d'une enquête interne : enjeux déontologiques », *AJ pénal* 2017 p. 330.
- DE FORGES J.-M., « Accréditation et régime d'autorisation », *Hosp. Privée*, nov.-déc. 1999, n° 349, p. 24.
- DE FORGES J.-M., CORMIER M., « La prétendue simplification du système hospitalier du 4 septembre » 2003, *RDSS*, 2004, p. 110.
- DE MONTECLER M.-C., *L'État devra indemniser des victimes de la Dépakine*, D. 15 juillet 2020 ; *AJDA* 2020, p. 1387.
- DEBAETS E., « Publicité des processus : l'exemple de la prévention des conflits d'intérêts en matière sanitaire », *RDSS* 2017, p. 1065.
- DEGOFFE M., « Les autorités publiques indépendantes », *AJDA* 2008 p. 622.
- DEGOFFE M., « L'ambiguïté de la sanction administrative », *AJDA* 2011, p. 27.
- DEGUERGUE M., « La notion d'ordre public sanitaire », *RDSS* 2014, p. 999.
- DELARUE J.-M., « Actualité de la problématique de la sanction administrative », *AJDA*, 20 oct. 2001, numéro spécial.
- DELAUNNAY B., « Autorités de régulation et responsabilité de la puissance publique », *RDP* 2014, p. 276.
- DELICAT Y., « Le principe d'exclusivité des polices spéciales », *AJDA* 2013, p. 1782.
- DEVREESE E., « L'ARH, le juge et l'accréditation », *GH*, janvier 1999, p. 20.
- DOMINO X., BRETONNEAU A., « Miscellanées contentieuses », *AJDA* 2012 p. 2373.
- DUCHON-DURIS J.-C., « Les juridictions administratives face aux contentieux des catastrophes sanitaires », in « *Les catastrophes sanitaires, Actes du colloque du CDSA, Aix-en-Provence, 15-16 novembre 2012* », Les cahiers du droit de la santé, Ed. Les Études hospitalières, 2013. p. 135.
- DUPONT M., « Sur la nouvelle procédure de certification établie par la HAS », *JDSAM*, n° 2, 2014 p.41, note 12.
- DUTHEILLET DE LAMOTHE L., « Un recours souple pour le droit souple », *AJDA* 2016, p. 717.
- EOCHE-DUVAL Ch., « L'analyse de l'activité des professionnels de santé par le contrôle médical : du droit d'objection du professionnel contrôlé au recours à un principe de loyauté ? », *RDSS* 2012, p. 291.
- EVEILLARD G., « Existe-t-il encore une responsabilité administrative pour faute lourde en matière de police administrative ? », *RFDA* 2006, p. 733.

- FABERON F., « Qualité et santé : vers un nouvel ordre public sanitaire », *RDSS* 2015, p. 752.
- FABRE B., « Les compétences de contrôle dans le secteur social et médico-social, *Revue fondamentale des questions hospitalières*, n°9, 2004, p. 37.
- FABRE B., « La place de l'inspection et de l'injonction dans le contrôle des établissements sociaux et médico-sociaux », *RDSS* 2010, n°3, p. 419.
- FRANCIA Y., « L'évolution des conditions d'octroi des autorisations sanitaires », *RDSS* mai-juin 2020 p. 456.
- GAMBARDELLA S., NICOLAS G., BROSSET G., « La santé connectée et « son » droit : approches de droit européen et de droit français », 2017.
- GINOCCHI D., « La transparence : un outil au service de la prévention des conflits d'intérêts dans le secteur de la santé », in *RDSS Hors-série* mars 2018, Déontologie et santé, p. 117.
- GINON A.-S., « La pertinence des soins, nouvelle valeur du système de santé ? » *RDSS*, 2018, p. 428.
- GIRARD D., « Le recours pour excès de pouvoir confronté au « droit souple » : il plie mais ne rompt pas ! », Note sous CE, Ass., 21 mars 2016, *Sociétés Numéricable et Fairvesta international et autres ; Revue générale du droit on line*, 2016, n°23904.
- GOUDARD-MONCEL J., « Le contrôle de la qualité », *JA* 2007, n° 352, p. 18.
- GUIHEUX G., « Le rapport d'inspection », *RFQH*, n°9, 2004, p. 90.
- HARDY J.P., « La longue construction juridique (1971-2007) du contrôle et de l'inspection dans le secteur social et médico-social », *IASS la Revue*, n° 53, décembre 2006.
- HOUSSIN D., « Indépendance et expertise, santé publique et prévention des conflits d'intérêts », *Revue Pouvoirs* n° 147, 2013, p. 111.
- JEAN-PIERRE D., « L'éthique du fonctionnaire civil », *Bibliothèque de droit public*, t. CCII, 1999.
- JEAN-PIERRE D., « Les fonctionnaires ont-ils le droit de refuser de prêter serment ? », *JCP A* 2008, p. 2281.
- KUREK A., « L'application de la transparence administrative aux rapports des inspections générales ministérielles », *RFDA* 2003, p. 1175.
- LAFORCADE M., « L'évaluation et la démarche qualité face au défi de la complexité », *Les cahiers de l'actif*, n° 330/331, novembre-décembre 2003, p. 71.
- LAFORE R., « le secteur médico-social et la santé publique », *RDSS* n° 3 mai-juin 2008, p. 439.
- LAFORE R., « La loi HPST et les établissements et services sociaux et médico-sociaux », *RDSS* 2009, p. 858.

- LAMARQUE D., MILLER G., « Le contrôle des établissements publics de santé par les chambres régionales des comptes », *AJDA* 2003, p. 776-783.
- LANORD-FARINELLI M., « La norme technique, une source du droit légitime ? », *RFDA* 2005, p. 738.
- LATOURNERIE R., « De la faute et du risque à propos des dommages causés par les travaux publics », *RDP*, 1945, p. 176.
- LAVIALLE Ch., « Les mises en demeure administratives », *AJDA* 1980, p. 267.
- LECAT D., « L'administration provisoire des établissements sociaux et médico-sociaux », *RDSS* 2010, p. 431.
- LEDOUX A., TEISSEDRE S., « L'agence de biomédecine : veille et police sanitaire », *LPA* 30 juill. 2008, n° 152, p. 15.
- LEMOYNE DE FORGES J.-M., « La réforme hospitalière de 1991 », *RDSS*, 1991, p. 527 et s.
- LEMOYNE-DEFORGES J.-M., « L'avenir de la planification hospitalière », *Administration* 1994, n° 165, p. 32.
- LEMOYNE DE FORGES J.-M., « Accréditation et régimes d'autorisation », *Hospitalisation privée*, nov.-déc. 1999, n° 349, p. 24-25.
- LEMOYNE DE FORGES J.-M., « Le nouveau régime d'autorisation », *adpsp* n° 43 juin 2003, p. 38.
- LEMOYNE DE FORGES J.-M., « 50 ans d'autorisations sanitaires », *RDSS* mai-juin 2020, p. 427.
- LHUILLIER J.-M., « Les conditions de fermeture d'un établissement social », *RDSS* 1994, p. 315.
- LHUILLIER J.-M., « Contrôle sur les établissements sociaux et médico-sociaux privés par un président de conseil général », *RDSS* 1996, p. 383.
- LHUILLIER J.-M., « La fermeture des établissements sociaux et médico-sociaux : de nouveaux textes pour un nouveau contexte... », *RDSS* 2006, p. 710.
- LIGNEAU Ph., « Les nouveaux pouvoirs des collectivités publiques à l'égard des établissements et services sociaux et médico-sociaux », *RTDSS*. 1986, p. 572.
- LIGNEAU Ph., « L'évaluation dans la loi du 2 janvier 2002 », *RDSS* 2004, p. 825.
- LOMBARD M., « le droit public de l'économie à l'aube du XXIe siècle », *AJDA* 2009, p. 1217.
- LUCBEREILH J., « Les nouvelles missions du contrôle médical », *Dr. soc.*, 1996, p. 836.
- M. GUYOMAR M., COLLIN P., « Les décisions prises par un fonctionnaire du régime de Vichy engagent la responsabilité de l'État », *chron. Sous CE, ass.*, 12 avr. 2002, Papon, n° 238689, *AJDA* 2002. p. 423.
- MARCHADIER F., « Qualité de la santé, ordre public sanitaire et contrat, *RDSS* 2014 », p. 1057.

- MARCOU G., « La notion juridique de régulation », *AJDA* 2006, p. 347.
- MARKUS J.-P., « Qualité et ordre public sanitaire, ou ordre public versus qualité », *RDSS* 2014, p. 1063.
- MAUGÜE C., TOUVET L., « Responsabilité de la puissance publique en matière hospitalière », *AJDA* 1993 p. 344.
- MELLERAY F., « L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales », *AJDA* 2005, p. 71.
- MENARD J.-C., « Le défenseur des droits : monstre bureaucratique, gadget constitutionnel ou garantie effectives des libertés ? », *LPA*, 23 oct. 2008, p. 4.
- MITARD E., « L'impartialité administrative », *AJDA* 1999, p. 478.
- MOCKLE D., « La réglementation intelligente : réglementer mieux ou réglementer moins ? », *RFDA* 2015, p. 1225.
- MOQUET-ANGER M.-L., « Le droit des personnes hospitalisées », *RDSS*. 2002, p. 667
- MOQUET-ANGER M.-L., « Les compétences de contrôle du service de contrôle médical », in *L'inspection et le contrôle en matière sanitaire et sociale*, Actes de la journée d'étude IEP Rennes, in *Rev. fondamentale des questions hospitalières*, 2004, p. 64.
- MOREAU J., « de l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel », *AJDA* 1965, p. 31.
- MOREAU J., « L'accréditation dans le domaine de la santé publique. Acte juridique ou acte prospectif ? », *GH* mars 1998, p. 181.
- NABARETTE H., CANIARD, E. « La certification des sites dédiés à la santé en France : apports, limites et perspectives », *RDSS* 2010, p. 197.
- NAITALI P., « Les pouvoirs du directeur général de l'ARS en matière médico-sociale », *RDSS*, mai-juin 2016, p. 415.
- NICOLAS G., « L'agence de biomédecine : un nouveau modèle de sécurité sanitaire ? », *LPA* 18 févr. 2005, n° 35, p. 15.
- OBADIA M., « L'expérience d'un pôle de santé publique », *RDSS*, 2008, p. 44.
- PASCAL C., « L'évaluation externe : des conséquences encore difficiles à apprécier », *Juris associations* 2011, n° 446, p. 27.
- PETIT J., « la planification médico-sociale », *adpsp* n° 43 juin 2003, p. 34.
- PETIT J., « La responsabilité administrative en matière d'inspection et de contrôle dans le champ sanitaire et sociale », *RFQH*, n°9, 2004 p. 115.
- PETIT J., « Les aspects nouveaux du concours entre polices générales et polices spéciales », *RFDA* 2013, p. 1187.
- PETIT J., « L'affaire du Médiateur : la responsabilité de l'État », *RFDA* 2014, p. 1193.

- PICARD É., « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *A.J.D.A.* 1996, n° spéc. annuel : « Droit administratif et droit communautaire », p. 57.
- PLANES-DE LA ASUNCION K., « Qualité et sécurité alimentaire », *RDSS* 2014, p. 1023.
- PODEUR A., in « Inspection et évaluation dans les DDASS et les DRASS », *Revue trimestrielle du Ministère des affaires sociales, du travail et de la solidarité*, Ministère de la santé, de la famille et des personnes handicapées « Echanges santé social » - oct. 2001, N° 103 – La Doc. fr., p. 38.
- POINSOT O., « La maltraitance et ses sanctions », *Revue droit et santé*, n° 70 pp. 172-190.
- PONTIER J.-M., « La multiplication des polices spéciales : pourquoi ? », *Sem. Jur. Adm et Coll. Territ.* 16 avr. 2012, p. 2113.
- PONTIER J.-M., « La politique de labellisation », *AJDA* 2017, p. 1700.
- RAIMONDEAU J. et BRECHAT P.-H., « 100 ans d'une histoire des médecins inspecteurs de santé publique », *ADSP* n°41, déc. 2002.
- RENARD S., « La police sanitaire aux temps de la précaution », *RDSS* 2019, p. 463.
- RIHAL H., « La loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale évite-t-elle la maltraitance en institution ? » *RDSS* 2006, p. 1000.
- RIHAL H., « Articulation du contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens et contraintes législatives et réglementaires », *RDSS* 2012, p. 27.
- ROUSSET G., « La transparence administrative comme outil de prévention des conflits d'intérêt », *RGDM* 2014, n° 57, spéc. p. 58.
- ROUYERE A., « La responsabilité du régulateur, clé d'efficacité du droit de la régulation », *RLC* 2005, n° 4, p. 109.
- SABOURIN P., « Recherches sur la notion de mal administration dans le système français », *AJDA*, sept. 1974, p. 396.
- SAISON-DEMARS J., « Le médecin inspecteur de santé publique : contribution à la réhabilitation d'un fonctionnaire méconnu », *RDSS*, 2007, p. 458.
- SAISON-DEMARS J., « Quelle place pour les médecins territoriaux dans la nouvelle architecture sanitaire ? » *RDSS*, 2013, p.439.
- SAMLLWOOD O., « La normalisation des règles de l'art médical : une nouvelle source de responsabilité pour les professionnels de santé ? », *Médecine & Droit* 2006, pp 121-126.
- SAUVE J.-M., « Les sanctions administratives en droit public français, État des lieux, problèmes et perspectives », *AJDA*, 20 oct. 2001, numéro spécial.
- SAUVE J.-M., « La prévention des conflits d'intérêts et l'alerte éthique », *AJDA* 2014, p. 2249.
- SEUROT L., « Autorisations sanitaires et théorie générale des autorisations administratives », *RDSS* mai-juin 2020, p. 468.

- TABUTEAU D., « Les agences sanitaires : balkanisation d'une administration défaillante ou retour à l'État hygiéniste ? », *Les tribunes de la santé*, vol. n°1, 2003, pp. 34-46.
- TABUTEAU D., « Les agences régionales de santé (ARS) : cadre et limites juridiques d'une nouvelle autorité sanitaire », *RDSS* 2017, p. 1056.
- TEIGEN-COLY C., « Le défenseur des droits. Un ovni dans le ciel constitutionnel », in *Une nouvelle Constitution ?*, *LPA* 2008, n° 254, p. 125.
- TEIXERA C., « Le contrôle des établissements sociaux et médico-sociaux par le département », *AJCT* 2018, p. 431.
- THEVENET A., « Créer, gérer et contrôler un équipement social ou médico-social », *ESF éditeur*, 1996, p. 185.
- TIBERGHEN F., « Une recommandation d'une autorité administrative indépendante n'est pas la loi », *AJDA* 2019, p. 702.
- TRAORE S., « Le droit au contrôle opposable des administrés », *Dr. adm.* 2019, étude 5 p. 15.
- TRUCHET D., « La réforme hospitalière », *AJDA*, 1992, p. 130 et s.
- VAILLE C., « De l'inspection des pharmacies », *Bull. ordre pharm.*, n° 341, sept 1993, p. 221.
- VALLAR C., « L'accréditation et les autorisations : une discrète convergence », *JuriSanté Actu.*, oct. 1999, n° 27, p. 11-12.
- VIALLE A., « Lien de causalité et dommage direct dans la responsabilité administrative », *RD publ.* 1974 p. 1243.
- VIDANA J.-L., « Les agences régionales de santé : de l'usage du mythe du préfet sanitaire », *RDSS* n° 2 mars-avril 2012, p. 267.
- VIGOUROUX C., « Quelle déontologie pour les médecins inspecteurs de santé publique ? », *Échanges Santé-Social*, 1997, n° 86, p. 49.
- VILLENEUVE P., « L'accréditation et la certification des établissements de santé », in *Droit médical et hospitalier*, Litec, fasc. n° 120-20, 2006, n° 54-55, p. 14.
- VINSONNEAU A., « La régulation du secteur social et médico-social après la loi HPST : des règles de plus en plus complexes », *RDSS*, 2011, p. 41.
- VIOUJAS V., « L'hôpital et l'assurance maladie : les stratégies d'un aveugle pour recouvrer la vue », *RDSS* 2010, p. 677.
- VIOUJAS V., « L'autonomie des agences régionales de santé : premières précisions jurisprudentielles », *JCP A*, n° 5, 2013, p. 2022.
- VIOUJAS V., « Les établissements publics de santé sont des établissements publics de l'État, brèves considérations sur une révolution silencieuse », *JCP Adm.* 2013, n° 2051.
- VIOUJAS V., « Le renforcement du contrôle sur les établissements de santé », in *les cahiers de la fonction publique hospitalière*, n° 39, septembre 2016.

- VIRIOT-BARRIAL D., « Le droit pénal face aux grandes catastrophes sanitaires », *RDSS*, 2008, p. 21.
- VOLKMAR C., « L'évaluation dans les nouvelles régulations », *Juris associations* 2006, n° 343, p. 14.
- WALTER B., « Quand l'avocat mène l'enquête », *LJA Magazine*, juillet-août 2016, p. 9.

CONTRIBUTIONS D'OUVRAGES ET MELANGES

- AMSELEK P., « La détermination des personnes publiques responsables d'après la jurisprudence administrative », in *Études de droit public*, Cujas, 1964, p. 289.
- BOISSIER P., « L'évolution des compétences et des métiers des corps d'inspection : l'exemple du corps de l'inspection générale des affaires sociales », *RFAP*, 2015, n° 155.
- CAILLOSSE J., « L'évolution des fonctions d'inspection : une mise en perspective », *RFDA* n° 155, 2015, p. 735-743. in *RFDA* 2015, n° 155 « Du contrôle à l'évaluation », l'évolution des fonctions d'inspection ».
- CELERIER L., « Du corps d'inspection au cabinet de conseil », in *La règle et le rapporteur : une sociologie de l'inspection*, éd. Presses des mines, 2020.
- CHEVALLIER J., "Synthèse", in Yvonne FORTIN (dir.), « La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980 », (actes du colloque des 12, 13 et 14 décembre 1996, Paris, FNSP), L'Harmattan, coll. "Logiques juridiques", 1999, p. 411.
- CHEVALLIER J., « La science administrative et le paradigme de l'action publique », in *Études en l'honneur de Gérard TMSIT*, Bruylant, 2004, pp. 267-292.
- CHIAPELLO E., *Typologie des modes de contrôle, Comptabilité, Contrôle, Audit*, Vol. 2 (2), 1996.
- CORMIER M., « La concurrence des sanctions en droit de la santé : le cas des établissements de santé », in *Sanctions en droit de la concurrence et concurrence des sanctions*, éd Mare et Martin, nov. 2017.
- GARBAR C.-A., « Performance et contractualisation de l'action publique », in *Performance et droit administratif*, Litec Lexis Nexis, collection Colloques et débats, sous la direction de Nathalie Albert, 2010 (Actes du colloque organisé à Tours par le LERAD les 28 et 29 janvier 2009 sur la nouvelle gouvernance publique).
- GAUDEMET Y., « La responsabilité de l'administration du fait de ses activités de contrôle », in *Mélanges Jean Waline, Gouverner, administrer, Juger*, Dalloz, 2002, p. 562.
- GAUTIER M., « L'ordre public », in Auby J-B. (dir), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010, p. 317.

- GRENIER C., LE GULUDEC D., DE MONTALEMBERT P., MOUNIC V., « Haute autorité de santé et normalisation de la médecine », *Les Tribunes de la santé*, 2020/2 n° 64, p. 37-47.
- JAILLON P., « Quelle inspection », *La lettre du pharmacologue*, janvier 1994, in D. TABUTEAU, *La sécurité sanitaire*, Ed. berger-levrault, 2002, p. 298.
- LAUDE A., « La force juridique des références médicales opposables », *Médecine et droit*, n° 28, 1998 ; Dossier thématique du journal droit de la santé et de l'assurance, n° 3 – 2015 : « Les normes en santé : avis, recommandations, guides de bonnes pratiques », sous la direction de D. TABUTEAU.
- LEGENDRE P., « Remarques sur la reféodalisation de la France », in *Etudes en l'honneur de Georges Dupuis*, LGDJ, 1997, p. 201-211.
- LEMOYNE DE FORGES J.-M., « Le contrôle de l'administration par les inspections ministérielles et interministérielles », *Faculté de Splitu*, god. 53, 1/2016.
- LEVY D., *Aspect s généraux du contrôle*, in *Traité de science administrative*, Paris, Mouton & Co, 1966.
- MINVIELLE E., « Les politiques d'amélioration de la qualité des soins à l'hôpital : quel fondement organisationnel ? », in *Politiques et management public*, vol. 17, n° 4, déc 1999, p. 63-84.
- MOIROUD C., « Régulation et agences sanitaires françaises », in Th. Revet et L. Vidal (dir) *Annales de la régulation*, vol. 2, IJRS Editions, Coll. *Bibl. de l'IJRS*, t. 19, 2009, p. 274.
- MONELLE, ECKERT, MALECOT, « Agences régionale de santé et préfet », in « *La loi HPST, regards sur la réforme du système de santé* » ; Presses de l'EHESP 2009, p. 363 et s.
- MORAND C.-A., « La contractualisation du droit dans l'Etat providence », in *Normes juridiques et régulation sociale*, sous la direction de CHAZEL F. et COMMAILLE J., LGDJ, 1991, p. 139 et ss.
- PETIT J., « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », *Mélanges Moreau*, Economica, 2002, p. 345.
- PETIT J., « La police administrative », in GONOD P., MELLERAY F., YOLKA Ph.(dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz 2011, t. 2, pp. 6-43.
- PETIT J., Rapport de synthèse du colloque sur « La performance » organisé par l'Institut du Droit Public et de la Science Politique du l'Université Rennes 1 les 17 et 17 septembre 2015, in « *La performance en droit public et science politique* », sous la direction de Jean-Eric GICQUEL, éd. PUR 2019, p. 175.
- PICARD É., *Introduction générale : La fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique*, in. REDOR M.- J (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, coll. *Droit et justice*, Bruxelles, 2001, pp. 17-61.
- PISSALOUX J.-L., « Les inspections générales au sein de l'administration française : structures, fonctions et évolution », *RFAP*, 2015, n° 155.
- ROMAIN J.-F., « L'ordre public (notion générale) et les droits de l'homme », in *L'Ordre public. Concept et application*, Conférences du Centre de Droit privé et de droit économique de

l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 1995, coll. de la Faculté de Droit, vol. III. n° 14, p. 33.

- TABUTEAU D., « L'expert en santé publique et les conflits d'intérêts, in LAUDE A., TABUTEAU D. (dir.), « Essais cliniques quels risques ? », PUF 2007, p. 87.
- TABUTEAU D., *Les Tribunes de la santé*, 2020/2 n° 64, p. 3 à 4.
- TUOT Th., « La planète des sages », in FAUROUX R., SPITZ B., *Notre État : le livre-vérité de la fonction publique*, Robert Laffont, 2001, p. 688-712.

THESES ET MEMOIRES

- APOLLIS B., *Autorisations sanitaires et hospitalisation privée : contribution à l'étude des autorisations administratives dans leurs rapports avec les personnes privées*, Thèse soutenue à l'université de Montpellier 1 le 8 décembre 2005.
- BELLOUBET-FRIER B., *Pouvoirs et relations hiérarchiques dans l'Administration française*, thèse Paris I, 1990.
- BERNARD P., *La notion d'ordre public en droit administratif*, Th. Droit, 1959, Paris, L.G.D.J., 1962, coll. Bibl. de droit public.
- CALENDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Thèse soutenue le 10 novembre 2005 (Toulouse 1).
- CELERIER L., *L'introduction d'une fonction d'audit interne dans l'administration centrale d'État en France*, Thèse de sciences de gestion soutenue à l'université Paris-Saclay en décembre 2016.
- CHAUVET C., *Le pouvoir hiérarchique*, thèse Paris II, 2011, LGDJ, coll. « Bibl. dr. publ. », t. 276, 2013.
- COUDRAY Y., *La détermination de la collectivité publique responsable par le juge administratif*, thèse Rennes, 1979.
- DE BEZIN G., « *Des autorisations et approbations en matière de tutelle administrative* », Thèse pour le doctorat, Faculté de droit de Toulouse, 1906.
- DJAMAKORZIAN E., *Les modalités d'organisation et d'exercice des pouvoirs de police administrative et judiciaire de l'hôpital public*, Thèse Paris 8 (2006).
- DUPUY O., *Le régime des autorisations administratives et la recomposition de l'offre hospitalière*, Thèse, Paris VII, 2003.
- FORTAT N., *Autorité et responsabilité administrative*, thèse de droit public de l'université de Tours soutenue le 29 mars 2011.

- JEAN-PIERRE D., « L'éthique du fonctionnaire civil : son contrôle dans les jurisprudences administrative et constitutionnelle françaises », Thèse soutenue en 1996 à l'Université d'Aix en Provence – Marseille .
- LEROY M., *Le concours des polices générales et des polices spéciales*, thèse, Lille, 1938.
- MAILLARD DE GREES DU LOU D., *Police générale, polices spéciales*, Th. Droit, Rennes I, 1988, 2 vol.
- MARROT B., *Administration territoriale de l'État dans le domaine sanitaire et social*, Thèse Université de Nantes, 1993.
- M-AUBARET-GUILLEMER F., « L'inspection de la pharmacie, une mission de contrôle », mémoire de DEA Université de Bordeaux I - 1989-1990.
- MESCHERIAKOFF A.-S., *Recherches sur le contrôle non juridictionnel de l'Administration française*, thèse dactyl., Strasbourg, 1973.
- MOKRANI S., *L'évolution du contrôle de l'État sur les établissements de santé*, thèse soutenue à l'université d'Aix-Marseille en novembre 2017.
- PERRIN A., *L'injonction en droit public français*, Thèse soutenue à l'université Paris 2 le 26 septembre 2007.
- OKI J.-L., *L'imputation, mécanisme fondamental de la responsabilité des personnes publiques*, Thèse de droit public soutenue à l'Université de Bordeaux le 27 novembre 2017.
- PITCHO B., *Le statut juridique du patient*, thèse, éd. LEH, 2004.
- PORTE N., « *Les pouvoirs de police administrative du directeur général de l'Agence Régionale de Santé* », Mémoire de master 2 « Droit, Santé, Ethique » Rennes 1- EHESP, 2014.
- REGOURD S., « *L'acte de tutelle en droit administratif français* », 1982, Thèse sous la direction de Marcel WALINE.
- RENARD S., *L'ordre public sanitaire : étude de droit public interne*, Thèse soutenue à Rennes en 2008.
- VANNIER L., *L'externalisation en matière administrative : Essai sur la transposition d'un concept*, Thèse, déc. 2016, Université de Grenoble.
- ZOLEZZI C., *La force juridique des recommandations de bonne pratique. Regards croisés France-États-Unis*, thèse droit Université Rennes 1, 2016.

RAPPORTS, ETUDES, GUIDES

Conseil d'État

- CE, Rapport public, *la fonction de contrôle et la circulation de l'information*, La Doc. fr., 1977.
- CE, Rapport public, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, La Doc. fr., 1995.
- CE, Rapport public, *Les autorités administratives indépendantes*, EDCE, n° 52, 2001.
- CE, Rapport public 2008, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 79, 2008.
- CE, Étude annuelle 2012, *Les agences : une nouvelle gestion publique ?*, La Doc. fr., 2012.
- CE, Etude annuelle, *Le droit souple*, Doc. fr., 2013.

Cour des Comptes

- C. des comptes, rapport public sur *l'Association pour la recherche contre le cancer (ARC), comptes d'emploi 1998 à 2002 des ressources collectées auprès du public* (février 2005).
- C. des Comptes, *Rapport public annuel 2009, Les personnels des établissements publics de santé*, févr. 2009.
- C. des Comptes, rapp., *La biologie médicale*, 18 juill. 2013.
- C. des Comptes, *La prévention des conflits d'intérêts en matière d'expertise sanitaire*, mars 2016.
- C. des comptes, rapport annuel « *La dette des hôpitaux, des améliorations fragiles, des vigilances à maintenir* », février 2018.

DREES

- DREES, *Les maternités en 2016 : premiers résultats de l'enquête nationale périnatale*, Études et résultats, octobre 2017, n° 1031.
- DREES, *Panorama statistique Jeunesse, Sports, Cohésion sociale*, les régions françaises, 2019.
- Dossiers de la DRESS, *61 000 enfants, adolescents et jeunes majeurs hébergés fin 2017 dans les établissements de l'aide sociale à l'enfance*, n° 55, mai 2020.

- DREES, *Les établissements de santé*, Panorama de la DREES Santé, édition 2020.

IGAS

- IGAS, Rapport n°95-155, *Bilan d'application de la loi du 30 juin 1975 sur les institutions sociales et médico-sociales*, 1995.
- Rapport IGAS, *La politique sociale et les associations*, 1983-84.
- Rapport IGAS n° 1994100, *l'ANDEM et l'évaluation médicale*, 1994
- IGAS, RM1995-004P, A. CATINCHI, *Fonction d'inspection en services déconcentrés*, 1995, (non publié).
- IGAS RM1997-088P Gérard VINCENT et Nathalie DESTAIS, *Renforcement des fonctions d'inspection de premier degré dans le domaine sanitaire et social*, sept. 1997, (non publié).
- IGAS, *Guide des bonnes pratiques d'inspection contrôle, Inspection par les DRASS et les DDASS*, 2001 (non publié).
- IGAS, *La biologie médicale en France : bilan et perspectives*, 2006.
- Rapport IGAS n° RM2006-140A, *L'utilisation des compétences médicales permettant à l'Etat d'assurer ses responsabilités dans le domaine de la santé au niveau local : Les médecins conseils de la sécurité sociale*, sept. 2006.
- WACK V. G., LALANDE F., *Rapport ASN/IGAS sur l'accident de radiothérapie d'Epinal*, févr. 2007.
- Rapport IGAS-ASN, *Eléments d'analyse et recommandations sur l'accident de radiothérapie survenu au CHU de Toulouse*, févr. 2008.
- Rapport IGAS, *Evolution et maîtrise de la dépense des dispositifs médicaux*, novembre, 2010.
- IGAS n° RM2011-178P, *La mise en œuvre par les agences régionales de santé des politiques de santé-environnement*, déc. 2011.
- Rapport IGAS, *L'hôpital*, Doc. fr. 2012
- Rapport IGAS du 24 décembre 2012, *Les conséquences du traitement par l'hormone de croissance extractive*.
- IGAS n° RM2012-164P, *Les conditions favorisant une meilleure articulation des démarches d'inspection contrôle entre les réseaux territoriaux, ARS et DRJSCS/DDI (domaine social) et leurs partenaires nationaux et locaux*, janvier 2013.
- Rapport IGAS n° 2016-113R, *Le dispositif d'évaluation interne et externe des établissements et services sociaux et médico-sociaux*, juin 2017.
- Rapport IGAS, HESSE C., LECONTE Th., 2016-113R., *Le dispositif d'évaluation interne et externe des établissements et services sociaux et médico-sociaux*, IGAS, 2017.

- Rapport IGAS n° 2018-018R, *Le pilotage de la transformation de l'offre de soins par le ARS*, novembre 2018.
- Rapport IGAS 2017-152Z, *Guide des bonnes pratiques d'inspection et de contrôle à destination des réseaux territoriaux chargés de la santé et de la cohésion sociale*, janvier 2019 (non publié)

Divers

- Guide de déontologie des agents de la direction générale des finances publiques, mai 2012.
- Rapport Afnor GRSE, *La normalisation, un outil stratégique pour la Silver économie*, juillet 2015.
- IRDES, 2016. *Pertinence des soins : un atlas pour comprendre les variations de pratiques médicales en France* / HAS, *Qualité de la prise en charge de l'AVC en 2017*.
- HAS, *Rapport d'analyse prospective*, 2018.
- Rapport annuel d'activité 2018 de l'HAS, *Retour d'expérience sur les événements indésirables graves associés aux soins* (EIGS), novembre 2019.
- Rapport annuel du Défenseur des droits sur les droits de l'enfant - « *Enfance et violence : la part des institutions publiques* », 2019.
- Rapport du défenseur des droits, *Enfance et violence : la part des Institutions*, 2019.
- Rapport de mission sur la gouvernance et la simplification hospitalières confiée au Pr Olivier CLARIS, juin 2020.

DICTIONNAIRES, ENCYCLOPÉDIES

- Dictionnaire de l'Académie française, 8^e édition 1932 – 1935.
- Dictionnaire Larousse en ligne, éd. 2020.
- Dictionnaire de l'académie française, 9e éd. en ligne <https://www.dictionnaire-academie.fr/>
- CALLU M.-F., GIRER M., ROUSSET G., *Dictionnaire de droit de la santé, Secteurs sanitaire, médico-social et social*, Lexis Nexis, 2017.

PRINCIPAUX SITES CONSULTÉS

- ABM <https://www.agence-biomedecine.fr/>
- AFNOR <https://www.afnor.org/>
- ANAP : <https://www.anap.fr/accueil/>

- ANSM <https://ansm.sante.fr/>
- ARS Ile-de-France : <https://www.iledefrance.ars.sante.fr/>
- COFRAC : <https://www.cofrac.fr>
- DREES : www.drees.sante.gouv.fr/
- HAS : <https://www.has-sante.fr/>
- Hospimédia <https://www.hospimedia.fr/>
- IGAS <https://www.igas.gouv.fr/>
- Journal Le parisien : <https://www.leparisien.fr/>
- Ministère des solidarités et de la santé : <https://solidarites-sante.gouv.fr/>
- Syndicat National des Personnels des Affaires Sanitaires et Sociales - Force Ouvrière (SNPASSFO) : https://www.snpassfo.fr/sites/default/files/2018-09/2018_apport%20IGAS%20inspection%20controle.pdf
- Syndicat SNIASS <https://sniass.org/>
- Syndicat SMISP <https://smisp.fr/inspection-le-comite-de-deontologie-donne-raison-a-l-unsante-cohesion-sociale>

FORMATIONS, COLLOQUES

- Colloque du CEDIJ, « Les enjeux juridiques des normes techniques », Conseil d'Etat, 6-7 avril 1995.
- Colloque Institute for international Research, « De l'évaluation à l'accréditation », Paris, 28 janv. et 6 oct. 1998, *Gaz. Pal.* 1998, n° 296-297, n° spéc. : « *Droit de la Santé* », p. 15-21.
- Actes du colloque : « Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique ». Palais du Luxembourg, 11 et 12 mai 2001. *Responsabilité de l'administration et nouvelles activités de contrôle*, par Y. GAUDEMET, professeur à l'Université Paris 2, Site du Sénat.
- LAUDE A., PENNEAU J., PORCHY-SIMON S., JOURDAIN P., « Le nouveau droit des malades : droits des malades et indemnisations des victimes d'accidents thérapeutiques », *Loi du 4 mars 2002 : actes de la journée d'études* des Editions du Juris-Classeur, Litec 2002

- SAUVE J.-M., « Le droit de la régulation économique », Allocution d'ouverture du colloque organisé par l'Association des Conseils d'État et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne (ACA-Europe), 16 juin 2014
- Colloque, « Les sanctions en droit de la santé », Colloque annuel de l'Association française de droit de la santé, 7 oct. 2014, Paris.
- TRUCHET D., « Identification et classification des sanctions en droit de la santé », colloque de l'AFDS « *Les sanctions en droit de la santé* », 7 octobre 2014, Université de Paris Descartes.
- Actes du colloque organisé à l'université de Perpignan Via Domitia le 20 décembre 2013 sur le thème de la « Qualité et santé : vers un nouvel ordre public sanitaire ? » RDSS n° 06 du 31 décembre 2014.
- APOLLIS B., in Colloque Rennes 1 « La régulation des établissements de santé après la Loi du 26 janvier 2016 MNSS », 2 mars 2017.

DIVERS (SCIENCES DE GESTION, SCIENCES POLITIQUES, PHILOSOPHIE, SOCIOLOGIE)

- ABBALLEA P., in « Inspection et évaluation dans les DDASS et les DRASS », Revue trimestrielle du Ministère des affaires sociales, du travail et de la solidarité, Ministère de la santé, de la famille et des personnes handicapées « Echanges santé social » - oct. 2001 n° 103 – La Doc. fr, p. 91.
- ALECIAN S., FOUCHER D., *Le management dans le service public*, Collections Service public, éd. d'Organisation, 2002
- AUDRY A., GHISLAIN J.-C., « L'histoire du dispositif médical et de son environnement réglementaire », in « Le dispositif médical », PUF, 2009, pp. 9-39.
- BEAUJOLIN F., *Vers une organisation apprenante*, Paris, éd. Liaisons, coll. « Entreprises et carrières », 2001.
- BERGERON G., *Fonctionnement de l'État*, A. Colin, 1965.
- BEZES P., « Le renouveau du contrôle des bureaucraties : l'impact du New Public Management », Caisse nationale d'allocations familiales (CNAF), *Informations sociales*, 2005/6 n° 126, p. 26 à 37.
- BOTTINI F., « L'impact du new public management sur la réforme territoriale », *RFDA*, n° 4, 2015, p. 717.
- BOUQUIN H., *Les fondements du contrôle de gestion*, PUF, 2011
- BRECHAT, SALINES, SEGOIN (dir.), « Médecins de santé publique », éd. ENSP, 2006.
- CANGUILHEM G., *Le normal et le pathologique*, PUF, 2013.

- CANNIARD P., CHEIKH-SIDIA A., COCULA D., « L'évolution des services déconcentrés pour la mise en œuvre des politiques sanitaires et sociales ». In Les nouveaux enjeux des politiques de santé — santé publique, organisation et systèmes d'information. Paris, La Doc. fr., Rapport de l'ENA, 1995.
- DE LUCA V., « Aux origines de l'État-Providence : les inspecteurs de l'assistance publique et l'aide sociale à l'enfance (1820-1930) », Paris, INED, 2002
- DOUCET Ch., *La Qualité*, PUF, 2010.
- EPSTEIN R., « Gouverner à distance. Quand l'État se retire des territoires », *Esprit* 2005, n° 11, p. 96-111.
- GAND P., « Le pôle de santé publique face à un contentieux technique et des délits « sériels », *Bull. Acad. Natle Méd.*, 2014, 198, Nos 4-5, 715-723, séance du 13 mai 2014.
- GEOFFROY B., BRETESCHE S., LONCEINT R., « Du risque contrôlé au risque régulé : le cas de la médecine nucléaire », FFE, *Annales des Mines – Gérer et comprendre*, 2017/1 n° 127, pp 15-26.
- GIBERT P., « Contrôle et évaluation, au-delà des querelles sémantiques, parentés et facteurs de différences », La Doc. fr., *RFAS* 2010/1, p. 71-88.
- GIRAULT A., MINVIELLE E., « Performance et qualité des établissements de santé », in Béatrice Fermon et al., *Performance et innovation dans les établissements de santé*, Dunod « Guides Santé Social », 2015, p. 91-104.
- GORI R., *La fabrique des imposteurs*, éd. Les liens qui libèrent, 2013.
- HABERMAS J., « Droit et démocratie, entre faits et normes », *Gallimard*, 1997.
- HABERMAS J., *Discours philosophique de la modernité*, Gallimard, 1985.
- KANT E., *Critique de la faculté de juger*, 1790.
- RAWLS J., *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 1971.
- REASON J., « Human error : models and management », *BMJ*, vol. 320, n°7237, 18 mars 2000, p.768-770.
- REYNAUD J.-D., « Les règles du jeu. L'action collective et la régulation sociale », *Revue française de sociologie*, 1990, pp. 650-654.
- RIVERO J., in « Action économique de l'Etat et action administrative »: *Revue Economique*, 1962, p. 892.
- ROBELET M., « Les transformations de modes de contrôle croisés entre associations et autorités publiques dans le secteur du handicap », *RFAP*, 2017/3 n° 163, p. 599 à 612.

- ROLLET C., « Pour une histoire des inspecteurs des affaires sanitaires et sociales », *RFAS*, n°3 1994, p. 49-63
- ROUSSEAU J.J., *Du contrat social ou Principes du droit politique*, 1762.
- SANTO V.-M., VERRIER P.-E., *Le management public*, Paris, PUF, 1997.
- SCHWEYER F.-X., « Médecins, pharmaciens, ingénieurs. Les corps techniques de l'État en santé publique », *Santé Publique*, vol. 19, no. hs, 2007, pp. 37-51.
- SETBON M., « La qualité des soins, un nouveau paradigme de l'action collective », in *Sociologie du travail*, éd. Elsevier 3 janv. 2000, p. 51-68.
- SIFFERT A., *Libéralisme et service public*, nov. 2015, Université du Havre.
- SUPIOT A., « La gouvernance par les nombres »: cours au Collège de France, 2012-2014, Paris, Fayard, coll. « Poids et mesures du monde », 2015.
- WEBER M., *Le savant et le politique*, édition originale, 1919.

JURISPRUDENCE

Cons. Const.

Cons. Const. 15 janv. 1975, n° 74-54 DC, *Loi relative à l'IVG*.

Cons. Const. décision n° 76-75 du 12 janvier 1977, *fouille des véhicules*, Rec. p. 33.

Cons. Const. 22 juill. 1980, déc. n° 80-117 DC, *Loi relative aux matières nucléaires*.

Cons. Const. décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, *perquisitions fiscales*, Rec. p. 67. ;

Cons. Const. décision n° 84-184 DC du 29 décembre 1984, *Impôt et liberté individuelle*, Rec. p. 94.

Cons. Const. 17 janv. 1989, n° 88-248 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*.

Cons. Const. 8 janv. 1991, n° 90-283 DC, *Lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*

C. Const. 25 février 1992. Déc. n° 92.307 DC, *relative aux zones de transit*

Cons. Const. 27 juin 2001, n° 2001-446 DC, *Loi relative à l'IVG*.

Cons. Const. 29 déc. 2003, déc. n° 2003-489, *Loi de finances pour 2004*

Cons. Const. déc. n° 2011-211 QPC du 27 janv. 2012, *M. Éric M.*

Cons. Const. déc. n° 2011-132 QPC du 20 mai 2011, *M. Ion C.*

Cons. Const. déc., QPC du 4 mai 2012, n° 2012-239 *Mme Ileana A.*

Cons. Const. 17 janv. 2013, n° 2012-289 QPC

Cons. Const. 5 juill. 2013, déc. n° 2013-331 QPC, *Société Numéricâble SAS et autre*

Cons. Const. 21 janv. 2016, *Loi de modernisation de notre système de santé*, n° 2016-727 DC.

Cons. Const. 12 avril 2018, n° 2018-34 I, 2018-35 I et 2018-36 I *relative à la présidence d'un conseil de surveillance d'un EPS*.

Tribunal des conflits

TC, 8 février 1873, *Blanco*, req. n° 00012, Rec. 1^{er} suppl. 61

TC, 30 juill. 1873, *Pelletier*, 1^{er} suppl., p. 117 ; GAJA, n°2.

TC, 2 déc. 1902, *Sté immobilière de Saint Just*, Rec. CE 1902, p. 13

TC, 29 févr. 1908, *Feutry*, n° 00624.

TC, 14 déc. 1925, *Navarro*, Rec. 1007
TC, 14 janv. 1935, *Thépaz*, n° 00820, Rec. 1224.
TC 15 janv. 1968, *Époux Barbier c/ Cie Air France*, GAJA n° 78
TC, 6 nov. 1978, *Bernardi*, Rec. p. 652.
TC 13 février 1984, *Bousmaha Djeloul et Bousmaha Bencharkit*, n° 02320, Lebon
TC, 24 fév. 1992, *Couach*, Rec. CE 1992, p. 479
TC, 21 juin 2004, *M. Quitman*.
TC, 15 juin 2015, *Mme Barthélémy*, n° C4007

Cour de Cassation

Cass. Crim. 28 janv. 1992, *M. X.*, n° 90-84.940 P
Cass. Crim. 19 sept. 2000, *M. Z.*, n° 99-83960.
Cass. Crim. 12 déc. 2000, pourvoi n° 99-86-625
Cass. Crim. 14 déc. 2000, *X., Y. c/ DDCCRF*, n° 00-86.595
Cass. 1re civ., 15 mai 2001, n° 99-12.498, Bull. civ. I, n° 139
Cass. Crim. 5 juin 2002, n° 01-87.656 P
Cass. Crim. 5 janv. 2005, pourvoi n° 04-82.738
Cass. Crim., 14 juin 2005, *Gilles H., Erick L., Agent judiciaire du trésor*, n°04-83.574.
Cass. Crim. 9 mai 2007, *SARL Centre du Palais*, n° 06-85021
Cass. 1re civ., *prothèses PIP*, 10 oct. 2018, n° 16-19430, n° 15-26093, n° 15-26388, n° 15-26115, n° 15-28531
Cass. 2° ch. civ., 8 nov. 2018, *Mme X.*, n° 17-19556.

Conseil d'État

CE, 6 déc. 1855, *Rothschild*, Rec. p. 705.
CE, 26 nov. 1875, *Pariset*, n° 47544, Rec. 934
CE, 13 janv. 1899, *Lepreux*, S, 1900
CE, 18 avr. 1902, *Commune de Nérès les bains*, n° 04749, Rec. 275

CE, 10 févr. 1905, *Tomaso Grecco*, n° 10365, Rec. 139

CE, 31 juill. 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, Rec. 909

CE, 26 juill. 1918, *Époux Lemmonier*, Rec. 761

CE, 8 août 1919, *Labonne*, Rec. CE 1919, p. 737.

CE, 30 nov. 1923, *Couiétas*, Rec. 789, GAJA, n° 42

CE, 13 mars 1925, *Clef*, RDP 1925 p. 274

CE 7 janv. 1927, *Triller*, Rec. 27

CE, 4 nov. 1929, *Breton*, Rec. 942 ;

CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, Rec. p. 595

CE, 11 janv. 1935, *Bouzanquet*, n° 40842, Rec. 44

CE, 30 juill. 1935, *Ets SATAN*, Rec. 847

CE, 7 fév. 1936, *Jamart*, Rec. 172.

CE, 21 avr. 1937, *Melle Quesnel*, Rec. 413

CE, A, 13 mai 1938, *Caisse primaire « Aide et Protection »*, Rec. 417

CE, 10 févr. 1939, *Ville de Saint Maurice*.

CE, Ass. 31 juil. 1942, *Monpeurt*, n° 71398, Rec. 239

CE, Ass. 2 avril 1943, *Bouguen*, n° 72210, Rec. 86

CE, sect., 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier*, n° 69751, Rec.133

CE, Ass. 29 mars 1946, *Caisse d'assurances de Meurthe-et-Moselle*, Rec. .100

CE, Ass. 27 déc. 1948, *Cne de Champigny-sur-Marne*, Rec. 493

CE, ass. 24 juin 1949, *Commune de Saint-Servan*, Rec. 310

CE, 18 nov. 1949, *Mimeur, Besthelsemer, Defaux*, Rec. 492

CE, 12 mai 1950, *Ville de Valence*, Rec. 878.

CE, sect., 11 mai 1951, *Dames Veuves Pierret, Pintal et autres*, Rec. 259 ;

CE, sect., 29 juill. 1953, *Épx Glasner*, Rec. 427

CE, Ass. 29 janv. 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*, n° 07134, Rec. p. 64

CE, sect. 16 mars 1954, *Broadie*, n° 50878, Rec. 118

CE, 23 juin 1954, *Veuve Litzler*, Rec. 376.

CE, ass., 1er juin 1956, *Ville de Nîmes c/ Pabion*, Rec. 218

CE, 7 déc. 1956, *Rajaonary*, n° 34.639, Rec. 469

CE, sect., 22 mars 1957, *Cie d'assurances l'Urbaine et la Seine*, Rec. 200

CE, 10 juill. 1957, *min. Trav. et directeur régional de la Gironde c/ CPSS Gironde*, Rec. 468

CE, Ass., 13 déc. 1957, *Rouleau*, n° 34382, Rec. 678

CE, sect., 25 avr. 1958, *Sté Laboratoires Geigy* : Rec. CE 1958, p. 236

CE, 5 déc. 1958, *Commune de Dourgne*, Rec. 606

CE, sect., 9 janv. 1959, *Chambre syndicale nationale des entreprises industrielles de boulangerie*, Rec. 23

CE, 23 oct. 1959, *Doublet*, Rec. 540

CE, sect. 13 janv. 1961, *Magnier*, n° 43548, Rec. 32

CE, ass., 5 mai 1961, *Ville de Lyon*, Rec. 294

CE, 13 juill. 1962, *Min. Santé c/ Lastrajoli*, n° 54092, Rec. 507

CE, 5 déc. 1962, *Sté « Les gorges du Pont-du-diable »*.

CE, sect. 14 déc. 1962, *Doublet*, Rec. 680

CE, Sect., 28 juin 1963, *Narcy*, n° 43834, Rec. 401.

CE, 15 juill. 1964, *Sieur Prat-Flottes et Société des instituts de plein air*, n° 59536, Rec. 438.

CE sect., 25 mars 1966, *Société des films Marceau*, n° 59426, Rec. 240

CE, sect. 14 oct. 1966, *Marais*, n° 60783, Rec. 548

CE, 28 juin 1968, *Sté mutuelle d'Assurances contre les accidents en pharmacie*, n° 67593, Rec. 411

CE, 13 juill. 1968, *M. X. c. CROM*, n° 73461, Rec. 435

CE, 16 mai 1969, *Synd. Nat. autonome du personnel des Chambres de commerce et d'industrie*, Rec. 253

CE, sect., 19 déc. 1969, *Établissements Delannoy*, n° 74793, Rec. 596

CE 8 mai 1970, *Société Nobel-Bozel*, Rec. 312.

CE, 13 nov. 1970, *Ville de Royan c/ Dame Lebon*, Rec. 683

CE, 29 mai 1970, *Bonnemaison*, n° 78011, Rec. p. 362.

CE, 19 mars 1971, *Mergui*, n° 79962, Rec. 235

CE, sect., 26 févr. 1971, *Rozé*, n° 73120, Rec. p. 165.

CE, ass. 7 mai 1971, *Ministre de l'Économie et des Finances et Ville de Bordeaux c/ Sastre*, n° 74669 et 74977, Rec. 334

CE, 27 oct. 1971, *sieur Markovitch*, Rec. 640.

CE, 10 mai 1972, *Féd. Nat. des syndicats d'ingénieurs et assimilés des mines et industries connexes*, n° 69137, Rec. 350

CE, Ass. 20 oct. 1972, *Marabout c/ ville de Paris*, n° 80068, Rec. 664

CE sect., 26 janv. 1973, *Ville de Paris c/ Driancourt*, n° 84768, Rec. 78.

CE 2 mars 1973, *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*, n° 83136.

CE, ass. 26 oct. 1973, *Sadoudi*, n° 81977, Rec. 603.

CE, ass. 20 mars 1974, *Ministre de l'Aménagement du Territoire c/ Navarra*, n° 90547, Rec. 200

CE, Ass. 31 janv. 1975, *W*, n° 88338

CE ass. 14 févr. 1975, *Teitgen*, n° 87730, Rec. p. 111

CE, sect., 25 juill. 1975, *Ministre de l'Équipement c. Sieur Richoux*, n° 136063, Rec. 429

CE, 19 mai 1976, *min. de la Santé publique et S.A. du château de Neuvecelle*, Rec. T. 733.

CE, sect. 31 déc. 1976, *Hôpital psychiatrique de Saint-Egrève*, n° 97517, Rec. 584

CE, sect. 28 oct. 1977, *Commune de Merfy*, n° 95537, Rec. 406.

CE, 24 mars 1978, *Laporta*, n° 99477, Rec. 159

CE, sect. 13 oct. 1978, *ADASEA du Rhône*, n° 03335, Rec. 368

CE, sect. 2 févr. 1979, *Min. de l'Agriculture c/ Gauthier*, Rec. 39

CE, sect., 9 juin 1978, *Spire*, n° 08397, Rec. 237

CE, 27 avr. 1979, *Sté le profil*, n° 02496

CE, Sect. 4 mai 1979, *Ministre de la Santé c/ de Grail*, Rec. 190.

CE, 27 juil. 1979, *Mme Troille*, n° 10258, Rec. 880

CE, 28 mars 1980, *M. Georgelin*, RDP 1980 p. 763.

CE, 18 mars 1981, *Ville de Saint-Brieuc sur le Gouet*, n° 19148

CE sect., 19 juin 1981, *Mme Carliez*, n° 20619, Rec. 274.

CE, 14 déc. 1981, *Commune de Montmorot*, n° 16229, Rec. T. 639

CE, 23 déc. 1981, *Andlauer*, Rec. 487

CE, 23 mars 1983, *SA Bureau Véritas*, n° 33803, Rec. 133

CE, Ass. 2 juill. 1982, *Huglo*, n° 25288, Rec. 257

CE, 11 mai 1984, *Pebeyre*, Rec. 576

CE, 18 mai 1984, *Association des administrateurs civils du secrétariat d'Etat à la culture*, n° 00691, 03082, 05584, 08122

CE, 22 juin 1984, *Sté Pierre et Cristal*, Rec. 731

CE, 15 nov. 1985, *Ville d'Hyères*, n° 56518, Rec., p. 326.

CE, 1er oct. 1986, *Synd. nat. des méd. biol.*, n° 54677

CE, 29 avr. 1987, *Ministre de l'Intérieur c/ École Notre-Dame de Kernitron*, n° 71430, Rec. 16

CE, sect. 15 juin 1987, *Soc. Navale des Chargeurs Delmas-Vieljeux et al.*, n° 39250, 39291 et 39308, Rec. 216

CE, 22 juin 1987, *Ville de Rennes*, n° 62559, Rec. 223

CE, 23 sept. 1987, *Ouaras*, Rec. 290

CE, 4 nov. 1987, *Caillault*, n° 66132

CE, 6 mai 1988, *Chérif*, n° 65630, Rec. 558.

CE, Sect., 25 janv. 1991, *Confédération nationale des associations catholiques et autres*, n°s 103143, 107100 et 107101, Rec. 30

CE, 31 janv. 1990, *Min. des Affaires sociales c/ maison médicale de Saint-Benoît*, n° 86545

CE, 4 mars 1991, *Ville de Tourcoing c/ Debaillie*, n° 75632

CE, 5 avril 1991, *Société européenne de location et de service*, n° 76309

CE, 17 févr. 1992, *Sté Textron*, n° 73230, Rec. 66

CE, 19 févr. 1992, *Comité de défense du quartier Saint-Paul*, n° 09899, Rec. T. 539

CE, Ass. 10 avr. 1992, *Epoux V.*, n° 79027, Rec. 171

CE, 8 juill. 1992, *Ville de Chevreuse*, n° 80775, Rec. p.

CE, 10 févr. 1993, *M. Wagner*, n° 37419

CE, Ass. 9 avril 1993, *Bianchi*, n° 69336, Rec., p. 127

CE, 5 nov. 1993, *COB*, n° 143973, Rec. 624.

CE, sect., 25 fév. 1994, *Laboratoire d'Artois*, n° 153202, Rec. 98

CE, 10 févr. 1995, *Min. Éducation nationale et Culture c/D'Angelo*, n° 138871, Rec. 1030.

CE, 5 mai 1995, *Burruchaga*, n° 155820, Rec. p. 197

CE, 26 avr. 1995, *Consorts N'Guyen, Jouan et Pavan*, n° 151798 , 143238, 143673, Rec. 221

CE, 28 juill. 1995, *Union syndicale des administrateurs civils*, n° 159651

CE, Ass. 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-Sur-Orge*, n° 136727, Rec. 372

CE, 29 déc. 1995, *Mlle Cabrera*, req. n° 147685, Rec. 623 et 660

CE, 29 déc. 1995, *Fabre et Perrier*, n° 151551, Rec. T 635, 660, 661 et 999

CE, 17 janv. 1996, *Mlle Lair*, n° 128950.

CE, 15 mars 1996, *Guigon*, n° 146326

CE, sect., avis, 5 avr. 1996 *Houdmond*, n° 176611, Rec. 116.

CE, 10 mai 1996, *Min. délégué à la santé c/ Clinique St Paul*, n° 153592

CE, 19 mars 1997, *M. Cannard*, n° 133338, Rec. T, p. 900

CE, 23 mai 1997, *Société Amérique Europe Asie*, n° 176924

CE, 17 nov. 1997, *Brossault*, n° 168606, Rec. 433.

CE, 19 nov. 1997, *Clinique Lamarque*, n° 149376, Rec. p. 436

CE, 29 déc. 1997, *commune d'Ostricourt*, n° 170606, Rec. 969

CE, 18 fév. 1998, *Sté Carrières Vallée Heureuse*, n° 181342, Rec. 54, DA 1998, n°126.

CE, 13 mars 1998, *Améon*, n° 89370, Rec. 82

CE, 29 avr. 1998, *Commune de Hannappes*, n° 164012, Rec. 185.

CE, 24 févr. 1999, *Soc. Pro-Nat*, n° 192465, Rec. T. 614

CE, 12 mars 1999, *SA Jacqueline du Roure*, n° 180498, Rec. 562.

CE, 24 mars 1999, *Assoc. pour la gestion du patrimoine immobilier*, n° 189478, Rec. p. 703.

CE, 10 nov. 1999, *Soc. de gestion du port de Campoloro et autre*, Rec. 348.

CE, 17 déc. 1999, *Moine*, n° 199598, Rec. 425

CE, ass., 3 déc. 1999, *Didier*, n° 207434, Rec. 399

CE, 12 fév. 2007, *Crédit coopératif et FEHAP*, n° 286692, n° 286700, Rec. T. 1089.

CE, 6 nov. 2009, *Société Inter Confort*, n° 304300

CE, 4 avr. 2012, *SNLIASS*, n° 350952

CE, 12 déc. 2012, *SYNERPA*, n° 350479, Rec. 414.

CE, 12 déc. 2012, *Synd. des médecins inspecteurs de santé publique*, n° 354635, Rec. 412

CE, 4 juin 2014, *Min aff. soc. et santé c/ SELAS Grande Pharmacie d'Anjou*, n° 367298, Lebon T. 874

CE, 30 dec. 2014, *Assoc. nat. pour l'intégration des personnes handicapées moteurs*. n° 366876.

CE, 16 mars 2015, *Hôpital privé de l'Estuaire*, n° 371465

CE, 20 janv. 2016, *Caisse d'épargne et de prévoyance du Languedoc-Roussillon*, n° 3749510

CE, 21 nov. 2016 *M.C.*, n° 386249

Cours administratives d'appel

CAA Paris 16 juin 1992, *Ministre des Affaires sociales et de l'Intégration c/ M. Y.*, n° 92PA00098

CAA Paris 19 déc. 1995, *Kechichian*, Rec. 671

CAA Nantes, 4 nov. 1999, *Snekkar Arctic*, n° 97NT00921.

CAA CAA, Lyon, 6 déc. 2001, *M.X*, n° 96LY20626

Nantes, 15 févr. 2001, *Centre d'imagerie médicale de Basse-Normandie*, n° 99NT02784

CAA, Bordeaux, 20 juin 2002, *Ministère de l'Emploi et de la Solidarité c. M.A.*, n° 98BX02211.

CAA, Bordeaux, 10 sept. 2002, *Sté Voréal*, n° 98BX00965

CAA Marseille 27 mai 2003, *Mme D'Hurlaborde*, n° 99MA00517.

CAA Marseille 14 oct. 2003, *Association Orchidée*, n° 99MA01267

CAA Nantes, 17 oct 2003, *Monsieur X*, n° 97NT02248.

CAA Bordeaux, 12 févr. 2004, *CH départemental Félix Guyon*, n° 00BX02037

CAA Lyon, 13 juill. 2004, *P. et autres c/ Min. de l'emploi et de la solidarité*, n° 98LY00817 et 98LY01060

CAA Marseille, 3 févr. 2005, *Polyclinique Malartic*, n° 02MA02192, 02MA00221.

CAA Nancy, 16 juin 2005, *Mme Anita X. c/ Centre hospitalier de Sedan*, n° 01NC00151.

CAA Douai, 22 juin 2006, *CH de Valenciennes*, n° 04DA00212

CAA Paris, 29 novembre 2006, *SARL Clinique Victor Hugo Spontini*, n° 02PA02090

CAA Nantes, 20 févr. 2007, *M. Aly*, n° 05NT01911.

CAA Douai 15 mars 2007, *Mme Waroquet*, n° 06DA01123.

CAA Bordeaux 19 juin 2007, *SARL Les quatre saisons*, n° 05BX02493.

CAA Bordeaux 19 juin 2007, *Sarl Les quatre saisons*, n° 05BX02493.

CAA Bordeaux, 5 févr. 2008, *Sarl Le Gibus*, n° 06BX00427, *AJDA* 2008. 1119 ; *ibid.* 38, chron. J.-M. Vié.

CAA Nantes, 28 mars 2008, *Assoc. Comité d'action pour la réouverture de notre maternité et le maintien des services publics hospitaliers du bassin de vie du Percheron*, n° 07NT00850.

CAA Marseille 12 juin 2008, *Sarl L'encalada*, n° 06MA03341.

CAA Marseille 20 nov. 2008, *Micard et autres*, n° 06MA03152.

CAA Bordeaux, 10 juin 2008, *Mme Florence B.*, n° 07BX00313

CAA Bordeaux, 27 nov. 2008, *Département de la Charente Maritime, min. de la Santé*, n° 07BX00242 et 07BX00382

CAA Bordeaux, 9 mars 2009, *Mme Chantal X*, n° 07BX02439

CAA Bordeaux, 9 févr. 2010, *ARH de Midi-Pyrénées*, n° 08BX01696

CAA Marseille 3 juin 2009, *Maison de retraite de Saint-Joseph*, n° 7MA04584.

CAA Marseille, 5 févr. 2010, *Cécile A.*, n° 08MA03283.

CAA Lyon, 8 avr. 2010, *Assoc. des usagers des services de santé du Haut Nivernais, CH de Clamecy*, req. n° 08LY00155 et 08LY00271.

CAA Versailles, 2 sept. 2010, *Société Le château de Lormoy*, n° 09VE02655.

CAA Bordeaux, 11 janv. 2011, *Mme Hawa X.*, n° 10BX01034

CAA Marseille, 9 juin 2011, *APEI de Frontignan et Pays de Thau*, n° 09MA03209

CAA Paris, 4 juill. 2013, *Centre d'action sociale de la ville de Paris*, n° 10PA01954

CAA Versailles, 30 dec. 2014, *Clinique Sainte Isabelle*, n° 13VE02347

CAA Lyon, 6 janv. 2015, *M. et Mme E*, n° 13LY01122

CAA Bordeaux 14 juin 2016, *Polyclinique Marzet*, req. n° 14BX02359

CAA Marseille, 27 fev. 2017, *Ass, Edmond Barthélémy*, n° 15MA04791

CAA Paris, 4 août 2017, *Mme D. c/ Min. de la santé*, n° 16PA00157 et 16PA03634, inédit au recueil Lebon.

CAA Marseille, 15 juin 2018, *M. B.A. c/ soc. Normed et Min. du travail*, n° 17MA03413 et suivants, inédit au recueil Lebon.

CAA Paris, 22 janv. 2019, *Fondation de l'Armée du Salut*, n° 17PA00458

Tribunaux administratifs

TA Nice, 8 juil. 1999, *M. Henri Calliet c. / Min de la Défense*

TA Lille, 24 janv. 2006, *Clinique Saint-Roch*, n° 05-03.649

TA Nîmes, 5 dec. 2006, *SARL Les Banquest*, n° 0501797.

TA Marseille, 29 mai 2007, *Sté Polyclinique de la R.*, n° 045621

TA Poitiers 17 déc. 2009, *Société Les glycines*, n° 0801306.

TA Lyon, 12 oct. 2010, *Hôpital de Moze et a.*, n° 0804989

TA Toulouse, 14 avr. 2010, *SARL L'orangerie*, n° 0504262.

TA Nice, 11 févr. 2013, *Clinique Saint-Antoine*, n° 1202029.

TA Montreuil, 18 juill. 2013, *CHU de Reims*, n° 1206888

TA Strasbourg, ord. Référé, 16 oct. 2013, *Centre hospitalier de Sarrebourg*, n° 1304583.

TA Nice, 9 mai 2014, *Clinique de l'Espérance*, n° 1200203.

TA Pau, 26 juin 2014, *Polyclinique Marzet*, n° 1300444.

TA de Montpellier, 19 déc. 2014, n° 1301455

TA Montreuil, 10 dec. 2015, *Clinique du Landy*, n° 1306640.

TA de Cergy-Pontoise, 7 mars 2016, n° 1310363

TA Melun, 7 dec. 2016, *Ass. Fondation X.*, n° 13009133 et 1409713

TA de Nancy, 4 avr. 2017, n° 1501826

TA Montreuil, 29 janv. 2019, *Mme S. L.*, n° 1800068

TA Marseille, 11 mars 2019, *Mmes C, K, M*, n° 1710096, 1710122, 1710124

TA Montreuil, 2 juill. 2020, n° 1704245, 1704392, 1704394

Autres jurisprudences

TASS Paris, ord., 19 juin 2000 n° 15614/00

TITSS de Lyon, 12 mars 2012, req. n°11-73-6.

CJUE, n° C-219/15, 16 fév. 2017, *Schmitt. c/ TÜV Rheinland LGA Products GmbH*

TEXTES (PRINCIPALES ORDONNANCES ET LOIS)

Principales ordonnances

- Ordonnance n° 45-2250 du 4 octobre 1945 portant organisation de la sécurité sociale.
- Ordonnance n° 45-2250 du 4 octobre 1945 portant organisation de la sécurité sociale.
- Ordonnance n° 67-706 du 21 août 1967 relative à l'organisation administrative et financière de la sécurité sociale.
- Ordonnance n° 2000-1249 du 21 décembre 2000 relative à la partie Législative du code de l'action sociale et des familles.
- Ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation.
- Ordonnance n°2005-406 du 2 mai 2005 simplifiant le régime juridique des établissements de santé JORF 3 mai 2005.
- Ordonnance n° 2005-1477 du 1^{er} décembre 2005 portant diverses dispositions relatives aux procédures d'admission à l'aide sociale et aux établissements et services sociaux et médico-sociaux.
- Ordonnance n° 2010-49 du 13 janvier 2010 relative à la biologie médicale.
- 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 relatives aux patients, à la santé et aux territoires.
- Ordonnance n° 2013-1183 du 19 décembre 2013 relative à l'harmonisation des sanctions pénales et financières relatives aux produits de santé et à l'adaptation des prérogatives des autorités et des agents chargés de constater les manquements
- Ordonnance n° 2018-4 du 3 janv. 2018 relative à la simplification et à la modernisation des régimes d'autorisation des activités de soins et d'équipements matériels lourds.
- Ordonnance n° 2018-21 du 17 janvier 2018 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.
- Ordonnance n° 2018-22 du 17 janvier 2018 relative au contrôle de la mise en œuvre des dispositions du code de l'action sociale et des familles et de l'article L. 412-2 du code du tourisme et aux suites du contrôle.

Principales lois

- Loi n°70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière.
- Loi n° 71-1050 du 24 décembre 1971 modifiant les titres II et V du code de la famille et de l'aide sociale et relative au régime des établissements recevant des mineurs, des personnes âgées, des infirmes, des indigents valides et des personnes accueillies en vue de leur réadaptation sociale.
- Loi n° 75-535 du 30 juin 1975 relatives aux institutions sociales et médico-sociales.
- Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions.
- Loi N° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, JO du 9 janvier 1983.
- Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le PORS.
- Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.
- Loi N°83-633 du 22 juillet 1983 complétant la loi N° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État.
- Loi N° 86-17 du 6 janvier 1986 adaptant la législation sanitaire et sociale aux transferts de compétence en matière sociale et de santé.
- Loi n° 91-748 du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière.
- Loi n° 93-5 du 4 janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicament, et décret n° 93-295 du 8 mars 1993 relatif à l'Agence du médicament créé par l'article L. 567-1 du code de la santé publique.
- Loi n° 98-535 du 1er juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme.
- Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.
- Loi organique n° 2001-692 du 1 août 2001 relative aux lois de finances.
- Loi 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale.
- Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

- Loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté.
- Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.
- Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.
- Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires.
- Loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires.
- Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits (*JO* du 30 mars 2011).
- Loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé.
- Loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement.
- Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.
- Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.
- Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.
- Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.
- Loi organique n° 2017-54 du 20 janvier 2017 relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes.
- Loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.
- Loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance.
- Loi n° 2019-774 du 24 juillet 2019 relative à l'organisation et à la transformation du système de santé.
- Loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne.

INDEX ALPHABETIQUE

Les numéros renvoient aux paragraphes

A

Acte administratif unilatéral : 9, 11, 42, 100, 221

Acte préparatoire : 9, 155, 157, 212

Administration provisoire : 57, 93, 117-119, 125, 200-201, 237-238, 292

Assermentation : 126, 170-174, 177

Autorisation

- Sociale et médicosociale : 102
- Sanitaire : 102, 185, 193, 235, 300-303, 320

Autorité administrative indépendante : 418-429, 481

C

Centre national de gestion : 239-246

Cessation d'activité : 114, 188, 202, 233-235, 292

Chambre régionale des comptes : 55, 57, 92, 118-120, 159, 324

Cofrac : 324-325, 360-364, 461-468

Commissaire aux comptes : 13, 116-118, 124, 386

Comptable public : 13, 57, 116-119, 386

Concurrence

- Entre autorités de contrôle : 41, 75, 78, 124-127, 206, 215-220,
- Entre inspection et démarches qualités : 319, 325, 355, 391

Confidentialité : 165-169, 309, 361

Contrat, contractualisation : 26-28, 279-283, 298-300, 339-344

Contrôle

- de conformité : 50, 102-106, 139, 145,
- d'ordre public : 54, 91, 112, 144, 202-206, 208, 254, 480
- de gestion : 14, 53-54, 119-122, 278, 390-391
- de légalité (tutelle) : 11, 40, 306, 370-371, 384, 480
- médical : 58, 89, 121-123
- de pertinence des soins : 121-123, 278

Contrôleur général des lieux de privation de liberté : 423-429,

Cour des comptes : 55-57, 92, 118-119, 184

D

DDASS : 5, 47-48, 51-59, 64-65, 73, 79, 114, 278, 420

Déclaration obligatoire : 158, 329-334, 400, 483

Défenseur des droits : 389, 419-429, 481

Défaut de contrôle : 385-386, 390-392, 399, 401, 417, 421, 441-451, 459, 465

Déontologie

- Des fonctionnaires de contrôle: 156, 160, 163, 317
- Des professionnels de santé : 240, 257

Devoir de réserve : 41, 165-166

Discrétion professionnelle : 165-166, 287

DRASS : 5, 10, 53-75, 84, 114

E

Erreur positive : 329, 333, 483

Evènement indésirable : 327-335, 357, 375, 400

Experts visiteurs : 293, 455

Externalisation

- des contrôles : 320-323, 360-363, 467
- de responsabilité : 460-465

F

Fait du tiers : 379-380, 439-470

Faute

- personnelle, 410, 432-436, 455
- de service 381, 407, 410, 417, 432, 434, 451

H

Habilitation

- D'agents de contrôle : 87, 170-174, 177, 222
- D'organismes de contrôle : 269, 295, 322, 456-469

I

Indépendance (autorités et agents): 5, 144, 154, 156-161, 293-294, 418, 455, 482

Impartialité (autorités et agents): 144, 156-161, 228, 293-294, 320, 323, 365, 455

Imputabilité : 412-413, 448, 470

Insuffisance professionnelle : 243-245

L

Laboratoire de biologie médicale : 167, 175, 230, 291, 323-325, 461-465

M

Management

- Nouveau management public : 18, 41, 258, 279-280
- Management de la qualité : 258, 284, 288, 347

Maltraitance : 62, 108, 112, 126, 139, 170, 179, 198, 263, 337, 339, 375, 389, 401

Mise à disposition (agents, protocoles) : 112, 149, 210, 213-214

Mise en demeure : 155, 221,

N

Normes

- Juridiques : 263, 356, 358, 362, 479
- Techniques : 37, 52, 63, 102, 145, 185-188, 263, 314, 325, 358

Normalisation : 37-38, 115, 258, 281-283

O

Obligation

- d’agir : 389, 394-406
- de moyen : 396, 406
- de résultat : 258, 359, 406,

Ordre professionnel : 244

Ordre public

- de conservation : 42
- de direction : 41-42, 478
- de protection : 41-42
- général : 203-206
- spécial : 203, 205

Organismes privés chargés de mission de service public : 384, 461, 479

P

(dé)Pénalisation : 170-171, 181, 224, 253,

Performance : 7, 13, 15, 27, 41-42, 95, 120, 265-266, 276-278, 280-282, 322, 335-342, 365, 401, 477, 480

Police administrative

- Générale : 113, 197, 205-206, 219-220, 402, 475
- Spéciale : 49, 54, 63, 71, 105, 193, 197-198, 201, 205, 218,

Police judiciaire : 28, 84, 156, 170-181

Pouvoir d’arbitrage : 114, 220

Pouvoir de substitution : 63, 113-114, 206, 208, 220, 370, 438

Professionnels de santé : 53, 58, 110, 121-123, 199, 219, 239-246

Q

Qualité de la prise en charge : 107, 109, 110, 117, 120, 123, 254, 335-338, 375

Qualité (démarche) : 103, 262, 267, 269, 272, 276, 356, 452

R

Recommandations de bonnes pratiques professionnelles : 272, 279, 281-283, 291, 306-307, 349, 481

Régulation : 225, 273-280, 283, 305-307, 338, 347, 366, 418, 476-477, 479

- Responsabilité administrative : 259, 359, 367-470

- Responsabilité pénale : 63-64, 166, 178, 259, 367, 411, 421
- Responsabilité disciplinaire : 411

Retrait d'autorisation : 64, 175, 186, 230-234, 247, 325, 375, 392, 415

S

Salubrité : 20, 42, 67, 109, 192, 195, 205, 211, 347, 402, 404, 406

Sanction

- Administrative : 12, 40, 122, 178, 192, 224-238,
- Pénale : 178-180, 224, 253, 325
- Financière : 122, 250-253, 298, 336
- Disciplinaire : 180, 242-246, 251

Secret professionnel : 20, 41, 153, 166-169, 180, 293, 295, 315, 361, 425, 434

Signalement : 20, 95, 152, 169, 179-180, 310, 330, 333, 337, 388, 400

Suspension

- D'activité : 64, 223, 233, 420
- De professionnel : 219

T

Tarification à l'activité : 122, 250

Tutelle (autorité de) : 141, 287-288, 295, 300, 370, 372, 409, 444

V

Visite de conformité : 60, 100-107, 137-138, 143, 145-146, 185, 188, 299, 303, 319, 327

TABLE DES MATIÈRES

THESE DE DOCTORAT DE.....	1
L'UNIVERSITE DE RENNES 1	1
REMERCIEMENTS	2
SOMMAIRE	3
SIGLES ET ABRÉVIATIONS.....	4
INTRODUCTION.....	8
I – Les définitions : le polymorphisme des termes contrôle et inspection	10
II - La délimitation de l'étude	24
III - La problématique de l'étude	29
IV – La méthodologie et le plan de l'étude	38
Partie 1 - L'inspection à l'épreuve des autres contrôles classiques dans le champ étudié.	45
Titre 1 - L'inspection, un contrôle parmi d'autres.	46
Chap. 1 La multiplicité des acteurs de l'inspection et du contrôle dans le champ étudié.....	46
Sect. 1 - L'évolution des autorités et des missions de contrôles de 1945 à nos jours dans le champ étudié.....	47
§1 L'évolution d'un contrôle régalien à un contrôle sur le pilotage	47
A/ Le fondement du pouvoir régalien de contrôle fondé sur la surveillance et la tutelle	47
1/ Le pouvoir historique de surveillance du préfet de département sur les établissements et services du champ étudié.....	49
2/ L'exercice du pouvoir de surveillance par les corps d'inspection de l'État dans les établissements et services : la phase d'expansion entre 1945 et les années 1970.	51
B/ L'apparition d'un contrôle de gestion orienté sur la notion de pilotage.....	53
1/ Le pilotage par la planification	54
2/ Le pilotage par la maîtrise des dépenses de santé	57
a) Le renforcement du contrôle financier sur les hôpitaux par l'instauration des chambres régionales des comptes en 1982.	57
b) Les contrôles financiers relatifs à l'activité médicale.....	60
§2 L'inspection-contrôle à l'épreuve des décentralisations territoriales et fonctionnelles	62
A/ La décentralisation territoriale des contrôles dans le champ social et médico-social.....	63
1/ Les transferts de compétences et d'effectifs de l'État vers les Conseils généraux	63
2/ Une nouvelle répartition des pouvoirs de contrôles entre l'État et le Conseil général dans le champ social et médico-social issue de la loi du 2 janvier 2002.....	66
B/ La décentralisation fonctionnelle des contrôles dans le champ sanitaire.....	68

1/ Une première décentralisation fonctionnelle de l'inspection-contrôle au niveau régional en matière sanitaire dans les années fin 90 - début 2000 : l'articulation complexe entre préfet de département et directeur d'ARH.....	68
2/ La décentralisation fonctionnelle de l'inspection-contrôle importante au niveau national : la création des agences nationales de sécurité sanitaire.....	72
Sect. 2 - Les acteurs actuels de l'inspection-contrôle dans le champ étudié.....	77
§1 Les autorités et les agents ayant une compétence territoriale d'inspection et de contrôle.....	77
A/ Les autorités et agents de l'État chargés des missions d'inspection et de contrôle au niveau territorial.....	77
1/ La dualité des autorités de contrôle de l'État au niveau territorial, ou le déséquilibre en faveur du DGARS	78
2/ Les agents de l'État chargés de l'inspection-contrôle : une mission entre cœur de métier et variable d'ajustement.....	83
B/ Les autorités et agents des collectivités territoriales et de l'assurance maladie	89
1/ Le Conseil départemental et ses agents de contrôle.....	90
a) Une reconnaissance quasi inexistante des compétences de contrôle dans les statuts des fonctionnaires du département.....	90
b) Une reconnaissance des compétences de contrôle au travers de la désignation par le PCD.....	91
2/ Le contrôle médical de l'assurance maladie et ses agents de contrôle.....	94
a) Du contrôle de la gestion du risque au contrôle du fonctionnement des établissements de santé.....	95
b) Vers un élargissement du contrôle de la législation sociale au contrôle de sécurité sanitaire	96
§2 Les autorités et agents ayant une compétence nationale de contrôle.....	97
A/ L'IGAS : inspection supérieure ou de second degré	98
1/ Les missions étendues de l'Igas dans le champ sanitaire et social, notamment en matière d'inspection-contrôle.....	98
2/ Des compétences d'inspection de l'Igas qui régressent au profit de l'évaluation et de la mission d'accompagnement.....	100
B/ Les autorités et agents de contrôle des agences nationales de sécurité sanitaire	102
Chap. 2 - Essai de typologie des contrôles actuels dans le champ des établissements et services sanitaires, sociaux et médico-sociaux.	107
Sect. 1 - Les contrôles liés à la police administrative.	107
§1 Les contrôles liés à l'autorisation	108
A/ Les contrôles de conformité à l'autorisation sur les établissements et services de santé	108
1/ Le contrôle de conformité à l'autorisation dans le champ sanitaire : un contrôle de police lié à la planification	109

2/ Le contrôle de conformité à l'autorisation dans le champ sanitaire : un contrôle remis en cause par la certification des établissements de santé ?	111
B/ Les contrôles de l'autorisation sur les établissements et services sociaux et médico-sociaux	112
1/ La complexité de la procédure d'autorisation et du contrôle de conformité au regard de la multiplicité des autorités ayant compétence pour délivrer l'autorisation dans ce champ.	113
2/ Le contrôle de conformité à l'autorisation dans le champ social et médico-social : un contrôle relégué en arrière-plan de la procédure d'évaluation des établissements et services.	116
§2 Les contrôles liés au respect des textes législatifs et réglementaires relatifs à la sécurité et à la qualité des prises en charge	119
A/ Les contrôles relatifs à la sécurité et à la qualité des prises en charge dans les établissements et services sanitaires	120
1/ Le directeur général d'ARS, maître du jeu en matière de sécurité sanitaire	120
2/ La nature ambivalente de certains contrôles sous compétence de l'ARS.	123
B/ Les contrôles relatifs à la sécurité et à la qualité des prises en charge dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux	125
1/ La perte de pouvoir du Préfet de département en matière de sécurité des personnes	125
2/ Le maintien d'un pouvoir de substitution et d'arbitrage du préfet de département dans les contrôles des ESSMS au titre de la puissance publique	128
a) Le pouvoir de substitution du préfet de département en cas de carence de la décision à prendre dans le cadre des contrôles des ESSMS.....	128
b) Le pouvoir d'arbitrage du préfet de département en cas de désaccord entre autorités administratives chargées de prendre une décision dans le cadre des contrôles des ESSMS.	129
Sect. 2 - Les contrôles liés à la gestion budgétaire, financière et à la tarification	131
§1 Les contrôles liés à la gestion budgétaire, financière et à la tarification dans le champ des établissements et services de santé.....	131
A/ Un contrôle budgétaire et comptable renforcé sur les établissements de santé.....	132
1/ Le contrôle budgétaire et comptable par les autorités de tarification et le CAC	132
2/ Le contrôle financier par les juridictions financières	135
B/ De l'activité médicale à la pertinence des soins : le renouveau du contrôle relatif à l'activité médicale ?	138
1/ Le contrôle de l'activité médicale : de l'utilité de l'acte à la tarification à l'activité... ..	138
2/ Le contrôle de la pertinence des soins : un nouveau type de contrôle ?	142
§2 Les contrôles liés à la gestion budgétaire, financière et à la tarification dans le champ des établissements et services sociaux et médico-sociaux	143

A/ Le principe de distributivité du contrôle financier entre autorités de tarification sur les ESSMS gérés par des organismes de droit privé à but non lucratif	144
B/ La concurrence entre DGARS et préfet de département sur les « missions d'enquête financière »	145
1/ La mission d'enquête financière dévolue au DGARS	145
2/ La mission d'enquête financière dévolue au préfet de département	147
Conclusion du titre 1	149
Titre 2 - L'inspection, un contrôle particulier lié à des pouvoirs et une finalité étendus.....	150
Chap. 1 - L'inspection, un contrôle particulier au regard des larges pouvoirs mis en œuvre.....	150
Sect. 1 – Une caractérisation difficile de l'inspection dans la pratique et en droit positif.	151
§1 L'inspection, une opération de contrôle aux contours indistincts dans la pratique et dans les textes en vigueur.....	151
A/ Une définition de l'inspection centrée sur le mode opératoire dans la pratique et les textes généraux des codes.	151
1/ Une approche fonctionnelle évolutive de « l'inspection » dans la pratique professionnelle, privilégiant le critère opératoire ou le critère finaliste.	152
2/ Une approche textuelle de « l'inspection » dans le CSP et CASF centrée sur le critère opératoire.....	154
B/ Une recherche de critères de définition de l'inspection dans les textes spécifiques au champ étudié.....	158
1/ Une différenciation peu marquée entre inspection et contrôle dans le champ étudié au titre du CSP.	158
2/ La prédominance de la notion de contrôle, ou l'inspection réduite à sa dimension organique et processuelle dans le CASF.....	161
§2 La recherche de critères de différenciation de l'inspection dans la doctrine et la jurisprudence.....	163
A/ La différenciation de l'inspection par l'objet auquel elle s'applique : La distinction entre le contrôle des actes dans le cadre de la tutelle et le contrôle des activités en inspection.....	163
B/ La différenciation de l'inspection par l'analyse des processus de contrôle	165
1/ L'application du critère organique : les inspecteurs (rationae personae).....	165
2/ L'application des critères temporels et géographiques.....	167
a) L'application d'un critère temporel : L'inspection, un contrôle a posteriori : exclusion des visites de conformité (rationae temporis)	167
b) L'application d'un critère géographique : l'inspection, un contrôle sur place (rationae loci)	169
Sect. 2 - La caractérisation de l'inspection par l'attribution de pouvoirs particuliers attribués aux agents qui en ont la charge.	170
§1 L'attribution de pouvoirs en vue d'une décision administrative à titre principal.....	171
A/ Des pouvoirs étendus en inspection justifiés pas une finalité ultime de police administrative dans le champ étudié	171

1/ La réunion préalable de compétences nécessaires au déclenchement des prérogatives de contrôle.	172
2/ Les prérogatives de contrôle très larges reconnues aux inspecteurs dans le champ étudié.....	174
a) Le droit d'accès aux locaux à usage professionnel ou d'habitation.	174
b) Le droit d'accès aux documents et aux personnes.....	176
B/ Les obligations imposées aux agents dans le cadre de leurs missions de contrôle technique et de police administrative.....	180
1/ Les obligations relatives à la qualité des agents exerçant le contrôle.....	180
a) L'obligation d'indépendance et d'impartialité des agents de contrôle : des notions fondamentales qui se heurtent à de fortes disparités institutionnelles.	180
b) Le devoir de réserve et de discrétion professionnelle : obligations classiques de la fonction publique, renforcées en matière de contrôle.	189
2/ Les obligations relatives à la qualité des personnes soumises au contrôle.....	190
a) La protection des informations couvertes par le secret professionnel en matière de contrôle.	190
b) Le respect de la confidentialité des réclamations en matière de contrôle.....	193
§2 L'attribution de pouvoirs en vue d'une décision judiciaire à titre accessoire.....	194
A/ Une montée en puissance des contrôles de police judiciaire : la pénalisation de l'action administrative dans le champ étudié	195
1/ Les raisons de la pénalisation de l'action administrative : le renforcement de la police administrative par la police judiciaire.	195
2/ Les conditions de déclenchement des prérogatives de police judiciaire dans le champ étudié : une procédure complexe souvent méconnue des autorités administratives concernées.	198
B/ La diversité des prérogatives de police judiciaire et la complexité de leur mise en œuvre.	201
1/ Le constat de la grande diversité des prérogatives de police judiciaire dans le champ étudié.....	202
2/ Le recours à l'article 40 du Code de procédure pénale.	206
Chap. 2 - L'inspection : une finalité essentiellement liée à la police administrative dont les suites sont multiples et complexes à mettre en œuvre.	210
Sect. 1 - La police administrative, objectif essentiel mais non exclusif en inspection.	210
§1 Exigence absolue et exigence relative en inspection	210
A/ La sécurité, une exigence absolue dans les textes, liée au contrôle de police administrative dans la jurisprudence.	211
1/ La sécurité, exigence absolue prévue par les textes.....	211
a) En matière de droits des usagers : la proclamation d'un « droit à la sécurité »	211
b) En matière de conditions de fonctionnement : L'existence de normes techniques	212

α - Des normes techniques nombreuses et précises dans le CSP	212
β - Des normes techniques rares et imprécises dans le CASF	214
2/ La sécurité, une finalité liée à la police administrative dans la jurisprudence	215
a) La notion de sécurité dans la jurisprudence du champ sanitaire.....	216
b) La notion de sécurité dans la jurisprudence du champ social et médico-social.....	217
B/ La position ambivalente de la doctrine sur la finalité sécuritaire de l'inspection.....	219
1/ La sécurité, finalité principale de l'inspection selon la doctrine.....	219
2/ La finalité sécuritaire de l'inspection non exclusive d'autres finalités incluant le concept de qualité selon la doctrine.....	220
§2 Le respect de l'ordre public : de la notion à la mise en œuvre	223
A/ Le respect de l'ordre public, une notion partagée entre plusieurs autorités administratives dans le champ étudié.	224
1/ Le directeur général d'ARS, autorité de police spécialisée dans les établissements et services de santé.	224
a) Les fondements des contrôles exercés par le directeur général de l'ARS au titre de la police administrative en établissements de santé.	225
b) Les suites administratives des contrôles au titre de la sécurité en établissements de santé.	226
2/ L'attraction continue du contrôle d'ordre public par le contrôle de l'activité dans le champ des établissements et services sociaux et médico-sociaux.....	228
B/ La détermination de la nature de la police administrative : ordre public général et spécial dans les établissements et services.....	230
C/ Conséquences sur la mise en œuvre de l'ordre public dans le champ étudié : Les pouvoirs de police administrative : entre complémentarité et concurrence.	232
1/ Une logique de collaboration et de complémentarité.	232
a) Les obligations d'informations entre autorités administratives dans le cadre des contrôles.....	232
b) La contribution de l'ARS à l'exercice des pouvoirs de contrôle des préfets de départements : des mises à dispositions difficiles à mettre en œuvre en droit et en fait	235
2/ Des situations de concurrence entre les autorités de contrôle et le recours à l'exécution forcée par la voie du préfet.	238
a) La concurrence entre les autorités de police en matière d'inspection-contrôle dans le champ étudié	238
α - Le concours entre pouvoirs de police spéciale	238
β - Le concours entre pouvoirs de police spéciale et police générale.....	240
b) La question de l'exécution des mesures de police : un élargissement des pouvoirs d'action d'office des autorités de contrôle dans le champ étudié.....	242
Sect. 2 - Les suites d'inspection : de la multiplicité des décisions envisageables à la complexité de leur mise en œuvre.	245

§1 La question de la nature juridique préventive ou répressive de certaines décisions prises à la suite d'une inspection-contrôle.....	246
A/ L'enjeu de la qualification des suites d'inspection-contrôle sur le régime juridique qui leur est applicable.	246
1/ La réunion des mesures de police et des sanctions dans les mêmes mains.	248
2/ Le régime juridique différencié des mesures de police administrative et des sanctions administratives.	249
B/ La nature mixte de certaines décisions faisant suite à inspection contrôle : l'exemple du retrait d'autorisation et de l'administration provisoire.	251
1/ Le retrait d'autorisation	252
2/ Les mesures intermédiaires en inspection-contrôle et le cas spécifique de l'administration provisoire.	255
a) Le cas des mesures intermédiaires.....	256
b) Le cas particulier de l'administration provisoire des établissements et services ...	256
§2 La complexité dans la mise en œuvre des sanctions professionnelles et des sanctions financières suite à inspection-contrôle	258
A/ Le rôle de l'inspection dans les sanctions des professionnels de santé : entre pouvoir de transmission et pouvoir de décision.	259
1/ La place de l'inspection dans la procédure disciplinaire des professionnels de santé.....	260
2/ La place de l'inspection dans la procédure d'insuffisance professionnelle, d'infirmité ou d'état pathologique du professionnel de santé	262
B/ La place émergente des sanctions financières en inspection-contrôle.....	265
1/ Le constat d'une application rare des sanctions pénales et des sanctions contractuelles dans le champ étudié	265
2/ La montée en puissance des sanctions financières dans le champ étudié.....	267
Conclusion du titre 2	272
Conclusion de la première partie	273
Partie 2 - L'inspection à l'épreuve des démarches qualités dans le champ étudié.	274
Titre 3 - La juridicité des démarches qualité et ses effets sur l'inspection.	275
Chap. 1- La reconnaissance d'une juridicité des démarches qualité.	275
Sect. 1 – La recherche d'une nouvelle forme de régulation par la qualité	277
§1 Les causes des démarches qualité.....	278
A/ La qualité, un concept intégratif de sécurité et de reconnaissance du droit des usagers en lien avec l'exigence de performance des services publics.	278
1/ La cause sécuritaire de la qualité et la reconnaissance des « droits des usagers »....	279
2/ La cause économique de la qualité : la recherche de performance	283
B/ La qualité, une réalité juridique à part entière.....	285
1/ La traduction de la qualité dans les textes propres aux établissements et services du champ étudié.....	285

2/ L'institutionnalisation de la qualité par la création d'organes spécifiques	286
a) La volonté originelle d'une différenciation des organes et des postures propres aux démarches qualité	287
b) Du rapprochement à la fusion des démarches évaluatives	289
§2 Les instruments des démarches qualité dans le champ étudié	290
A/ Le passage d'une culture de la règle à une culture du résultat.....	291
1/ La diversification des modes d'intervention de l'action publique : La dilution de la règle dans la régulation	291
2/ La prééminence de la performance par la recherche de résultats attendus des opérateurs au risque de l'indifférenciation des instruments juridiques.....	294
B/ Le passage d'une culture du contrôle à une culture de l'accompagnement.	299
1/ L'accompagnement des établissements et services par la contractualisation.....	299
2/ L'accompagnement des établissements et services par la normalisation.....	303
Sect. 2 –Les démarches qualité saisies par le droit	306
§1 Les démarches qualité imposées de manière hétérogène.....	306
A/ Une hétérogénéité liée aux procédures utilisées dans les démarches qualité.	307
1/ La certification des établissements de santé	307
a) L'outil de la certification : Le manuel de certification	308
b) La procédure de certification (V2014 version du 17 avril 2019).....	310
2/ L'évaluation des ESSMS	312
a) Les outils de l'évaluation des ESSMS.....	313
b) Une procédure encore floue sur l'évaluation externe.....	316
B/ Une hétérogénéité liée aux statuts des agents chargés d'assurer la mise en œuvre des démarches qualité.	318
1/ Les agents en charge de la certification des établissements de santé	318
2/ Les agents en charge de l'évaluation externe des ESSMS	321
§2 La porte juridique des actes issus des démarches qualités.....	324
A/ La reconnaissance de la juridicité des démarches de contractualisation et des démarches évaluatives.....	324
1/ Le rapprochement des démarches évaluatives autour de la question de leur juridicité	326
2/ Des divergences juridiques entre certification et évaluation sociale et médicosociale qui tendent à s'estomper	329
B/ La juridicisation des recommandations de bonnes pratiques professionnelles dans le champ étudié.....	332
Chap. 2 - Les effets des démarches qualité sur l'inspection	337
Sect. 1 – L'explosion des moyens de contrôle à l'origine d'effets de concurrence entre démarches qualité et inspection	337

§1 Le constat de diminution et de marginalisation de l'inspection	337
A/ Le contexte préalable d'une diminution statistique des inspections dans le champ étudié.....	338
B/ Des effets de minoration politique : l'inspection perçue comme un obstacle à l'accompagnement.....	341
1/ La traduction de la minoration de l'inspection dans les mots.....	341
a) La disparition de l'inspection dans les directives données aux DGARS	342
b) Les effets du discours public sur l'avenir de l'hôpital	343
2/ La traduction de la minoration de l'inspection dans les actes.....	344
a) La transformation partielle des pouvoirs d'inspection en audit	344
b) L'inspection conjointe entre inspecteur et inspecté : L'affaire des urgences de l'hôpital AP-HP Lariboisière.....	346
§2 Des effets de substitutions juridiques : l'abandon ou la transformation de certains contrôles.....	348
A/ L'abandon progressif des visites de conformité.....	349
B/ La délégation de certains contrôles de qualité et sécurité à des organismes privés.	353
1/ L'exemple du contrôle des dispositifs médicaux	354
2/ L'exemple du contrôle des laboratoires de biologie médicale	356
Sect. 2 – La recherche d'une complémentarité des moyens de contrôle au risque de leur confusion.....	361
§1 La recherche de complémentarité des moyens de contrôle relatifs à la qualité et sécurité	361
A/ La recherche d'une complémentarité de l'inspection avec les démarches qualité par les signaux et les indicateurs de risque en provenance des établissements et services.....	362
1/ L'utilisation des déclarations obligatoires, ou l'inspection par exception.....	364
a) Le principe de l'accompagnement des structures par la culture de l'erreur positive	364
b) L'exception de l'inspection sanction	367
2/ L'utilisation des indicateurs produits par les établissements et services : une réification de l'inspection	370
a) La réification de l'inspection par les indicateurs de performance dans le secteur médico-social.....	370
b) La réification de l'inspection par les indicateurs de qualité et sécurité des soins dans le secteur sanitaire	371
B/ La recherche d'une complémentarité entre inspection et contractualisation des établissements et services.....	375
1/ Une complémentarité recherchée en fait entre inspection et contractualisation.....	375
2/ Une complémentarité entre inspection et contractualisation à interroger en droit .	378

§2 La fusion des finalités au risque d'une confusion des pratiques des contrôles relatifs à la qualité et à la sécurité	380
A/ La fusion des finalités des contrôles relatifs à la qualité et la sécurité.	380
1/ La qualité, un instrument de police	381
2/ La qualité, un objectif de police dans le champ étudié ?.....	385
B/ Les risques de confusion des contrôles relatifs à la qualité et sécurité.	388
1/ Les risques endogènes d'une fusion des contrôles	389
a) La confusion des postures de contrôle, d'évaluation et d'audit	389
b) Le risque de la subjectivisation de l'inspection par le droit souple et la négociation	391
2/ Les risques exogènes d'une fusion des contrôles	393
a) La place laissée à l'externalisation des contrôles.....	393
b) De la normalisation des pratiques à la tentation de labellisation des prestations.	395
Conclusion du titre 3	400
Titre 4 - Les contrôles relatifs à la qualité et à la sécurité au prisme de la responsabilité indemnitaire de la puissance publique.	401
Chap. 1- L'exigence d'une faute de l'autorité administrative dont le degré de gravité et la nature sont variables en fonction du type d'inspection contrôle, objet de l'étude.....	404
Sect. 1 - La distinction entre la faute lourde et la faute simple appliquée à l'activité d'inspection-contrôle du champ étudié.	404
§1 La responsabilité administrative et la distinction entre contrôles de tutelle et contrôles de police dans le champ étudié.....	405
A/ Le contrôle de tutelle au sens strict ou le maintien de la faute lourde.....	405
B/ Le contrôle de police et la prépondérance de la faute simple	408
1/ Les activités de contrôles visant à la protection générale de la santé publique	410
2/ Les activités de contrôle liées au régime de l'autorisation préalable des établissements de santé et des établissements et services sociaux et médico-sociaux.....	416
§2 Les contrôles étrangers à la tutelle et à la police : l'appréciation du juge entre la faute lourde et la faute simple	418
A/ Les contrôles assimilés aux contrôles de tutelle : La responsabilité administrative pour faute lourde par extension.	419
1/ Le défaut de contrôle sur les organismes privés chargés d'une mission d'intérêt général.....	419
2/ Le défaut de contrôle budgétaire et financier sur les ESSMS.....	420
3/ La question de la faute dans l'exercice du pouvoir de substitution du préfet en cas de carence de contrôle du département sur les ESSMS	422
B/ Les contrôles assimilés aux contrôles de police : La responsabilité administrative pour faute simple par extension.....	425

1/ Le cas du défaut de contrôle d'une activité à laquelle l'administration collabore étroitement	425
2/ Le cas du défaut de contrôle relatif à la suffisance d'activité apparenté au contrôle de l'autorisation préalable	427
Sect. 2 - La prise en compte de la nature des fautes commises par l'autorité administrative dans le cadre de ses prérogatives d'inspection-contrôle	428
§1 La carence du contrôle	428
A/ Les conditions de l'obligation d'agir retenues par la jurisprudence dans le cadre l'activité de contrôle de police.....	429
1/ L'obligation d'agir dans ces affaires est davantage imposée par le contexte général que par l'application de textes spécifiques.....	431
2/ Être informé du risque en cause et des moyens d'y parer.....	431
3/ Agir sans délai et avec des moyens appropriés	433
B/ Les deux exigences de l'obligation d'agir fixées par le juge dans le cadre du contrôle de police.....	434
1/ Une obligation de diligence dans l'action de l'autorité de contrôle.....	434
2/ Une obligation de suffisance dans l'action de l'autorité de contrôle	435
§2 L'anormalité du contrôle.....	437
A/ L'anormalité résultant d'une illégalité.....	437
1/ Illégalité et faute simple.....	437
2/ Illégalité et faute lourde.....	439
B/ l'anormalité résultant d'une faute matérielle	440
Chap. 2 La question de l'imputabilité de la faute en matière d'inspection-contrôle dans le champ étudié	442
Sect. 1 - L'identification de l'État en tant que principale personne publique responsable en matière d'inspection-contrôle.....	443
§1 Une mise en jeu renforcée de la responsabilité de l'État par la multiplicité des autorités de contrôles agissant « en son nom » dans le champ étudié.	443
A/ La multiplication des autorités administratives susceptibles d'engager la responsabilité de l'État en matière de contrôle dans le champ étudié.....	444
B/ La place particulière des autorités administratives indépendantes, ou l'émergence d'une responsabilité administrative liée au développement de leur activité de contrôle.	446
1/ L'engagement de la responsabilité de l'État par les autorités administratives indépendantes dépourvues de personnalité morale en matière de contrôle dans le champ étudié.....	448
a) L'Autorité de sûreté nucléaire (ASN).....	448
b) Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL) et le Défenseur des droits (DDD).....	450
α- L'objectif de recommandation a priori exclusif d'un engagement de responsabilité indemnitaire de l'État	452

β- La mise de place d'une responsabilité morale de l'État avec l'instauration d'un « contrôle du contrôle » par ces AAI	455
2/ Le cas particulier de la HAS : autorité publique indépendante à caractère scientifique dotée de la personnalité morale.	457
§2 Des partages de responsabilités en matière d'inspection contrôle qui demeurent rares au sein des autorités administratives et entre autorités administratives	459
A/ Le cas du partage de la responsabilité administrative au sein de l'autorité de contrôle : la faute de l'agent contrôleur.	459
B/ Le cas du partage de responsabilité entre plusieurs administrations de contrôle	462
Sect. 2 - Le fait du tiers, une cause d'exonération ou d'atténuation de responsabilité à double visage pour les autorités de contrôles dans le champ étudié.	464
§1 La faute du tiers contrôlé ou le rôle du critère de « collaboration étroite » entre contrôleur et contrôlé.	466
A/ La remise en question de l'effet exonératoire du fait du tiers par la notion de « collaboration étroite » entre contrôleur et contrôlé	466
1/ Le fait du tiers en principe exonératoire dans la responsabilité pour faute.....	466
2/ L'effet exonératoire du fait du tiers contrôlé remis en question en cas de « collaboration étroite » entre contrôleur et contrôlé : l'affaire du sang contaminé	467
B/ Le retour de l'effet exonératoire du fait du tiers en l'absence de « collaboration étroite » : essai d'application au défaut de contrôle dans les établissements et services du champ étudié.....	470
1/ Le retour de l'effet exonératoire du fait du tiers contrôlé en cas d'absence de collaboration étroite avec le contrôleur : les affaires médiateur et amiante.	470
2/ La question du régime de la responsabilité administrative pour défaut de contrôle dans les établissements et services du champ étudié.	473
§2 la question de la responsabilité du « tiers contrôleur »: contrôleur externe ou collaborateur de service public ?	475
A/ Le maintien d'une responsabilité de l'autorité administrative en l'absence de délégation de service public au tiers contrôleur	476
1/ Le rôle des experts visiteurs de la HAS dans la certification des établissements de santé.	477
2/ Les organismes agréés par la HAS dans le cadre de l'accréditation des disciplines médicales à risque	478
3/ Les organismes habilités par la HAS dans l'évaluation externe des établissements et services sociaux et médico-sociaux.....	479
B/ Une externalisation de la responsabilité en trompe l'œil en matière de contrôle en cas de délégation de service public à un organisme privé par l'autorité administrative.....	481
1/ L'accréditation des laboratoires de biologie médicale par le Cofrac : l'externalisation la plus poussée, sous contrôle de l'État.	482
2/ Les organismes notifiés par l'ANSM en matière de contrôle des dispositifs médicaux : les prothèses PIP et l'application de la jurisprudence Aprei.	485

Conclusion du titre 4	489
Conclusion de la seconde partie.....	490
Conclusion générale	492
BIBLIOGRAPHIE	499
INDEX ALPHABETIQUE	536
TABLE DES MATIÈRES	540

Titre : Place et rôle de l'inspection-contrôle dans le champ des établissements et services sanitaires, sociaux et médico-sociaux

Mots clés : Inspection, contrôle, police, régulation, qualité

Résumé : L'inspection-contrôle a connu plusieurs évolutions qui interrogent sa place et son rôle, en particulier dans le champ de cette étude. La multiplicité des acteurs et des procédures d'inspection-contrôle rend son appréhension complexe et interroge la nature juridique et le régime juridique applicables aux différents types de contrôles. Par ailleurs, l'inspection-contrôle apparaît aujourd'hui remise en question par la normalisation des pratiques professionnelles et des nouvelles démarches d'accompagnement et d'amélioration continue de la qualité dans les établissements et services du champ étudié. Ces démarches, dévolues à des autorités publiques ou des organismes privés, prennent la forme de la certification des établissements de santé, de l'accréditation des professionnels

de santé, de l'évaluation des établissements et services sociaux et médico-sociaux ou encore de l'audit. Elles s'appuient largement sur le droit des autorisations et la contractualisation. Il convient ainsi de rechercher si une bonne activité de l'État, c'est seulement de la règle ou aussi de la régulation, si le contrôle a changé de nature, s'il s'est diversifié ou s'il a régressé au bénéfice d'autres activités plus souples sous l'influence du droit de la concurrence, du droit communautaire et de la situation budgétaire de l'État. La question de la juridicité de l'inspection en tant que contrôle particulier et son articulation avec les démarches qualité guident cette recherche.

Title : Place and role of inspection-control in the field of health, social and medico-social establishments and services

Keywords : Inspection, control, police, regulation, quality

Abstract : Inspection-control has undergone several changes that question its place and role, particularly in the scope of this study. The multiplicity of actors and inspection-control procedures makes it complex to understand and questions the legal nature and legal regime applicable to the different types of controls. Furthermore, inspection and control now appears to be called into question by the standardization of professional practices and new approaches to support and continuously improve quality in the establishments and services in the field under study. These approaches, devolved to public authorities or private organizations, take the form of certification of health care institutions, accreditation of professionals in health care,

evaluation of social and medico-social institutions and services, or auditing. They are largely based on licensing and contractualization law. It is thus necessary to investigate whether a good activity of the State is only rule-making or also regulation, whether control has changed in nature, whether it has diversified or whether it has regressed to the benefit of other, more flexible activities under the influence of competition law, Community law and the State's budgetary situation. The question of the legality of inspection as a particular control and its articulation with quality approaches guide this research.