

CONCLUSIONS

M. Alexandre LALLET, rapporteur public

La délivrance des soins en France s'est longtemps caractérisée par un cloisonnement étanche entre le rôle de chaque professionnel de santé, notamment du médecin et des professions para-médicales, dont les infirmiers. Le monopole reconnu aux médecins pour la pratique d'un grand nombre d'actes est progressivement apparu comme un facteur de rigidité pénalisant tant pour la coordination des soins que pour l'optimisation de la ressource médicale sur des territoires qui en manquent parfois cruellement. Il limite également les perspectives d'évolution professionnelle des para-médicaux. L'article 51 de la loi HPST du 21 juillet 2009 a donc institué un dispositif pérenne dit de « coopération entre professionnels de santé », qui vise à permettre, par dérogation aux articles du code de la santé publique qui fixent les compétences de chaque catégorie de professionnels, soit des délégations de tâche, sans transfert de responsabilité, soit de véritables transferts de compétence entre professionnels de santé pour la réalisation d'actes de soins.

Ce dispositif dérogatoire fait logiquement l'objet d'un encadrement étroit, à deux étages :

- D'une part, sa mise en œuvre suppose la conclusion de protocoles de coopération entre professionnels de santé, proposés par ces professionnels et autorisés par le directeur général de l'agence régionale de santé, après avis conforme de la Haute autorité de santé, en vertu de l'article L. 4011-2 du code de la santé publique ;
- D'autre part, chaque professionnel de santé qui s'engage à appliquer un protocole préalablement autorisé doit faire enregistrer sa demande d'adhésion auprès de l'ARS, conformément aux dispositions de l'article L. 4011-3 du même code.

Pour l'application de ces deux dispositions est intervenu un arrêté du 31 décembre 2009 du ministre de la santé et des sports, qui fixe la procédure applicable à l'autorisation des protocoles et à l'adhésion des professionnels. Il a suscité une vive hostilité du milieu médical, dont le recours de la fédération nationale des infirmiers est l'expression contentieuse. L'intérêt

pour agir de ce syndicat contre un arrêté qui affecte les conditions d'exercice de la profession dont il défend les intérêts n'est pas douteux¹.

Il est tout d'abord soutenu que l'arrêté serait, dans son ensemble, entaché d'incompétence. La critique n'est pas sérieuse pour ce qui concerne les articles 2 et 4 de l'arrêté, qui mettent en œuvre les dispositions relatives à l'adhésion du professionnel de santé à un protocole autorisé – c'est-à-dire le 2^{ème} étage. Le renvoi exprès à un arrêté ministériel auquel le deuxième alinéa de l'article L 4011-3 procède permet de couvrir les règles fixées, qu'il s'agisse de la composition du dossier de demande et de la procédure d'instruction de celle-ci, qui peut sans grand effort inclure l'information des instances ordinales et de l'union régionale des professions de santé concernées sur les adhésions acceptées.

Le moyen est plus sérieux en ce qu'il porte sur la procédure d'autorisation des protocoles – c'est-à-dire le 1^{er} étage. Pour l'essentiel, l'article 1^{er} de l'arrêté se borne certes à réitérer des normes existantes, qu'il s'agisse du délai de droit commun de deux mois au terme duquel naît une décision implicite de rejet ou de la possibilité d'obtenir les motifs d'une telle décision dans les conditions prévues par la loi du 11 juillet 1979. Mais il exige aussi que le protocole adressé à l'ARS soit conforme à un modèle-type fixé en annexe 1, à peine de non déclenchement du délai d'instruction. Il prévoit par ailleurs dans son III la transmission des protocoles autorisés aux instances ordinales et à l'union régionale des professions de santé concernées. Or, à la différence de l'article L. 4011-3, l'article L. 4011-2 du code de la santé publique ne comporte aucun renvoi à un arrêté ministériel, notamment en ce qui concerne la procédure d'autorisation des protocoles. Et aucun décret n'est intervenu pour confier une telle prérogative au ministre chargé de la santé. Le pouvoir d'organisation des services placés sous l'autorité du ministre ne peut davantage fonder sa compétence, puisque vous avez récemment jugé qu'il était dépourvu d'un tel pouvoir à l'égard des ARS, qui sont des établissements publics. Seul le directeur général de chacune d'elles détient cette prérogative (CE, 12 décembre 2012, SYNERPA, n° 354635, au Rec.). Reste le pouvoir hiérarchique que le ministre peut exercer par voie d'instructions adressées au directeur général pour les seules compétences que ce dernier exerce au nom de l'Etat (voyez une autre décision SYNERPA du même jour sous le n° 350479, au Rec.). On pourrait lire l'arrêté comme donnant instruction² aux directeurs généraux d'utiliser à l'égard des professionnels de santé, usagers du service public, le modèle-type qu'il prévoit, tout en faisant l'effort d'en neutraliser la portée au regard du déclenchement du délai d'instruction et, en conséquence, du délai de naissance d'une décision implicite de rejet. Vous admettez en effet qu'une circulaire puisse fixer à l'adresse des usagers du service public une liste de renseignements à fournir à l'appui de demandes, pour autant que l'omission d'une pièce ne puisse se traduire par l'irrecevabilité ou le rejet de la demande (voyez CE, 12 avril 2012, Syndicat national des producteurs d'énergie photovoltaïque et autres, n° 337528, aux T., dans la lignée de CE, Assemblée, 29 janvier 1954, Institution Notre-Dame du Kreisker, au Rec.).

Mais cette neutralisation ne pourrait sauver les dispositions litigieuses que si le directeur général de l'ARS agissait au nom de l'Etat. C'est le point le plus délicat. L'article L.

¹ L'arrêté permet la mise en œuvre de dispositions qui prévoient des transferts de compétence au profit des infirmiers, et des infirmiers vers d'autres professionnels de santé

² Il est peu probable que le ministre ait eu cette intention. L'arrêté ne porte d'ailleurs aucune trace d'une validation par le conseil national de pilotage des ARS, prescrite pour les instructions par l'article L. 1433-1 du CSP.

1432-2 du code de la santé publique prévoit que le directeur général de l'ARS exerce au nom de l'Etat les compétences mentionnées à l'article L. 1431-2 du même code sous réserve qu'un texte ne confie pas son exercice à une autre autorité. Cette formule est classique et commune à de nombreuses agences sanitaires³, et elle est directement inspirée de celle qui régissait les directeurs d'ARH⁴. La difficulté tient à ce que l'article L. 1431-2 auquel il est renvoyé ne paraît pas épuiser les compétences des ARS. Il comporte deux catégories de compétences : « *mettre en œuvre au niveau régional la politique de santé publique (...)* » ; et « *réguler, orienter et organiser (...) l'offre de services de santé, de manière à répondre aux besoins en matière de soins (...) et à garantir l'efficacité du système de santé* ». Chacune de ces rubriques est elle-même illustrée par une énumération limitative de compétences, précédée de la formule « à ce titre ». En pure logique sémantique, c'est le détail de ces compétences qui délimite le périmètre des attributions que le directeur général exerce au nom de l'Etat. Cette lecture est confortée par l'idée que les dispositions qui prévoient l'exercice de compétences au nom de l'Etat par le directeur d'un établissement public sont d'interprétation stricte.

Or, le contrôle des protocoles de coopération, prévu de manière distincte aux articles L. 4011-1 et suivants, ne nous paraît pas pouvoir y entrer. Une accroche possible figure au e) du 2° de l'article L. 1432-2, selon lequel les agences « *veillent à la qualité et à la sécurité des actes médicaux* ». Mais elle ne nous paraît pas suffisante car on ne peut réduire les protocoles de coopération à ce seul enjeu. Une autre accroche serait celle du g) qui prévoit que les ARS définissent et mettent en œuvre des actions portant sur le contrôle et l'amélioration des modalités de recours aux soins et des pratiques des professionnels de santé ; mais cette disposition circonscrit elle-même son champ au programme pluriannuel régional de gestion du risque prévu à l'article L. 1434-14, qui est indépendant des protocoles. Au total, dès lors que la loi prévoit, dans une partie distincte du code de la santé publique, une compétence particulière des ARS et de leur directeur général, sans y faire référence directement ou indirectement dans l'article d'attribution général des agences, il nous semble que cette compétence doit être regardée comme exercée par l'établissement public lui-même. Nous sommes conscient qu'une telle lecture conduit à introduire une brèche dans la dichotomie simple entre les compétences « opérationnelles » exercées au nom de l'Etat et les compétences de gestion interne exercées au nom de l'établissement. Mais c'est au législateur qu'il appartient à nos yeux de fixer clairement le périmètre des attributions exercées au nom de l'Etat.

Il appartenait par suite au seul directeur général de fixer, le cas échéant, un modèle-type de protocole applicable dans le ressort de son agence, sauf à prévoir un modèle-type national par décret.

En conséquence, nous vous proposons d'annuler l'article 1^{er} de l'arrêté en tant qu'il traite du modèle-type de protocole et qu'il prévoit la transmission des protocoles autorisés à des organismes tiers, et l'annexe 1 qui fixe ce modèle-type. Indiquons que cette annulation aura peu d'incidence concrète car un arrêté du 28 mars 2012 a abrogé cette annexe et a renvoyé à la Haute autorité de santé le soin d'élaborer elle-même le modèle-type.

³ En particulier l'Agence nationale de sécurité du médicament (art. L. 5322-2 CSP), l'agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail en matière de médicaments vétérinaires (art. L. 1313-5 CSP) ou encore l'agence de biomédecine (art. L. 1418-3 CSP).

⁴ Les compétences antérieurement exercées par les directeurs des agences régionales de l'hospitalisation au nom de l'Etat étaient d'ailleurs définies très largement (voir les articles L. 710-18 et L. 710-21 puis les articles L. 6115-1 et L. 6115-3 du CSP).

Les autres moyens vous retiendront moins longuement. La requête n'indique pas en quoi l'avis du Haut conseil des professions paramédicales serait irrégulier. L'arrêté n'institue en rien une nouvelle forme d'exercice de la profession d'infirmier. Il ne peut être utilement soutenu qu'il porterait atteinte aux actes réservés aux infirmiers et à l'indépendance professionnelle des infirmiers, et qu'il les placerait en situation d'exercice illégal de la médecine : c'est la loi elle-même qui a prévu qu'il pouvait être dérogé à l'ordre normal des compétences respectives des professions de santé. La fédération s'en prend par ailleurs, sous l'angle de l'indépendance professionnelle, à une disposition relative au retrait du protocole qui résulte d'un arrêté postérieur à celui qu'elle attaque.

De la même façon, elle ne peut utilement soutenir que l'arrêté méconnaîtrait l'interdiction du compérage entre infirmiers prévue à l'article R. 4312-21 du code de la santé publique. Cette pratique est définie par la jurisprudence comme une entente habituelle entre deux professionnels de santé ou comme une entente occasionnelle dont au moins l'un d'eux, informé des agissements de l'autre, tire effectivement profit (CE, 17 décembre 1975, S..., n° 95412, au Rec. ; CE, 22 mars 2000, P..., n° 195615, aux T.). Relève de cette interdiction le fait, par exemple, de facturer l'exécution d'actes médicaux réalisés par un tiers. Mais le protocole de coopération prévu par la loi implique par lui-même une forme d'entente habituelle entre professionnels de santé adhérents, par laquelle ils consentent à une nouvelle répartition des compétences entre eux⁵. L'arrêté lui-même ne modifie en rien les modalités de cette entente autorisée par la loi ; il ne permet en aucun cas à deux professionnels de santé adhérents à un protocole qui peut rassembler un très grand nombre de praticiens de s'entendre au-delà de la mise en œuvre du protocole lui-même, en se réservant mutuellement une patientèle par exemple. L'arrêté prend d'ailleurs soin d'exclure expressément toute « entente illicite ».

Nous ne voyons pas ensuite en quoi l'arrêté méconnaîtrait les dispositions relatives à l'exercice forain et hors du lieu d'exercice professionnel de la profession d'infirmier, dont il ne traite pas. De la même façon, il est sans incidence sur le principe du libre choix du praticien. C'est là encore la loi elle-même qui institue une forme de réseau de soins, lequel amène en principe le patient à connaître successivement des professionnels de santé qui y participent. Ajoutons que le second alinéa de l'article L. 4011-1 prévoit une information systématique du patient sur l'existence de la coopération, dont il est évidemment libre de s'extraire. Par ailleurs, en tant qu'il prévoit la production d'une attestation d'assurance responsabilité civile professionnelle couvrant les actes entrant dans le protocole, l'arrêté met scrupuleusement en œuvre l'article L. 4011-3 qui exige une telle assurance, de sorte qu'aucune erreur manifeste d'appréciation ne peut être reprochée au pouvoir réglementaire.

Enfin, l'arrêté a pu, sans porter atteinte aux prérogatives de l'ordre national des infirmiers, se borner à prévoir la fourniture de différents documents attestant du respect de ses obligations par le professionnel, de son expérience et de sa formation, ainsi que la possibilité pour le directeur général de l'ARS de consulter au cas par cas les instances ordinales afin d'obtenir les renseignements pertinents pour sa situation. Il n'aurait pu légalement confier à l'ordre le soin de sélectionner les professionnels autorisés à participer à une coopération, ou

⁵ L'article L. 4113-5 du même code précise en outre expressément que l'interdiction pour une personne ne remplissant pas les conditions requises pour l'exercice d'une profession de recevoir la totalité ou une quote-part des honoraires ou bénéfices provenant de l'activité professionnelle d'un membre de cette profession ne s'applique pas aux coopérations en cause.

subordonner cette participation à un avis conforme de l'ordre sur la compétence professionnelle de l'intéressé, alors que la loi confie compétence au directeur général de l'ARS pour vérifier que les conditions d'adhésion sont remplies. Tout au plus le pouvoir réglementaire aurait-il pu prévoir une consultation ou un échange d'informations systématique, mais rien ne le lui imposait.

PCMNC à l'annulation du premier alinéa du I, des mots « conforme à ce modèle type » figurant au premier alinéa du II, et du III de l'article 1^{er} de l'arrêté, ainsi que de son annexe 1, à ce que la somme de 2 000 euros soit mise à la charge de l'Etat au profit de la fédération nationale des infirmiers au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, et au rejet du surplus des conclusions de la requête.