

N° 373450

Fédération des établissements
hospitaliers et d'aide à la personne
privés non lucratifs (FEHAP)

1^{ère} et 6^{ème} sous-sections réunies

Séance du 7 octobre 2015

Lecture du 2 novembre 2015

CONCLUSIONS

M. Jean LESSI, rapporteur public

Par une circulaire conjointe du 27 juin 2013, le directeur général de l'offre de soins, le directeur de la sécurité sociale et le directeur général de la caisse nationale d'assurance maladie ont adressé « pour diffusion » aux directeurs des agences régionales de santé, et « pour application » aux directeurs des établissements de santé, un nouveau « guide de prise en charge des frais de transport de patients »¹ par l'assurance maladie. La FEHAP, fédération regroupant des établissements du secteur privé non lucratif actifs, en particulier, dans le secteur MCO (médecine, chirurgie, obstétrique) et dans le secteur des SSR (soins de suite et de réadaptation), a contesté cette circulaire, en formant un recours gracieux, rejeté, puis un recours pour excès de pouvoir devant vous. Vous admettez l'intervention du Collectif interassociatif sur la santé (CISS).

*

Il nous semble que **cette circulaire est impérative et, par suite, susceptible de recours** (CE, Sect., 18 décembre 2002, *Mme D...*, n° 233618, au Recueil p. 463). Encore que l'analyse des rapports entre ses auteurs et ses destinataires pourrait vous faire hésiter (sur ce prisme, v. récemment CE, 30 janv. 2015, *Département des Hauts-de-Seine et autres*, n° 371415, aux Tables). Ici, nul doute que les destinataires principaux, les établissements de santé, sont bien chargés d'appliquer les règles de prise en charge des frais de transport de patients. Vous n'êtes pas dans le cas de figure de votre précédent du 26 mai 2009, *Syndicat national des personnels techniques et de travaux de l'équipement*, n° 306757, aux Tables. En revanche, les établissements de santé, même publics, ont une personnalité morale et ne sont pas placés sous l'autorité hiérarchique du ministre ou du directeur de la CNAM. Cependant, le pas a déjà été franchi dans certaines décisions, certes non fichées, par exemple CE, 18 juin 2007, *Conseil national de l'ordre des médecins*, n° 285022, inédite (s'agissant d'une lettre-réseau de la CNAMTS aux caisses primaires). Le souci de saisir un rapport d'autorité qui anime votre jurisprudence - peu importe que cette autorité soit de nature strictement

¹ Ont notamment pris parti sur le sujet qui préoccupe la FEHAP une circulaire réseau CNAMTS 2104/87 du 21 juillet 1987 (diffusant la circulaire interministérielle 87 H 345 du 6 juillet 1987), plus largement consacrée au financement des établissements ; une circulaire CNAMTS CABDIR n° 17/96 du 26 novembre 1996, spécifique à la problématique ; une lettre-réseau CNAMTS LR-DRM-105/2004 du 11 août 2004, relative aux prestations inter-établissements ; une circulaire DHOS/F4/DSS/1A/2007/330 du 24 août 2007, spécifique.

hiérarchique ou non - ainsi que l'intérêt s'attachant à désamorcer en amont les difficultés d'interprétation des textes, nous conduisent à vous proposer de regarder la circulaire comme un acte faisant grief.

*

Nous n'en avons cependant pas encore fini avec les questions de recevabilité, car **la requête nous semble partiellement tardive**. La requête cible quatre passages. Deux portent sur la problématique, sensible pour la FEHAP, des transports de patients entre deux établissements de santé (le chapeau introductif et le i. du c. du 2. de la partie II). Les deux autres passages attaqués portent sur les frais de transport des patients en affection de longue durée (a. du 1. de la partie I) et les transports de retour à domicile des patients (iii. du c. du 2. de la partie II). La FEHAP attaque dans la même mesure le tableau récapitulatif n°III annexé.

Mais nous pensons que la FEHAP est irrecevable pour ces deux derniers passages. Dans son recours gracieux du 24 juillet 2013, la FEHAP n'a ciblé que les deux premiers passages, consacrés au transport de patients inter-établissements. Nous en sommes fermement convaincus pour le cas des patients en ALD, qui n'est pas même mentionné dans le recours gracieux et qui figure dans une autre partie de la circulaire. L'hésitation est permise sur les transports de retour à domicile. Dans une phrase récapitulative de son recours gracieux, la FEHAP demandait le retrait de la subdivision de la circulaire qui englobe à la fois ce passage et les passages consacrés aux transports inter-établissements. Mais compte tenu de l'orientation de votre jurisprudence, qui cherche dans les contentieux de type *D...* à délimiter aussi finement que possible le champ réel de la contestation, et de la possibilité pour la FEHAP, si elle le souhaite, de demander l'abrogation de ce passage, nous pensons que vous pourrez interpréter de manière stricte le champ couvert par le recours gracieux, et considérer que la question des retours à domicile n'y figurait pas.

Or, pour ces deux passages non contestés dans le recours gracieux, la requête, enregistrée en novembre 2013, est tardive. En effet, si le délai de recours n'a pas couru à compter de la mise en ligne sur le site circulaires.gouv.fr, le 3 juillet 2013 (voyez CE, 7 avr. 2011, *CIMADE et GISTI*, n° 335924, aux Tables), le point de départ est à trouver lors de la publication au bulletin officiel Santé-Protection sociale du 15 août 2013, au plus tard à la fin de ce mois, soit bien plus de deux mois avant l'enregistrement de la requête.

*

Venons-en à l'examen **du bien-fondé de la requête**, et notamment à la problématique des **transports secondaires provisoires de patients**, c'est-à-dire des transports d'une durée de moins de 48 heures entre deux établissements, l'établissement d'origine (l'établissement de départ) où le patient est hospitalisé, et l'établissement d'accueil (l'établissement d'arrivée). La FEHAP formule deux séries de critiques, sur **l'identification du médecin qui prescrit le transport** vers l'autre établissement, d'une part, sur **l'identification de celui des deux établissements qui va prendre en charge, financièrement, le coût du transport**, d'autre part.

*

La FEHAP critique tout d'abord le passage suivant de la circulaire : « les médecins exerçant dans [l'établissement d'origine] sont chargés de la prescription du transport et doivent respecter des conditions médico-administratives en vigueur. ». Selon elle, ce passage apporterait à la **liberté de prescription, qui est de rang législatif** (art. L. 162-2 du CSS) **une double restriction**. D'une part, **une restriction de la liberté de prescription du médecin de l'établissement d'origine**, qui ne pourrait pas se prononcer sur la justification du motif de transport. D'autre part, **une restriction de la liberté des autres médecins** qui ne pourraient pas eux-mêmes prendre une prescription de transport.

Mais il nous semble que ce que dit la circulaire est **conforme à la fois au bon sens et, parce que cela ne suffirait pas, à l'état du droit**. L'article L. 322-5 du code de la sécurité sociale, qui est la disposition-clé, prévoit la prise en charge des frais de transport « *sur la base du trajet et du mode de transport les moins onéreux compatibles avec l'état du bénéficiaire* », tandis que l'article L. 162-4-1 du impose au médecin prescripteur de transport d'indiquer « *les éléments d'ordre médical précisant le motif du déplacement et justifiant le mode de transport prescrit* ». La palette des moyens de transport est large (art. R. 322-10-1), et c'est au moyen d'un « référentiel de prescription » pris par arrêté que le médecin adapte le mode de transport aux déficiences et incapacités de chaque malade.

De ces dispositions s'évince clairement l'idée que la prescription de transport, d'une part, est une **prescription autonome**, distincte de la prescription de l'acte ou de la prestation justifiant le transport et, d'autre part, qu'elle doit émaner du médecin **le mieux à même d'apprécier à un instant « t » l'aptitude du patient au transport**, et le mode de transport le plus adapté, c'est-à-dire le médecin de l'établissement d'origine, qui est physiquement auprès du patient à son départ.

Surtout, **la circulaire n'entrave la liberté de prescription de personne**. Le médecin de l'établissement d'origine, qui n'est pas une simple courroie de transmission, peut s'opposer au transport, ou prescrire tout autre acte que l'état du patient requerrait. De même, la « matière transport » n'échappe pas au à l'établissement d'accueil. Simplement la question ne se posera le plus souvent pas pour lui, dans les faits, lorsque l'établissement d'origine prescrit un transport provisoire aller-retour - en faisant l'hypothèse que l'état du patient reste stable entre son arrivée et son départ de l'établissement d'accueil. Une question pourrait en cas de prescription d'un aller simple ou d'une évolution de l'état du malade, mais ces cas ne sont pas traités ici.

*

Venons-en à la **seconde série de moyens**, d'incompétence et d'erreur de droit, qui nous permet de toucher **au cœur de la critique de la FEHAP**. Par plusieurs angles d'attaque, la requête reproche à la circulaire **de laisser dans tous les cas la charge financière du transport secondaire provisoire de patients à l'établissement d'origine**. Or il faudrait, selon la FEHAP, faire une distinction selon l'établissement qui a demandé le déplacement du patient. **Dans certains cas**, c'est l'établissement d'origine qui souhaitera amener le patient dans l'établissement d'accueil, pour bénéficier de son plateau technique. **Dans d'autres cas, c'est l'établissement d'accueil** qui aura demandé au patient de venir, voire de revenir pour une visite postopératoire. Pour reprendre le langage de la circulaire, le « besoin de transport » peut donc être exprimé par les deux établissements. Mais, selon la FEHAP, la charge du transport doit être imputée à l'établissement demandeur et non, comme le prévoit la circulaire,

3

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

systématiquement à l'établissement d'origine. La FEHAP, qui a surtout à l'esprit les établissements de SSR dont les patients retournent en MCO pour des reconvoctions postopératoires, souhaiterait vous voir consacrer un principe demandeur-payeur.

Précisons que **seuls sont en cause les rapports entre les établissements de santé et l'assurance-maladie, et non les rapports entre l'assuré social et l'assurance-maladie**. En effet, au prix d'une légère schématisation, pour le patient hospitalisé, du moins pour les frais pris en charge par l'assurance maladie, son séjour est en principe **un tout, un « paquet global »**, qui lui est facturé sur la base du tarif de son GHS (groupe homogène de séjour) – plus précisément sur la base d'un « tarif journalier de prestation » - et pour lequel le patient est dispensé de l'avance des frais (art. L. 162-21-1 CSS). Dans ce paquet global, les transports secondaires provisoires entre établissements, qui n'interrompent pas le séjour, sont invisibles pour lui financièrement, et indolores – et c'est d'ailleurs heureux, pour éviter de faire supporter au patient, via son reste à charge, les conséquences des choix opérés sur la répartition géographique de l'offre de soins.

Le premier moyen sur ce point est tiré de **la méconnaissance de l'article 1370 du code civil**, selon lequel, en dehors du fait personnel ou d'une convention, seule la loi peut mettre créer une obligation. Or, selon la FEHAP, seule la loi aurait pu prévoir que l'établissement d'origine doit assumer la charge financière du transport dans les cas où il n'en est pas responsable. Nous n'approfondirons pas la question de l'opérance de l'invocation de l'article 1370 du code civil, car tout se ramène en réalité à une **question de compétence** – le moyen est d'ailleurs aussi soulevé.

Nous avons pensé dans un premier temps **opposer à la FEHAP le principe « prescripteur -payeur »** auquel elle fait elle-même allusion, pour l'appliquer à la prescription de transport, qui émane ainsi qu'on l'a vu toujours de l'établissement d'origine : « qui prescrit, paie ».

A la réflexion toutefois, nous ne sommes pas certains que la prescription, compte tenu de sa portée, puisse suffire à imputer la charge financière du transport à un établissement en particulier. La prescription a pour fonction d'ouvrir droit à prise en charge par l'assurance maladie (art. L. 162-4-1). La question, en aval, de savoir au niveau de quel budget, de quel établissement cette prise en charge se matérialisera pour les assurés hospitalisés, n'est pas préemptée. Ajoutons qu'un lien trop mécanique entre établissement prescripteur de transport et payeur contredirait un autre passage de la circulaire, consacré aux transports pour dialyse, radio- ou chimiothérapie².

En réalité, la source du principe exprimé par la circulaire **doit être recherchée, et trouvée, dans les règles applicables au financement des établissements de santé**. Pour les activités de médecine, chirurgie et obstétrique, et d'hospitalisation à domicile, l'article R. 162-32 du code de la sécurité sociale, prévoit le financement par l'assurance maladie des établissements du secteur dit « public » (les établissements mentionnés aux a, b et c de

² Pour les séances de dialyse, radio- et chimiothérapie, l'arrêté du 19 février 2009 (v. infra) prévoit une facturation directe, de chaque établissement, de ses propres prestations. On déroge au principe d'unicité du GHS facturé. Ce qui peut expliquer – en considérant en quelque sorte que la séance réalisée dans l'établissement B est une parenthèse financière dans le séjour dans l'établissement A – que les frais de transport liés à une telle séance soient directement facturés auprès de l'assurance maladie, et non supportés par l'établissement sur son budget.

l'article L. 162-22-6 du CSS) sous la forme de forfaits, en particulier les tarifs attachés à chaque GHS, groupes homogènes de séjour, qui correspondent à la mise en œuvre de la fameuse « T2A ». Ces forfaits, calculés sur la base d'une étude³ des coûts des établissements du secteur ont vocation à être – nous citons le code - « représentatifs de la mise à disposition de l'ensemble des moyens nécessaires à l'hospitalisation du patient ». La formulation de l'article R. 162-31 est similaire pour le calcul des tarifs journaliser prévus dans certains cas pour les activités de soins de suite et de réadaptation et la psychiatrie. De même, pour les activités de soins de suite et de réadaptation, hors T2A, financées par voie de dotation annuelle de financement (art. L. 174-1 du CSS). Certes, les modalités de calcul ne sont pas des plus limpides, mais elles tiennent compte des coûts des établissements, de la participation des patients (art. R. 6145-26 du code de la santé publique), elle-même tributaire des tarifs opposables aux patients, calculés sur la base de l'ensemble des charges d'exploitation des établissements (art. R. 6145-22 du CSP). Des dispositions analogues existent pour l'hospitalisation à domicile.

Nous déduisons de l'ensemble de ces dispositions que **les établissements sont réputés financés pour l'ensemble des frais liés au séjour pris en charge par l'assurance maladie obligatoire. Et nous avons peu de doute pour voir dans les frais de transport d'un patient de A vers B, dans le cadre de son séjour en A, des frais liés au séjour, quel que soit le motif de son transport vers B.** Nous mesurons le décalage entre cette affirmation et la pratique, car on peut douter que le sujet « frais de transports provisoires secondaires » ait été approfondi dans la construction des tarifs et dotations. Mais en droit, il y a là une accroche pour les énonciations de la circulaire. Plus qu'il n'y en a pour la solution inverse.

Nous sommes conscients qu'elle retient, ce faisant, une règle divergeant de celle qu'exposaient de plus anciennes circulaires. Mais fait des textes une lecture conforme à leur économie actuelle⁴.

Si vous nous suivez, vous écarterez le moyen tiré de ce que la circulaire serait sur ce point entachée d'incompétence ainsi que, en tout état de cause, le moyen de méconnaissance de l'article 1370 du code civil, et vous pourrez **en venir aux moyens suivants**.

La FEHAP soutient d'abord que la circulaire imposerait aux établissements la prise en charge de frais de transport non liés à une hospitalisation – or le lien avec une hospitalisation est exigé par l'art. R. 322-10 pour justifier une prise en charge par l'assurance maladie. Elle s'appuie sur deux arrêtés du 21 décembre 2012 et du 4 mars 2013, relatifs à la production des informations relatives à l'activité médicale et à sa facturation, qui définissent la notion

³ Le [guide de l'Etude Nationale de Coûts à méthodologie Commune](#) MCO – 04/10, publié par l'ATIH, prévoit notamment, parmi ces coûts, la prise en compte de ceux liés au transport motorisé de patients hors SMUR, en fonction du nombre de courses ou, en cas de sous-traitance, des coûts réels.

⁴ C'est également cohérent avec la logique des règles de facturation qui, en MCO du moins (v. [l'arrêté du 19 février 2009, relatif à la classification et à la prise en charge des prestations d'hospitalisation pour les activités de médecine, chirurgie, obstétrique et odontologie](#), en vigueur à la date de signature de la circulaire, en particulier son art. 9 – ex art. 8 transféré), retiennent le principe de la facturation d'un seul GHS par séjour, y compris lorsque ce séjour – qu'un transport aller et retour d'une durée inférieure à 48 heures dans un autre établissement d'interrompt pas – a donné lieu à des prestations effectuées dans un établissement d'accueil prestataire. Sauf exception (notamment pour les séances de dialyse, chimio- ou radiothérapie), l'établissement A facture ainsi à l'assurance maladie un GHS comprenant des prestations qu'il n'a pas réalisées lui-même, et que B ne facture pas. Certes, la pratique – sur la base de simples circulaires... – est que l'établissement A rémunère lui-même l'établissement B. Cette rémunération, visiblement « négociée » entre les deux établissements, n'est pas prévue pour les frais de transport.

d'« hospitalisation » et en excluent certains actes, dont les soins externes. Mais le moyen manque en fait : le passage de la circulaire ne parle que des patients hospitalisés, et non de ceux qui viennent à l'hôpital à un autre titre.

Le moyen suivant, tiré de ce que la circulaire ne pouvait pas prévoir la prise en charge des frais liés à la réalisation d'actes post-opératoires, manque lui aussi en fait. Il est vrai que les transports liés aux consultations post-opératoires de personnes qui ne sont plus hospitalisées ne constituent pas des transports « liés à une hospitalisation » au sens de l'art. R. 322-10, ainsi que la Cour de cassation l'a déjà jugé à plusieurs reprises (Civ. 2ème, 20 juin 2013, n° 12-20225, publié au Bull., II, n° 132). Mais le passage contesté de la circulaire traite précisément du cas inverse où la personne est toujours hospitalisée.

Le dernier moyen est tiré de ce que la définition par la circulaire des transports inter-établissements secondaires provisoires ne coïnciderait pas avec la définition, par les arrêtés du 21 décembre 2012 et du 4 mars 2013 déjà mentionnés, des « prestations inter-établissements », terme réservé selon la FEHAP par ces arrêtés aux prestations réalisées par un établissement B à la demande d'un établissement A. C'est exact. Mais, les deux notions n'ont pas le même objet et, précisément, les arrêtés ne font pas rentrer les transports inter-établissements dans le cadre des prestations inter-établissement – ce terme renvoyant au versement par un établissement A d'une somme d'argent à un établissement B prestataire, pour tenir compte de ce que la prestation a été facturée à l'assurance maladie par A, mais réalisée par B pour le compte de A. Peu importe donc que les définitions ne cadrent pas.

Vous pourrez donc, après avoir admis l'intervention du CISS, rejeter la requête. Il ne nous semble pas y avoir lieu, dans les circonstances de l'espèce, à ce que vous fassiez droit aux conclusions présentées par la CNAMTS au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Tel est le sens de nos conclusions.