



# DOSSIER JURIDIQUE



*Florence David,  
Avocat Associée*



*Mendi Frugaux,  
Avocat Collaborateur*



*Sophie Imbault,  
Avocat Collaboratrice*



## **EARTH AVOCATS**

58 Avenue Marceau, 75008 Paris  
Tel : 01 45 62 71 00  
Fax : 01 45 62 71 01  
[www.earthavocats.com](http://www.earthavocats.com)





# DONNÉES PERSONNELLES ET GROUPEMENT HOSPITALIER TERRITORIAL, AU CŒUR DES NOUVEAUX ENJEUX DES ÉTABLISSEMENTS DE SANTÉ

***Dans un contexte de mutations et de réformes multiples, de nouveaux enjeux se font jour : restructurations de l'offre de soin sur les territoires, transformation des systèmes, dématérialisation des données,...***

***Dans ce secteur contraint, le cadre juridique suit ces évolutions majeures. Maître Florence David, Maître Sophie Imbault et Maître Mendi Frugaux, avocats du Cabinet Earth Avocats, nous invitent à nous pencher sur deux thématiques actuelles : la protection des données personnelles et la fonction achat dans les GHT.***

## ● LA MISE EN PLACE DU DÉLÉGUÉ À LA PROTECTION DES DONNÉES PERSONNELLES AU SEIN DES ÉTABLISSEMENTS DE SANTÉ

Les établissements de santé ont, dans le cadre de leur activité de soins, la qualité de responsable de traitements de données à caractère personnel. À ce titre, ils sont directement concernés par l'adoption, le 27 avril 2016, du nouveau règlement européen général sur la protection des données. Ce texte sera, par nature, d'application directe en droit interne<sup>1</sup>, à compter du 25 mai 2018.

Le règlement renforce le rôle du délégué à la protection des données (DPD) qui existait déjà sous l'empire de la directive 95/46/CE. Le règlement impose désormais la désignation d'un DPD par les responsables de traitements. Cela implique que les établissements de santé doivent s'organiser en conséquence pour satisfaire à cette obligation à l'échéance de mai 2018.

### **Le débiteur de l'obligation de nommer un délégué à la protection des données**

Jusqu'au 25 mai 2018, le responsable de traitement peut choisir d'avoir, ou non, recours à une personne détachée à la protection des données. Traduisant cette simple faculté, la loi informatique et libertés et son décret d'application avaient instauré la fonction de correspondant informatique et liberté (CIL).

À compter de son entrée en vigueur, le règlement du



27 avril 2016 prévoit la désignation d'un DPD « en tout état de cause » lorsque « le traitement est effectué par une autorité publique ou un organisme public<sup>2</sup> ». Ainsi, les établissements de santé, tant par leur statut que par la nature des traitements de données opérés en leur sein, sont directement concernés.

De manière pragmatique, le règlement prévoit cependant qu'« un seul délégué à la protection des données peut être désigné pour plusieurs autorités ou organismes [publics] compte tenu de leur structure organisationnelle ou de leur taille<sup>3</sup> ». Concernant les groupements hospitaliers de territoire (GHT), cette possibilité devrait donc permettre la désignation d'un DPD unique rattaché à l'établissement support, dans la continuité de la pratique actuelle s'agissant du CIL.

### **Le délégué à la protection des données, quelles missions ?**

Le nouveau règlement européen enrichit et détaille



les missions du DPD. Ainsi, celui-ci sera chargé<sup>4</sup> :

- d'informer et de conseiller le responsable de traitement dans son activité ;
- de contrôler le respect des dispositions applicables en matière de protection des données ;
- de le conseiller sur la réalisation d'une analyse d'impact relative à la protection des données et d'en vérifier l'exécution ;
- de coopérer avec la CNIL et d'être le point de contact de celle-ci en cas d'exercice de ses missions et pouvoirs.

Le DPD se voit attribuer des missions et prérogatives renforcées par rapport à celles du CIL, s'agissant notamment de son rôle de conseil et de sensibilisation du responsable de traitements sur les nouvelles obligations qui découlent du règlement (délai maximum octroyé au responsable de traitements pour répondre à une demande d'accès et de rectification réduit de deux à un mois par exemple)<sup>5</sup>.

#### **Le délégué à la protection des données et les autres acteurs**

Le positionnement du DPD au sein de son entité de rattachement conduira celui-ci à se substituer naturellement au CIL. Cependant, le règlement pose des conditions de compétence, le DPD étant « désigné sur la base de ses qualités professionnelles et, en particulier, de ses connaissances spécialisées du droit et des pratiques en matière de protection des données<sup>6</sup> » qui seront appréciées par l'autorité de désignation. S'agissant des établissements de santé qui procèdent à l'externalisation de l'hébergement des données personnelles de leurs patients, la question se posera de la « concurrence » entre le médecin de l'hébergeur et le DPD. En effet, les deux acteurs sont garants du respect des droits des personnes dont les données sont traitées<sup>7</sup>. Cette double garantie est donc bénéfique pour les patients qui disposent ainsi d'interlocuteurs privilégiés pour assurer la protection de leurs droits.

**La mise en place obligatoire du DPD nécessite donc, pour les établissements de santé, de tenir une réflexion amont afin, d'une part, de satisfaire dans les temps à cette contrainte européenne et, d'autre part, de garantir une continuité entre le CIL et le futur DPD. Cette anticipation devra également s'inscrire dans le cadre d'une logique de mutualisation dans les GHT.**

<sup>1</sup> Ce règlement se substitue à la directive 95/46/CE et l'abroge.

<sup>2</sup> Article 37.1 du RGCP.

<sup>3</sup> Article 37.3 du RGCP.

<sup>4</sup> Article 39 du RGCP.

<sup>5</sup> Considérant 59 du RGCP.

<sup>6</sup> Article 37 du RGCP.

<sup>7</sup> Contrat-type médecin « hébergeur » élaboré par l'ASIP Santé, la CNIL et le CNOM.

#### **● FONCTION ACHAT DANS LES GHT : LA CONVERGENCE DES MARCHÉS, UN RENDEZ-VOUS IMMÉDIAT**

Rappelons que les textes relatifs aux GHT imposent que l'établissement support doive assumer la fonction achat pour l'ensemble des établissements parties du GHT et, en conséquence, passe pour le compte de ces derniers tous les marchés publics nécessaires à l'exercice de leurs activités<sup>1</sup>.

Or, si le transfert de la fonction achat vers l'établissement support au 1<sup>er</sup> janvier 2018 arrive à grands pas, le chantier de la convergence des marchés nécessite une anticipation immédiate. C'est ce que révèle, notamment, le nouveau guide méthodologique de la fonction achat des GHT de la DGOS, diffusé le 13 avril 2017.

#### **Le sort des marchés publics en cours d'exécution**

La DGOS recommande de mettre en œuvre le travail de convergence des marchés des différents établissements membres d'un GHT avant le 1<sup>er</sup> janvier 2018, « même si les marchés concernés ont des échéances de fin allant bien au-delà du 1<sup>er</sup> janvier 2018 ». Or, à notre sens, ce travail de convergence nécessite d'être anticipé surtout si les marchés concernés ont des échéances postérieures au 1<sup>er</sup> janvier 2018.

En effet, en l'absence de convergence des échéances des différents marchés en cours d'exécution portant, totalement ou partiellement, sur des objets similaires, l'établissement support devra, en concertation avec les établissements parties, exploiter les différents outils juridiques à sa disposition permettant, à terme, d'harmoniser le calendrier contractuel du GHT.





### ► Une boîte à outils juridiques au service de l'harmonisation des échéances contractuelles

La DGOS écarte rapidement, et opportunément, l'hypothèse du transfert des marchés en cours au profit de l'établissement support. Est préféré un dispositif d'ajustement des marchés existants, pour coordonner les marchés en cours avec les nouveaux marchés communs signés par l'établissement support.

Les mécanismes suivants peuvent être envisagés, de façon alternative et/ou cumulative :

- la résiliation pour motif d'intérêt général de certains marchés dont l'échéance dépasse le 1er janvier 2018. Cette modalité aurait, néanmoins, un coût certain pour les établissements qu'il conviendra d'évaluer au cas par cas, en comparaison avec les gains attendus pour la passation de marchés communs dans le cadre du GHT. A cet égard elle ne sera pas, nécessairement, la plus opportune pour les établissements publics de santé.

- La limitation de la reconduction éventuelle des marchés en cours, de la passation d'avenant ou de marchés complémentaire, ou au contraire, le recours à ces différents outils contractuels pour faire concorder les différentes dates de fin de marchés. Il conviendra néanmoins, le cas échéant, de demeurer particulièrement vigilant quant aux conditions de recours à ces différents mécanismes, et de prévenir tout bouleversement de l'économie générale du contrat.

Il peut être relevé que, dans sa plateforme de propositions pour 2017-2022, la FHF évoque le recours à des mécanismes dérogatoires aux règles de la commande publique, dans le cadre des GHT, notamment s'agissant des avenants. Néanmoins, à notre sens, la possibilité de se prévaloir d'une quelconque dérogation est subordonnée à une reprise de ces propositions dans l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, ou dans son décret d'application. En d'autres termes, à ce stade, les établissements supports et parties des GHT demeurent soumis au droit

commun de la commande publique.

- Enfin, bien que cette modalité ne soit pas évoquée dans le guide du 13 avril, une anticipation dans les nouveaux marchés passés par l'établissement support avec ***l'insertion éventuelle de clause de réexamen*** en application de l'article 139 1° du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics<sup>2</sup>. En effet, la clause de réexamen pourrait opportunément permettre d'intégrer un ou plusieurs nouveaux établissements en cours d'exécution du marché.

Il serait possible, également, de recourir aux ***tranches optionnelles*** prévues par l'article 77 du décret du 25 mars 2016<sup>3</sup>. En effet, l'établissement support pourrait, par exemple, conclure un marché avec une tranche ferme pour ses seuls besoins (et ou ceux d'autres établissements ayant déjà des marchés arrivés à leur terme) et permettre l'intégration d'un ou plusieurs établissements parties en cours d'exécution, par le biais de l'affermissement d'une ou plusieurs tranches optionnelles. Partant, les tranches optionnelles pourraient être affermées à la fin des marchés en cours après 1er janvier 2018 afin d'intégrer progressivement les établissements parties au marché conclu par l'établissement support.

***Ainsi, l'ensemble des mécanismes exposés nécessite, dès à présent, une anticipation dans le cadre du travail de convergence des marchés, à mener en vue de l'échéance du 1er janvier 2018. Cette anticipation nécessitera incontestablement des analyses d'opportunité au cas par cas afin de retenir la ou les meilleures options possibles en fonction notamment, des secteurs concernés, des coûts afférents, du nombre d'établissements concernés, des durées respectives des marchés en cours, et de l'existence éventuelle de recours à des groupements de commandes ou à des centrales d'achat.*** ■

<sup>1</sup> Article L.6132-3<sup>3°</sup>) et article R.6132-16 du Code de la Santé Publique

<sup>2</sup> « Le marché public peut être modifié dans les cas suivants :

<sup>1°</sup> Lorsque les modifications, quel qu'en soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de variation du prix ou d'options claires, précises et sans équivoque. »

<sup>3</sup> « Les acheteurs peuvent passer un marché public comportant une tranche ferme et une ou plusieurs tranches optionnelles. Le marché public définit la consistance, le prix ou ses modalités de détermination et les modalités d'exécution des prestations de chaque tranche.

Les prestations de la tranche ferme doivent constituer un ensemble cohérent ; il en est de même des prestations de chaque tranche optionnelle compte tenu des prestations de toutes les tranches antérieures.

L'exécution de chaque tranche optionnelle est subordonnée à une décision de l'acheteur, notifiée au titulaire dans les conditions fixées par le marché public. Lorsqu'une tranche optionnelle est affermée avec retard ou n'est pas affermée, le titulaire peut bénéficier, si le marché public le prévoit et dans les conditions qu'il définit, d'une indemnité d'attente ou de dédit. »