

CONCLUSIONS

M. Alexandre LALLET, rapporteur public

En règle générale, les personnes âgées dépendantes résidant en établissement sont suivies par des professionnels de santé extérieurs, venant exercer dans l'établissement à titre libéral. Il s'agit très souvent du médecin traitant qui suivait la personne avant son admission. L'intervention d'une multiplicité de professionnels de santé au sein d'un même établissement soulève inmanquablement la question de leur coordination et de leur rémunération. La loi de financement de la sécurité sociale pour 1999 a prévu l'édiction de modalités particulières d'exercice de l'activité libérale en établissement, et la mise en place d'un contrat entre l'établissement et chaque professionnel de santé y exerçant à titre libéral afin de préciser les modalités de son intervention, en vue d'améliorer la qualité de prise en charge médicale des résidents et, éventuellement, de pouvoir recourir à d'autres formes de rémunération comme le paiement forfaitaire mensuel par l'établissement. La loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale a repris ces dispositions à l'article L. 314-12 du code de l'action sociale et des familles.

Ce n'est que près de 9 ans plus tard que le décret d'application de cette disposition a été publié. Tel est l'objet du décret en Conseil d'Etat du 30 décembre 2010 dont le syndicat des médecins d'Aix et région, le conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes et le conseil national de l'ordre des médecins vous demandent régulièrement l'annulation. Les conseils nationaux vous demandent en outre respectivement l'annulation de l'arrêté pris sur le fondement de ce décret et du refus d'abroger cet arrêté opposé par le ministre chargé de la santé.

Disons un mot liminaire de l'économie du dispositif. Alors que les travaux préparatoires de la loi de financement de la sécurité sociale pour 1999 pouvaient donner à penser qu'il s'agissait d'un dispositif facultatif¹, vous avez clairement jugé, en vous appuyant sur les termes clairs et prescriptifs de l'article L. 314-12, que ce dernier instituait une obligation de contracter pour tout médecin souhaitant intervenir en établissement (voyez votre décision du 20 mai 2011, Conseil national de l'ordre des médecins, n° 347098). Autrement dit, les résidents de

¹ De fait, il existait déjà, à cette époque, des contrats d'exercice libéral conclus entre les établissements et des professionnels de santé, prévoyant l'intervention préférentielle de ces derniers, et dont la Cour de cassation avait admis la licéité dès lors que le libre choix des patients était *in fine* respecté (Cass. 1^{ère} civ., 16 janvier 2007, n° 04-20711, au Bull.). On notera que l'article L. 314-12 figure dans un chapitre consacré aux « dispositions financières »...

l'établissement restent libres de choisir leur médecin, sous réserve que ce dernier accepte de se soumettre aux conditions particulières d'exercice prévues par les dispositions réglementaires et, le cas échéant, par le contrat. Cette obligation est logique car on voit mal comment coordonner l'intervention de professionnels de santé si chacun reste libre de signer ou non le contrat et d'intervenir comme il l'entend.

Il est tout d'abord soutenu que le décret serait entaché d'incompétence à deux égards.

- D'une part, en imposant aux professionnels de santé l'obligation de contracter. Mais comme nous venons de le dire, cette obligation procède de la loi, et non du décret.

-

- D'autre part, en prévoyant un contrat-type s'imposant aux parties. Il est vrai qu'un tel contrat-type est souvent prévu dans son principe au niveau législatif, dès lors qu'il apporte une restriction à la liberté contractuelle. Mais outre que, en l'espèce, c'est la loi elle-même qui a créé l'espace contractuel, il nous semble qu'en prévoyant le principe de conditions particulières d'exercice libéral en établissement, elle a implicitement mais nécessairement renvoyé au pouvoir réglementaire le soin d'en préciser la teneur, y compris par le biais d'un contrat-type. Par analogie, vous avez déjà admis qu'un décret fixe un modèle-type de statuts opposable à des caisses de sécurité sociale en présence d'une loi qui se bornait à prévoir que l'administration approuvait les statuts de chaque caisse (CE, 28 juillet 2004, J., n° 245651). Le contrat évoqué par l'article L. 314-12 doit à cet égard être regardé comme un contrat d'adhésion aux conditions particulières d'intervention. La disposition initiale comportait d'ailleurs un renvoi exprès à un décret en Conseil d'Etat, qui n'a pas été repris à l'article L. 314-12 dès lors qu'il résulte de l'article-balai L. 314-13. Il n'y a donc aucune incompétence à avoir imposé un contrat-type, qui était l'une des modalités possibles d'exercice du pouvoir réglementaire.

Le décret encourt d'autant moins ce grief que sa portée est des plus limitées. Et précisément, il est aussi soutenu que le pouvoir réglementaire n'aurait pas épuisé sa compétence. Symétriquement, l'arrêté serait entaché d'incompétence dès lors que les modalités d'application de l'article L. 314-12 devaient résulter d'un décret en Conseil d'Etat. La critique est beaucoup plus sérieuse.

Vous le savez : le décret peut légalement déléguer à l'arrêté la détermination des modalités d'application des principes qu'il fixe, pourvu qu'il le fasse avec une « précision suffisante ».

En l'occurrence, la loi est elle-même des plus cursives, ce qui avait d'ailleurs conduit notre prédécesseur à ce pupitre à vous proposer de renvoyer la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel sur le grief tiré de l'incompétence négative du législateur. Or, le décret n'y ajoute guère, c'est un euphémisme. L'article R. 313-30-1 qu'il introduit dans le code de l'action sociale et des familles se borne à prévoir que le contrat doit être conforme aux contrats-types fixés par arrêté et que ces contrats types – il y en a un pour les médecins, un pour les kiné - fixent les engagements réciproques des signataires concernant « notamment » les modalités d'intervention du professionnel dans l'établissement, la transmission d'informations, les modalités de coordination des soins entre le professionnel et le médecin coordonnateur, et la formation du professionnel. Il s'agit peu ou prou de la reprise des objectifs

figurant à l'article L. 314-12. Le décret est même moins précis que la loi puisqu'il ne souffle mot de la question de la rémunération des professionnels pourtant évoquée à l'article L. 314-12. Les autres dispositions du décret portent uniquement sur l'indemnisation de la participation des

professionnels de santé aux réunions de coordination, la mention figurant dans le contrat de séjour des personnes hébergées selon laquelle seuls les professionnels ayant conclu un contrat peuvent intervenir dans l'établissement, et les modalités de tenue et de mise à jour de liste des médecins « sous contrat ».

L'encadrement de la délégation à laquelle procède le décret est donc des plus légers. Vous l'admettez assez aisément en présence de questions purement techniques². Mais ici, le texte touche à la liberté de trois acteurs : les praticiens libéraux, dont la liberté d'exercice est, on le sait, particulièrement protégée ; les patients, dont la liberté de choix est restreinte puisqu'ils ne peuvent choisir qu'un médecin figurant sur la liste. Enfin, même si ce point n'entre pas dans les préoccupations des requérants, le dispositif touche aussi à la liberté des établissements et de leurs gestionnaires.

Cela étant, votre décision QPC montre que la loi pouvait se borner à poser le principe de conditions particulières d'exercice et de modalités particulières de rémunération des médecins. Dès lors, il incombait bien au décret en Conseil d'Etat de préciser, comme il l'a fait, que le contrat-type pouvait comporter des dispositions relatives à l'intervention du professionnel de santé, à la coordination avec le médecin coordonnateur, à l'information et à la formation. Juridiquement, son apport n'est donc pas nul. Il est même supérieur à celui qui a donné lieu à l'affaire J. déjà citée, où le décret s'était borné à renvoyer à un arrêté le soin de fixer les statuts-types des caisses de mutualité sociale agricole, sans que vous releviez d'office de problème de compétence de l'arrêté attaqué.

Enfin, et surtout, lorsqu'on se place au niveau de l'arrêté, on est bien en peine d'identifier une disposition qui aurait mérité de figurer dans un décret en Conseil d'Etat. Pour certaines, elles relèvent presque du droit souple, comme « *participer dans la mesure du possible à la vie médicale de l'établissement* », voire de la courtoisie la plus élémentaire comme : « *signaler sa présence lors de son arrivée dans l'établissement* ». Les obligations qui apparaissent les plus contraignantes se déduisent très directement soit des obligations déontologiques pesant sur les professionnels de santé en vertu du code de la santé publique – tenue du dossier médical, obligation d'assurer la continuité des soins - soit des missions du médecin coordonnateur de l'établissement telles qu'elles résultent du V de l'article L. 313-12 et de l'article D. 312-158 du code de l'action sociale et des familles. Nous en donnerons trois exemples :

- Ces dispositions prévoient que le médecin coordonnateur élabore le projet de soins de l'établissement avec le concours de l'équipe soignante, là où l'arrêté dispose que le professionnel de santé adhère aux objectifs de ce projet ;
- Le médecin coordonnateur préside une commission de coordination gériatrique chargée d'organiser l'intervention de l'ensemble des professionnels salariés et libéraux de l'établissement, et qui se réunit au minimum deux fois par an ; là où l'arrêté,

² Voir par exemple CE, 19 décembre 2007, Réseau du sport de l'Air et autres, n° 289708, 293676.

tout en renvoyant à l'article D. 312-158, est en retrait puisqu'il se limite à une réunion annuelle obligatoire ;

- ou encore de contribuer auprès des professionnels de santé intervenant dans l'établissement à la bonne adaptation aux impératifs gériatriques des prescriptions de médicaments et produits, en élaborant une liste à utiliser préférentiellement par les médecins, en collaboration avec les médecins traitants des résidents ; là où l'arrêté dispose que le professionnel s'engage à prendre en compte dans sa pratique médicale les référentiels de bonnes pratiques gériatriques et à prescrire préférentiellement dans la même liste, ce qui est rigoureusement équivalent³.

Certes, on peut imaginer qu'il y ait, en résumé, incompétence négative du décret sans incompétence positive de l'arrêté, car ce dernier peut tout à fait ne pas avoir exploité les marges de manœuvre qui lui étaient illégalement reconnus par le premier. Mais nous préférons considérer que la concision du décret manifeste en l'espèce le choix d'un contrat-type *a minima*. Loin de donner un blanc-seing à l'arrêté, il l'empêche de prévoir des obligations qui relèveraient du décret en Conseil d'Etat en raison de la contrainte qu'elles feraient peser sur les professionnels. Dans cette optique, seul le « notamment », qui laisse entendre que le contrat-type pourrait comporter des dispositions d'une autre nature, notamment relatives au paiement du médecin, nous paraît critiquable, car il est exclu que l'arrêté puisse à lui seul régir une telle matière. Le législateur n'en a d'ailleurs fait qu'une simple faculté. Cette annulation chirurgicale conduirait à redonner au décret un contenu suffisant. Sous cette réserve, le renvoi auquel procède le décret nous paraît donc acceptable.

Les autres moyens dirigés contre le décret ne vous retiendront pas. Est invoquée une méconnaissance du principe général du droit du libre choix de son praticien par le patient. Vous avez affirmé ce principe pour les médecins dans une décision Section locale du Pacifique sud de l'ordre des médecins du 18 février 1998 (n° 171851, aux T.) et pour les infirmiers dans une décision du 26 mars 1999, Syndicat national des infirmières et infirmiers libéraux et autres (n° 190258 et s., aux T.). Il nous paraît clairement applicable à l'ensemble des professionnels de santé, y compris aux masseurs-kinésithérapeutes dont le conseil national de l'ordre l'invoque ici⁴. L'article L. 1110-8 du code de la santé publique évoque à ce titre le « libre choix du praticien », « principe fondamental de la législation sanitaire ».

Là encore, c'est la loi elle-même qui a prévu l'obligation de contracter. Il est clair, par ailleurs, que tout médecin souhaitant intervenir à titre libéral dans l'établissement et acceptant de souscrire le contrat ne peut s'en voir interdire l'accès⁵. Il n'y a, à cet égard, aucune restriction pour les patients autre que celle qui procède d'un choix du professionnel de santé lui-même⁶.

³ Ou encore d'élaborer un dossier type de soins, là où l'arrêté prescrit aux médecins de remplir le dossier conformément au modèle-type arrêté par le médecin coordonnateur.

⁴ Voir pour une application à l'ensemble des « auxiliaires médicaux » (CE, 1^{ère} JS, 2 février 1996, CSMF et syndicat des infirmiers libéraux PACA Corse, n° 162255).

⁵ A cet égard, le décret prévoit la tenue et la mise à jour d'une liste des médecins « conventionnés » mais aussi la possibilité pour tout résident de demander l'ajout du nom d'un médecin auquel elle souhaite avoir recours, sous réserve que ce dernier accepte de signer le contrat.

⁶ Nous ne pensons pas en revanche qu'on puisse écarter l'argumentation au motif qu'il serait loisible au résident de changer d'établissement ; d'une part, parce qu'un tel raisonnement méconnaîtrait la réalité

Enfin, les moyens tirés de l'atteinte à la liberté contractuelle et au principe de l'effet relatif des contrats sont inopérants, puisque la contrainte que les requérants dénoncent résulte directement de la loi.

Venons-en à l'arrêté. Il vous faut vous interroger sur les conséquences à tirer de l'ablation de l'adverbe « notamment » que nous vous avons proposée. Nous pensons qu'elle n'en a pas de manière directe. Les seules stipulations-types auxquelles il n'est pas expressément renvoyé par le décret sont celles qui concernent la « vie du contrat », c'est-à-dire la rétractation et la résiliation. De telles précisions nous paraissent, dans leur principe, consubstantielles à la notion de contrat-type employée par le décret. C'est en revanche dans ses modalités que l'article 5 de l'arrêté, qui ouvre aux parties une faculté de rétractation, nous paraît excéder le champ de compétence dévolu aux ministres. Il postule en effet que l'établissement pourrait choisir de contracter avec les médecins ou les kinés de son choix, car on ne voit pas quel motif pourrait justifier une telle rétractation de la part de l'établissement, tenu de proposer le contrat à tout médecin l'acceptant. Ceci ne pouvait résulter de l'arrêté, ni même, selon nous, du décret. Seuls les praticiens doivent pouvoir disposer, le cas échéant, de la faculté de se rétracter. L'article 5 est donc illégal.

En revanche, même si l'hésitation est permise, la faculté de résiliation unilatérale ouverte aux parties par l'article 6 de l'arrêté sous réserve d'un délai de préavis de deux mois n'encourt pas le même grief à nos yeux. Il convient de rappeler que, dans les contrats à exécution successive et à durée indéterminée, la résiliation unilatérale est offerte aux deux parties, sauf abus, en vertu de l'article 1134 du code civil (Cass. 1^{ère} civ., 5 février 1985, n° 83-15895, au Bull.). Il est clair que, contrairement à ce qui est soutenu, l'établissement ne saurait mettre fin au contrat pour de simples motifs d'opportunité, en procédant à une sélection arbitraire des professionnels de santé admis dans l'établissement. Une telle résiliation ne peut être justifiée que par un manquement suffisamment grave aux stipulations du contrat, sous le contrôle du juge, qui sera en l'occurrence le juge judiciaire. Il n'y a là rien que de très classique pour un tel contrat et l'arrêté aurait même pu ne rien prévoir. Il institue tout de même un délai de préavis et, en son premier alinéa, une procédure de conciliation par des tiers en cas de litige sur l'exécution du contrat, qui constituent de réelles garanties pour les professionnels. Dans ces conditions, et alors que le décret lui-même n'aurait guère pu en dire davantage, nous vous proposons de ne pas censurer cette disposition mais d'en préciser dans votre décision l'exacte portée.

Les derniers moyens ne vous retiendront pas. Aucun texte ne prévoyait la consultation préalable du conseil national de l'ordre des médecins. L'arrêté ne porte pas atteinte à la liberté de prescription du professionnel de santé en ce qu'il se borne à rappeler les termes de l'article L. 313-12 selon lesquelles est élaborée une liste de spécialités à prescrire « préférentiellement ». On ne peut en outre lui reprocher de ne pas avoir traité de la rémunération du praticien, ce qu'il n'aurait pu faire compétemment. Son silence sur le respect des obligations déontologiques, professionnelles et assurantielles par chaque praticien ne l'entache évidemment pas d'illégalité étant précisé qu'à nos yeux, les parties doivent respecter ce contrat-type, sans pouvoir y ajouter de clauses autres que de pur rappel d'obligations préexistantes. Il est ensuite soutenu que le

humaine de la prise en charge des personnes âgées dépendantes ; d'autre part, parce qu'un changement d'établissement ne résoudrait pas le problème : le médecin qui souhaiterait intervenir dans le nouvel établissement devrait accepter le contrat conforme au contrat-type, qui est le même.

principe d'indépendance professionnelle des professionnels de santé serait violé par trois dispositions :

- celle qui prévoit la participation du médecin à une réunion annuelle : mais il s'agit là d'une question d'organisation de l'emploi du temps, dont on a dit qu'elle était plus modeste que celle déjà prévue par le code de l'action sociale et des familles ;
- celle qui prévoit la simple consultation des masseurs-kinésithérapeutes pour l'élaboration des protocoles le concernant élaborés par le médecin coordonnateur : mais il n'est nullement dit que ces protocoles lui soient directement opposables ;
- et celle qui prévoit la faculté de résiliation unilatérale, mais l'interprétation neutralisante que nous vous proposons permet d'y répondre.

Enfin, l'arrêté n'est pas entaché d'une erreur manifeste d'appréciation en ce qu'il impose des obligations uniformes à tous les médecins quel que soit le nombre de patients que chacun d'eux suit.

PCMNC à l'annulation du décret du 30 décembre 2010 en tant qu'il fait figurer le mot « notamment » à l'article R. 313-30-1 du code de l'action sociale et des familles, à l'annulation de l'article 5 de chaque contrat-type établi par l'arrêté du 30 décembre 2010 et, dans cette mesure, des décisions de rejet des recours gracieux et de la demande d'abrogation de cet arrêté, et au rejet du surplus des conclusions des requêtes.