

N° 462637 – Association Hôpital Foch et autres
N° 462977 – CNOM
N° 462978 - CNOM

5^{ème} et 6^{ème} chambres réunies
Séance du 14 septembre 2022
Lecture du 28 septembre 2022

CONCLUSIONS

M. Florian Roussel, rapporteur public

Comment inciter les praticiens à exercer dans les établissements publics de santé et prévenir leur départ ultérieur dans le secteur privé ?

Longuement évoquée en 2020 au cours du « Ségur de la santé », cette question est, depuis une cinquantaine d'années, au cœur des réflexions sur l'avenir de l'hôpital. Les trois questions prioritaires de constitutionnalité dont vous êtes aujourd'hui saisis critiquent les réponses que le législateur s'est récemment efforcé d'y apporter, dans le cadre de la loi n° 2019-774 du 24 juillet 2019 relative à l'organisation et à la transformation du système de santé et de l'ordonnance n° 2021-292 du 17 mars 2021 visant à favoriser l'attractivité des carrières hospitalières, prise sur le fondement de cette même loi.

Éléments de contexte

Quelques éléments de contexte, tout d'abord. Si les carrières dans le secteur public sont souvent perçues comme valorisantes, le manque de souplesse du statut en ce qui concerne la rémunération, l'obligation de participer à la permanence médicale, et, plus généralement, les conditions de travail constituent pour nombre de praticiens, des sources d'insatisfaction récurrentes.

Certains directeurs d'hôpitaux déplorent ainsi la difficulté à remplacer des médecins, ayant pu acquérir de l'expérience, une patientèle et une notoriété grâce aux moyens du service public, et qui font ensuite le choix d'exercer dans une clinique ou un cabinet à proximité de leur ancien établissement¹. Leur départ affecte ainsi le budget des hôpitaux, compte tenu de la tarification à l'activité, mais aussi, parfois, la qualité des soins et expose ces établissements à un risque de restructuration, en particulier en zone rurale.

La concurrence en matière de ressources humaines entre les secteurs publics et privés, déjà observée par certains auteurs dans les années 1970², est ainsi devenue de plus en plus vive ces

¹ Le constat est particulièrement sensible pour certaines spécialités, tels les chirurgiens, les radiologues ou les anesthésistes.

² D'où un phénomène de « concurrence – complémentarité », déjà constaté dans les années 1970 - V. Paul Comet et Raymond Piganiol, L'hôpital public, Berger-Levrault, p. 14

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.

dernières années. Elle porte d'ailleurs sur l'ensemble des personnels médicaux et non pas sur les seuls médecins³.

Comme l'exposait le Pr Auby dans un article publié en 1990⁴, ce phénomène eût été inenvisageable dans la conception ancienne de « l'hôpital-hospice », lieu d'accueil des indigents, où intervenaient des médecins venant de l'extérieur⁵. Il est apparu avec l'émergence de l'hôpital « toute classe », ouvert à l'ensemble de la population, alors que dans le même temps, les cliniques privées étaient rendues plus accessibles du fait de la socialisation accrue des dépenses de santé. Et cette concurrence a subsisté en dépit des tentatives des pouvoirs publics pour encourager les complémentarités entre ces structures.

Face à ces enjeux, les pouvoirs publics oscillent entre deux réponses possibles :

- D'une part, renforcer l'attractivité des établissements publics pour les praticiens, notamment en assouplissant les conditions dans lesquelles ils peuvent exercer une activité privée accessoire. Avec le risque bien évidemment que cette activité ne prenne progressivement trop de place dans leur agenda et qu'elle constitue pour eux une transition idéale avant un départ vers le secteur privé...
- D'autre part, limiter les possibilités pour les praticiens hospitaliers d'exercer une activité lucrative extérieure. Avec le risque, souvent évoqué, de dissuader les jeunes médecins de s'orienter vers le secteur public.

Les dispositions législatives critiquées ont cherché à combiner cette double approche, au risque de susciter l'ire, tant des praticiens hospitaliers que des établissements privés concurrents. Les modifications apportées au droit positif portent sur les activités lucratives que les praticiens exercent, tant à l'intérieur de l'établissement public que dans le secteur privé.

L'objet des dispositions législatives critiquées

Rappel du cadre juridique initial

Activités libérales intra-hospitalières

- La faculté pour les praticiens hospitaliers d'exercer une activité privée au sein de l'hôpital leur a été reconnue de longue date.

Le régime de Vichy⁶ avait ainsi prévu la création, au sein des hôpitaux, de « cliniques ouvertes ». Destinées à suppléer la carence de l'initiative privée dans certaines disciplines,

³ Vincent Vioujas, Hospitalisation privée et hospitalisation publique : concurrence ou complémentarité ? RDSS 2021 p.1006

⁴ L'hospitalisation privée, RDSS 1990. 455

⁵ Le sénateur Jacky Le Menn décrivait quant à lui un « champ concurrentiel complexe », où les différents types d'établissements de santé rivalisent d'ingéniosité pour attirer des praticiens, dans un contexte marqué par une demande de soins croissante du fait du vieillissement de la population et une modification des aspirations des nouvelles générations de médecins.

⁶ Décret n°43-891 du 17 avril 1943 portant règlement d'administration publique pour l'application de la loi du 21 décembre 1941 relative aux hôpitaux et hospices publics.

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.

elles conduisaient les hôpitaux à consacrer une partie de leurs installations à une clientèle privée, qui bénéficiait d'un meilleur confort et pouvait librement faire appel au médecin de son choix. Rémunéré directement par le patient, celui-ci versait, en contrepartie, à l'hôpital une contribution forfaitaire, destinée à améliorer l'équipement hospitalier.

L'ordonnance « Debré » du 30 décembre 1958 a ensuite permis aux praticiens hospitaliers de recevoir à l'hôpital, en consultation privée, des patients, et de les y faire admettre et traiter sous ce régime. Ce dispositif, qui existait déjà en Alsace-Moselle, constituait la contrepartie du développement du régime du « plein temps », qui impliquait que ces praticiens renoncent à leur cabinet privé. L'objectif était ainsi de leur assurer un complément de revenus et de retraite pour compenser le différentiel de rémunérations avec leurs confrères libéraux, dans le souci, déjà, « d'assurer l'attractivité de l'hôpital public tant vis-à-vis des praticiens que des patients ».

Dans un ouvrage paru en 1960 et par ailleurs instructif⁷, un auteur très impliqué dans la réforme ajoutait, sans ironie pour ce que nous en avons compris, qu'il s'agissait en outre « d'un moyen de ne pas priver la clientèle aisée des soins des meilleurs médecins »...

▪ L'exercice d'une telle activité libérale intra-hospitalière, aujourd'hui régi par les articles L 6154-1 et suivants du code, reste strictement encadré, ce qui explique la faible part des praticiens qui y a recours⁸ :

- L'activité doit être de même nature que celle exercée dans le secteur public ;
- Sa durée ne doit pas excéder 20 % de la durée de service hospitalier du praticien et le nombre de consultations et d'actes effectués à ce titre doit être inférieur à celui réalisé dans le cadre du service public ;
- Aucun lit ni aucune installation ne doit être réservé à l'activité libérale ;
- Les praticiens doivent être adhérents à la convention régissant les rapports entre les organismes d'assurance maladie et les médecins, mentionnée à l'article L. 162-5 du code de la sécurité sociale, relative à l'encadrement des tarifs.

Avant les dispositions législatives aujourd'hui critiquées, elle demeurait en outre réservée aux seuls praticiens exerçant à temps plein.

Activités extérieures

Les praticiens hospitaliers ne peuvent davantage librement exercer des activités lucratives à l'extérieur de l'hôpital. Avant la réforme, l'article L. 6152-4 renvoyait essentiellement sur ce point aux dispositions de droit commun de la fonction publique, posées à l'article 25 septième du statut général. Le cumul n'était ainsi autorisé⁹ qu'aux praticiens dont la quotité de travail était inférieure ou égale à 70 %¹⁰.

⁷ Paul Comet, *L'hôpital public*, L'administration nouvelle. 1960

⁸ En 2011, l'activité libérale dans les établissements publics de santé ne concernait que 4 581 médecins hospitaliers, soit seulement 10 % des praticiens hospitaliers éligibles à cette activité. Cette activité concerne pour les trois quarts des praticiens dont la notoriété est forte et se concentre généralement sur la fin de carrière.

⁹ Sous réserve, comme le rappelait l'article R 6152-222 de respecter les obligations statutaires définies par les articles R. 6152-221, R. 6152-223 et R. 6152-224 en respectant, pour les médecins, les conditions de l'article R.

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.

La loi « HPST » n° 2009-879 du 21 juillet 2009 a, à la suite d'un amendement adopté lors de l'examen par le Sénat contre l'avis du Gouvernement, permis au directeur de l'établissement d'interdire l'exercice d'activités lucratives à proximité de l'établissement public dans un délai de deux ans suivant la démission du praticien.

Les évolutions législatives récentes

Assouplissements aux possibilités de cumul

L'ordonnance du 17 mars 2021 introduit deux séries d'assouplissements à ce cadre juridique :

- D'une part, alors que l'exercice d'activités libérales « intra-hospitalières » était jusqu'alors réservé aux praticiens à temps plein, il est désormais étendu à ceux exerçant au moins huit demi-journées par semaine à l'hôpital sur les dix requises pour les praticiens à temps plein (soit ceux qui exercent à 80 % au moins) ainsi qu'à ceux en période probatoire ou en stage¹¹. Par ailleurs, dans l'hypothèse d'une activité partagée, cette activité libérale pourra être réalisée sur deux sites d'un même groupement hospitalier de territoire ;
- D'autre part, afin de favoriser la mixité d'exercice des praticiens et le décroisement des parcours entre la médecine de ville et l'hôpital, l'ordonnance permet l'exercice d'activités lucratives extérieures par les praticiens exerçant à 90 % ou moins - et non plus à 70 % ou moins comme auparavant.

Ces mesures ont trouvé un prolongement dans un décret n° 2022-134 du 5 février 2022, qui a fusionné les statuts des praticiens à temps complet et incomplet¹².

Les « clauses de non-concurrence », contrepartie des assouplissements prévus

Le législateur s'est efforcé, en parallèle, de prévenir les conséquences susceptibles de résulter de ce cumul d'activités sur le fonctionnement des hôpitaux, en refondant le dispositif de non-concurrence issu de la loi HPST. Celui-ci n'avait, en effet, jamais reçu application, faute d'édiction par les Gouvernements successifs des dispositions réglementaires nécessaires à sa mise en œuvre.

4127-98 et, pour les chirurgiens-dentistes, celles de l'article R. 4127-251

¹⁰ L'article R 6152-223 prévoyait par ailleurs que la quotité de travail minimale était de 6 demi-journées - elle pouvait être ramenée à 5 pour certains postes, lorsque l'activité hospitalière le justifie, et à 4 dans certaines disciplines ou spécialités.

¹¹ Cette activité s'exerce dans la limite d'une (praticiens hospitaliers exerçant à hauteur de huit ou neuf demi-journées par semaine) à deux (praticiens hospitaliers exerçant à hauteur de dix demi-journées par semaine) demi-journées par semaine.

¹² Celui-ci a notamment supprimé le régime plus contraignant de cumul applicable aux pharmaciens à temps partiel, qui ne pouvaient être titulaires d'une officine, exercer les fonctions de biologiste responsable d'un laboratoire de biologie médicale ou remplir les fonctions de pharmacien responsable ou délégué d'un établissement pharmaceutique, ni assurer la gérance d'une officine de pharmacie mutualiste ou minière.

Une disposition de la loi du 24 juillet 2019, issue d'un amendement parlementaire, réécrit à cette fin l'article L 6152-5-1.

Son I a le même objet que le texte antérieur mais il le fait évoluer sur quatre points :

- Il s'applique en cas de « départ temporaire ou définitif » des praticiens qui exercent au moins à mi-temps – et non plus uniquement en cas de démission ;
- Les conditions de mise en œuvre du dispositif sont précisées au niveau du groupement hospitalier de territoire, sur proposition des directeurs des établissements membres du groupement hospitalier de territoire, après avis de la commission médicale de groupement et du comité stratégique ;
- L'interdiction ne peut excéder une durée de vingt-quatre mois et ne peut s'appliquer que dans un rayon maximal de dix kilomètres autour de l'établissement ;
- Enfin, une sanction financière est instituée en cas de non-respect de l'interdiction¹³.

Le II de l'article introduit un dispositif similaire pour l'exercice d'activités lucratives extérieures par les praticiens à temps incomplet.

Objet des trois QPC

Ce sont ces différents aspects de la réforme qui sont aujourd'hui contestés.

- L'association Hôpital Foch et autres sont des établissements de santé privé d'intérêt collectif » (ESPIC)¹⁴, habilités de plein droit à exercer des activités de service public hospitalier¹⁵, au même titre donc que les établissements publics. Les médecins qui exercent en leur sein sont soit des salariés de droit privé soit des praticiens libéraux, qui pratiquent leur activité dans les conditions prévues à l'article L 6161-9 du CSP¹⁶.

Les requérants critiquent la concurrence déloyale qui résulterait, selon eux, du fait que la dérogation au principe de l'interdiction de dépassement d'honoraires ne s'applique qu'aux praticiens hospitaliers statutaires. Leur requête constitue ainsi une nouvelle illustration des « QPC de jalousie », qui vous sont désormais familières¹⁷.

¹³ Le III de l'article L. 6154-2 précise qu'en cas de départ temporaire ou définitif, seules les clauses de non-concurrence prévue par cet article s'appliquent aux praticiens autorisés à exercer une activité libérale, à l'exclusion des dispositions prévues à l'article L. 6152-5-1.

¹⁴ Les ESPIC représentent en France 14% des lits d'hospitalisation, contre 62% pour les hôpitaux publics et 24% pour les cliniques (Rapport du Sénat fait au nom de la commission d'enquête sur la situation de l'hôpital et du système de santé en France, 29 mars 2022).

¹⁵ Ils n'ont donc pas à être habilités à cette fin comme les autres établissements privés, qui, en application de l'article L. 6112-3 du CSP, peuvent assurer le service public hospitalier s'ils y sont habilités, sur leur demande, par le directeur général de l'ARS. Ils bénéficient alors d'un financement public au titre de la compensation de leurs obligations de service public.

¹⁶ En application de ces dispositions, ils peuvent être admis par l'ARS, comme les autres établissements privés à but non lucratif, à recourir à des professionnels médicaux et auxiliaires médicaux libéraux, qu'ils rémunèrent sur la base des honoraires correspondant aux tarifs de la sécurité sociale, minorés d'une redevance. Ces praticiens effectuent leurs activités sur la base d'une convention avec l'établissement, qui ne constitue pas un contrat de travail. Les seuls de ces professionnels autorisés à pratiquer des dépassements d'honoraires sont ceux qui avaient été autorisés à le faire sur la base d'un contrat avant la promulgation de la loi du 24 juillet 2019.

La grande majorité des médecins des ESPIC sont cependant des salariés.

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.

- Le Conseil national de l'ordre des médecins critique l'autre versant de la réforme, à savoir le dispositif de « non-concurrence », qu'il estime excessivement rigoureux pour les praticiens hospitaliers à temps incomplet ou qui cessent leurs fonctions.

QPC association Hôpital Foch et autres

Questions liminaires

- L'association Hôpital Foch et autres vous demandent de transmettre uniquement, si on s'en tient à la lettre du dispositif de leur mémoire, les modifications introduites par l'ordonnance du 17 mars 2021 aux articles L. 6152-4, L. 6154-1 et L. 6154-2 du CSP.

Ces dispositions ne sont, ainsi qu'il a été dit, critiquées qu'en tant qu'elles permettent aux praticiens hospitaliers de déroger au principe de l'interdiction de dépassement d'honoraires posé au 4^o du I de l'article L. 6112-2. Cette dérogation résultant uniquement d'une incise, figurant au dernier alinéa du II de l'article L. 6154-2¹⁸, le recours devrait être regardé comme dirigé contre ces seules brèves dispositions.

Or, celles-ci ont déjà été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2019-792 QPC du 21 juin 2019¹⁹.

- Afin de surmonter l'objection, les requérants invoquent le changement dans les circonstances de droit que constituerait l'assouplissement des conditions de cumul entre les activités hospitalières et les activités lucratives extérieures.

En effet, pour écarter le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité entre les structures publiques et les ESPIC, le Conseil s'était fondé sur la différence de situation entre ces établissements. Sa décision relève que, contrairement aux praticiens statutaires, les médecins employés par les ESPIC « *n'ont pas nécessairement vocation à y consacrer l'intégralité de leur carrière* » et « *ne sont pas tenus d'[y] exercer à plein temps leur activité* », ce qui leur permet d'exercer d'autres activités médicales, pouvant donner lieu à des dépassements d'honoraires.

Or, depuis lors, l'ordonnance du 17 mars 2021 a, comme on l'a vu, facilité l'exercice par les praticiens hospitaliers à temps incomplet de telles activités extérieures.

¹⁷ V. notamment, sur ce point, les conclusions de R. Decout-Paolini sur la décision Clinique du Saint-Cœur à l'origine de la décision n° 2019-792 QPC.

¹⁸ Issu de l'ordonnance n° 2017-31 du 12 janvier 2017

¹⁹ Décision, il est vrai, critiquée par une partie de la doctrine. V. V. Vincent Vioujas, *ibid.* : « Le souci manifeste de corriger une concurrence pensée, à tort ou à raison, comme déséquilibrée au détriment des hôpitaux publics aboutit néanmoins à traiter de manière distincte, et parfois contestable, les différents secteurs. Ainsi, ... la pratique des dépassements d'honoraires demeure possible dans le cadre de l'activité libérale des PH, sans que le Conseil constitutionnel, au prix d'un raisonnement discutable, n'y ait rien trouvé à redire. »

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.

▪ La question du caractère nouveau de cette circonstance rejoint en fait celle du caractère sérieux du moyen tiré de la méconnaissance du principe d'égalité et il nous semble plus pertinent de l'aborder dans ce cadre. Soit ce moyen justifie l'admission, en dépit de la position prise par le Conseil en 2019, et cela implique qu'il existe bien un changement dans les circonstances de droit. Soit, il ne la justifie pas et vous pourrez écarter le moyen comme dépourvu de sérieux sans prendre parti sur l'existence d'un tel changement de circonstances (V. par ex. 5/6, 1^{er} juillet 2022, Association reporter sans frontière, n°463162, C).

▪ Par ailleurs, les dispositions de l'article L. 6152-4 sont, en tout état de cause, inapplicables au litige. Elles sont en effet relatives à l'activité lucrative que les praticiens à temps partiel sont autorisés à exercer en dehors de l'hôpital, alors que la QPC a été formée à l'appui d'un recours contre le décret n° 2022-133 du 5 février 2022, exclusivement consacré à l'activité libérale intra-hospitalière. Leur transmission n'est donc, dans tous les cas, pas justifiée.

Caractère sérieux du grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité

▪ Sur le fond, le ministre invoque d'abord l'inopérance du moyen tiré de l'atteinte au principe d'égalité, les praticiens exerçant dans les ESPIC se trouvant, quel que soit leur statut, dans une situation juridique distincte de celle des agents publics.

Cependant, ainsi que le Conseil constitutionnel l'a implicitement retenu en 2019, ce grief paraît pouvoir être utilement soulevé en tant qu'il porte sur des établissements – publics ou privés – tous chargés du service public hospitalier. Ce n'est pas l'égalité entre les agents qui est en cause.

▪ Il convient donc d'apprécier, d'une part, si ces établissements se trouvent dans la même situation et, d'autre part, si la différence de traitement résultant des dispositions critiquées est en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit²⁰

Sur le premier point, dès lors que les praticiens hospitaliers à temps incomplet peuvent désormais exercer une activité lucrative sous réserve d'exercer dans le public au plus à 90 % - et non plus jusqu'à 70 % comme c'était le cas en 2019 –, un plus grand nombre d'entre eux peut désormais exercer une activité lucrative extérieure à l'hôpital pouvant donner lieu à des dépassements d'honoraires.

Il est donc, de ce strict point de vue, moins justifié que par le passé d'autoriser les praticiens hospitaliers à exercer une activité libérale intra-hospitalière pour compenser ce désavantage financier résultant de l'exercice de fonctions dans le secteur public.

Peut-on pour autant en déduire que les établissements publics se trouveraient désormais dans la même situation que les ESPIC ? Telle n'est pas notre conviction.

²⁰ Décision n° 96-380 DC du 23 juillet 1996, Décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997

D'abord, parce que les conditions d'activités extérieures demeurent soumises à un encadrement législatif – en particulier le seuil de 90 % -, alors qu'aucune disposition analogue n'est applicable aux ESPIC. La portée de l'assouplissement introduit en 2021 ne doit donc pas être exagérée, d'autant que la loi interdit désormais aux intéressés de cumuler cette activité extérieure avec une activité libérale interne à l'hôpital.

Ensuite parce que, comme l'avait déjà relevé le Conseil dans sa décision de 2019 pour retenir l'existence d'une différence de situation, les praticiens hospitaliers ont vocation à effectuer toute leur carrière dans le secteur public.

Enfin, plus fondamentalement, parce que leur situation statutaire, à laquelle cette même décision fait référence, demeure très spécifique.

Les établissements publics ne peuvent ainsi déroger au cadre légal applicable aux traitements et indemnités perçus par leurs praticiens, alors les établissements privés disposent d'une plus grande souplesse dans le cadre des conventions collectives et individuelles, pour fixer la rémunération des intéressés – et en particulier de ceux d'entre eux qu'ils tiennent à « fidéliser »²¹. Ces marges ne sont certes pas, comme le soulignent les requérants, illimitées, loin s'en faut, mais elles existent néanmoins.

Les hôpitaux continuent ainsi à souffrir d'un déficit d'attractivité, susceptible de justifier que leurs praticiens bénéficient en contrepartie d'avantages spécifiques. On ne peut conclure dans ces conditions à une identité de situation.

▪ Venons-en au second temps du raisonnement, à savoir le rapport entre la mesure avec l'objet de la loi. Là encore, les motifs retenus par le Conseil en 2019 doivent être réinterrogés, puisqu'il s'était notamment fondé, entre autres arguments, sur la circonstance que l'exercice d'une telle activité libérale était réservée aux praticiens à temps plein. Or, elle l'est désormais également aux praticiens à temps incomplet, exerçant à 80 % ou plus.

Or, le développement du secteur privé des praticiens au sein des hôpitaux est historiquement lié au développement du plein temps. Comme le soulignaient MM. Comet et Piganiol dans un ouvrage consacré à l'hôpital public paru en 1974, « *ce n'est que dans la mesure où un praticien consacre la totalité de son activité professionnelle à l'hôpital qu'il peut y disposer d'un certain nombre de lits destinés aux malades qui lui sont adressés personnellement et qui l'honorent directement* ».

Pour autant, cet assouplissement du dispositif reste, là encore, très relatif et ne devrait bénéficier qu'à un faible nombre de praticiens, d'autant que l'exercice d'une telle activité est désormais incompatible avec des activités lucratives extérieures. Et surtout, les autres conditions très strictes, posées par la loi pour l'exercice d'une telle activité et rappelées par le Conseil dans sa décision de 2019, qui tiennent notamment, comme il a été dit, à la nature de l'activité et au volume des actes, sont inchangées.

²¹ V. V. Vioujas, *ibid.*

L'objectif poursuivi par le législateur, à savoir améliorer l'attractivité des carrières hospitalières publiques et la qualité des établissements publics de santé demeure par ailleurs plus que jamais d'actualité.

Il nous semble ainsi, à la réflexion, que le moyen, sans être totalement évident, ne justifie pas que le Conseil soit ressaisi de la question.

Caractère sérieux du grief tiré de l'atteinte à la liberté contractuelle

Le moyen tiré de l'atteinte à la liberté contractuelle, qui avait été rapidement écarté par le Conseil en 2019, nous semble quant à lui inopérant puisqu'il porte sur les dispositions des articles L. 6112-2 et 4 du CSP, dont le renvoi au Conseil n'est pas demandé... Il est, en tout état de cause, non fondé, pour les arguments précédemment évoqués.

La transmission de cette 1^{ère} question ne nous semble donc pas justifiée.

QPC CNOM 1 [périmètre d'interdiction d'exercice en cas de départ de l'EPS]

Venons-en à la QPC soulevée par le CNOM contre le I de l'article L 6152-5-1 du CSP portant sur l'obligation de non-concurrence en cas de départ d'un établissement public.

La seule question posée porte cette fois sur leur caractère nouveau ou sérieux. En effet :

- Les questions sont posées à l'occasion de recours contre le décret n° 2022-134 du 5 février 2022 qui les met en œuvre. D'autres recours ayant un objet analogue ont également été formés par d'autres requérants, et en particulier le Syndicat des jeunes médecins ;
- Le Conseil constitutionnel n'a jamais été saisi de la constitutionnalité de ces dispositions.

Il nous semble par ailleurs, même si la question (que vous n'êtes pas tenus de trancher ici) est délicate, qu'un intérêt à agir pourrait être reconnu au CNOM contre le décret, même si celui-ci ne porte pas sur une question d'ordre déontologique. Dans son recours au fond, le CNOM fait notamment valoir que le décret porterait atteinte aux intérêts dont il a la charge, en particulier le principe de l'indépendance de la profession médicale et le principe du libre choix du praticien. Plus généralement, dès lors qu'il intéresse l'ensemble de la profession, il pourrait être envisagé de reconnaître au Conseil un tel intérêt.

Portée des dispositions critiquées

Une précision, d'abord, sur la portée de ces dispositions. La loi subordonne leur application à une décision réglementaire du directeur de l'établissement support du groupement hospitalier de territoire (GHT) fixant au plan local les conditions de mise en œuvre de l'interdiction par profession ou spécialité, voire par établissement. Cette décision devra donc tenir compte,

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.

notamment, de l'offre de santé privée existante et des enjeux du dispositif pour les établissements publics concernés.

Sur la base de cet acte réglementaire du GHT, le directeur de l'établissement aura la faculté de prendre ou non une mesure d'interdiction à l'encontre du praticien sur le départ et devra, le cas échéant, déterminer son périmètre, dans la limite d'un rayon de 10 kilomètres. A cette fin, l'article R. 6152-828 fait obligation au praticien qui souhaite exercer une activité lucrative d'en informer sa hiérarchie deux mois au moins avant le début de ces nouvelles fonctions.

Caractère nouveau ou sérieux de la question posée

Atteinte à liberté d'entreprendre

Il est d'abord soutenu que les dispositions critiquées méconnaissent le principe de liberté d'entreprendre²², principe²³ qui se rattache à l'article 4 de la Constitution²⁴. Il convient d'apprécier si les limitations qui y sont, en l'espèce, apportées sont liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général et qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi²⁵.

- Différentes séries de considérations pourraient conduire à considérer que ce principe n'a pas, en l'espèce, été méconnu.

Les premières tiennent aux justifications d'intérêt général liées aux difficultés de recrutement dans les hôpitaux. La mesure pourrait sembler d'autant plus nécessaire que le législateur a entendu parallèlement favoriser l'exercice par les praticiens hospitaliers d'activités libérales et d'activités privées à temps partiel, qui facilitent la constitution de leur propre patientèle.

Ensuite, l'encadrement du dispositif a été, comme il a été dit, renforcé par rapport à celui issu de la loi HPST de 2009.

Par ailleurs, les dispositifs de non-concurrence ne sont bien sûr pas inédits²⁶. On pense bien sûr aux clauses de non-concurrence parfois insérées dans les contrats de travail, y compris en ce qui concerne les praticiens exerçant dans les établissements privés, qui peuvent se trouver dans l'impossibilité d'exercer dans un établissement public situé à proximité.

²² L'opérance d'un tel moyen s'agissant de l'activité professionnelle exercée par les intéressés après leur départ de la fonction publique ne nous paraît pas douteuse (elle nous semble notamment avoir été implicitement admise par votre décision Conseil national de l'ordre des médecins du 3 juin 2013 (1/4, n° 344595, C).

²³ Ce principe comprend aussi bien la liberté d'accéder à une profession que celle de l'exercer (30 novembre 2012, Christian S., n° 2012-285 QPC, § 7).

²⁴ Décision du 16 janvier 1982, n° 81-132 DC § 16 : « la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre »

²⁵ Décision no 2000-439 DC du 16 janvier 2001, Loi relative à l'archéologie préventive, cons. 13

²⁶ Outre les règles de non-concurrence, des restrictions peuvent être motivées pour des raisons d'ordre déontologique. Il en est ainsi, par exemple, pour les membres des forces de sécurité intérieure qui souhaitent exercer une activité privée de sécurité (Art L 622-4 CSI).

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.

Reprenant une suggestion émise en 2013 par le rapport de Dominique Laurent sur l'activité libérale dans les établissements publics de santé²⁷, le législateur a prévu, en 2016, la possibilité d'insérer une clause ayant un objet et une portée similaires, dans le contrat conclu avec l'hôpital en vue de l'exercice une activité intra-hospitalière (IV de l'article L. 6154-2 du CSP).

Enfin, comme pour les autres agents publics, l'exercice par un praticien d'une activité lucrative extérieure ne saurait mettre en cause le bon fonctionnement du service ou nuire à l'accomplissement de ses missions (article R 6152-26-3 CSP). Mais il est vrai que la mise en œuvre de ces dispositions est à la fois rare et délicate car elles ne permettent de prendre en compte les difficultés de recrutement des hôpitaux ou la politique sanitaire régionale, ainsi que l'avait estimé en son temps la commission de déontologie de la fonction publique²⁸.

▪ Pour autant, et sans vouloir préjuger de la réponse du Conseil, nous sommes d'avis que la question est suffisamment sérieuse pour qu'elle lui soit transmise.

En premier lieu, la portée de la mesure est particulièrement large puisqu'elle vise potentiellement tous les praticiens sur le départ, et non plus seulement, comme en 2009, ceux qui démissionnent. Il en va ainsi alors même que le départ serait involontaire (révocation, non-renouvellement de contrat) ou temporaire. Elle trouve en outre tout aussi bien à s'appliquer aux praticiens en exercice qu'à ceux nouvellement nommés

En deuxième lieu, le dispositif apparaît très contraignant compte tenu de la durée maximale de deux ans et du rayon maximal de 10 kilomètres, qui revient, dans nombre de cas, à imposer aux intéressés de déménager pour continuer à exercer. Il en est ainsi, par exemple, lorsque l'offre médicale est concentrée dans le chef-lieu de département ou de région. De même, un praticien en poste à Paris pourrait être contraint à s'installer au-delà de la petite couronne, alors que c'est là où se concentrent les établissements publics et privés.

La référence dans la loi à un risque de concurrence directe entre le praticien libéral et l'établissement dans lequel il exerçait précédemment peut surprendre, même si on devine qu'elle se réfère à l'hypothèse où il est susceptible d'attirer, au profit de son cabinet ou de l'établissement dans lequel il exerce désormais, un nombre substantiel de patients également susceptibles de se tourner vers l'hôpital. Mais un tel risque de concurrence n'est, dans tous les cas, pas aisé à apprécier.

²⁷ Dominique Laurent, *L'activité libérale dans les établissements publics de santé*, rapport remis le 31 mars 2013 à la ministre des affaires sociales et de la santé, p. 23.

²⁸ Arnaud Skrzyerbak, *Le contrôle de l'exercice d'activités privées par les agents publics du secteur sanitaire*, RDSS 2018 p.103 : « Le départ d'un praticien hospitalier ne soulevant généralement pas de question du point de vue pénal, le contrôle exercé par la commission se limite donc à vérifier, comme pour toute autre administration, que l'activité envisagée ne risque pas de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal du service. À cet égard, les agents publics n'ont pas de clause de non-concurrence et la commission ne peut donc pas avoir d'objection de principe à ce qu'un agent quitte l'administration pour aller exercer la même activité chez un concurrent. »

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.

On comprend que, dans ces conditions, la loi ait suscité un fort émoi parmi les praticiens – plusieurs de leurs syndicats vous ont d’ailleurs également saisi de recours, actuellement en instruction.

En troisième lieu, il ne s’agit pas, à la différence du droit du travail, d’une clause contractuelle susceptible d’être négociée et la compétence reconnue au directeur de l’hôpital apparaît étendue. Si on comprend que la mesure vise avant tout les praticiens expérimentés jouissant d’une certaine notoriété, on ne peut exclure qu’une application étendue en sera faite dans certains territoires. L’appréciation du risque effectif de concurrence pourrait s’avérer délicate.

Enfin, la sanction prévue en cas de non-respect de l’interdiction apparaît particulièrement lourde puisqu’elle peut atteindre 30 % du traitement mensuel hospitalier au cours de six derniers mois d’activité.

Incompétence négative affectant la liberté d’entreprendre

Le CNOM invoque ensuite le grief de l’incompétence négative affectant ce même principe de liberté d’entreprendre.

Il souligne d’abord l’imprécision de la notion de « risque de concurrence directe », que le législateur aurait dû, selon lui, expliciter. Cependant, même d’un maniement délicat, celle-ci n’est pas inédite puisqu’elle figure déjà à l’article R 4127-86²⁹, relatif aux restrictions à l’installation des médecins remplaçants et la Cour de cassation a d’ailleurs eu l’occasion à plusieurs reprises de préciser l’interprétation de ces dispositions anciennes³⁰.

²⁹ et auparavant à l’art 86 du code de déontologie médicale issu du décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995

³⁰ Une clause de non-réinstallation « doit être limitée dans le temps et l’espace, et respecter une certaine proportionnalité entre les limites fixées et leurs effets sur les deux activités supposées en concurrence illicite » (Cass. civ. 1ère, 28 mars 2008, n°07-12.454). Elle juge, dans cette affaire, qu’une clause interdisant toute réinstallation à Paris et dans un périmètre de vingt-cinq kilomètres au-delà n’est pas proportionnelle dès lors qu’il n’est pas démontré que la pratique médicale en cause nécessite une protection particulière.

La Cour d’appel d’Aix en Provence a ainsi considéré que « la zone de concurrence directe contractuellement prévue, de cinq kilomètres de rayon, n’englobant pas de ce fait toute l’agglomération marseillaise, est raisonnable » [CA Aix en Provence, 18 octobre 2007, n° 2007-349998].

Au contraire, une zone de concurrence contractuellement prévue de cinq kilomètres de rayon a été sanctionnée car elle revenait à exclure toute possibilité d’installation pour la remplaçante sur une ville entière de taille moyenne et sa périphérie [CA Amiens, 28 juillet 2020, n°19/02068].

S’agissant de la clause de non-réinstallation après la rupture d’un exercice en commun, la jurisprudence estime qu’une telle clause ne doit pas avoir pour conséquence de rendre impossible l’exercice, par le médecin, de son activité professionnelle (Civ. 1ère, 16 novembre 2004, Bull I, n o 273 ; ; 4 janvier 1995 , Bull I, no 11) et, surtout, qu’elle doit être proportionnée aux intérêts légitimes qu’elle a pour objet de protéger (Civ. 1ère, 3 janvier 1996, pourvoi n o 94-10177), compte tenu de la durée du contrat et du lieu d’exercice de la profession (Civ. 1ère, 11 mai 1999, Bull I, no 156, relatif à l’exercice de la chirurgie en Guyane), et doit être limitée dans le temps et l’espace.

Ainsi, a été jugée valable une clause de non-réinstallation à “Paris, Neuilly et communes limitrophes” pendant cinq ans pour l’activité de radiologie cardio-vasculaire et d’intervention (Civ. 1ère , 3 janvier 1996, no 94-10177), “limitée à trois années et à un rayon de dix kilomètres” autour de Pontoise pour un orthophoniste (Civ. 1ère, 16 novembre 2004, Bull. civ. I, no 273) et “pendant cinq ans, tant à Quimper que dans un rayon de cinquante kilomètres pour un cardiologue(Civ. 1 ère , 10 mai 2005, no 02-15910).

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.

Le CNOM évoque encore l'absence de mention du point de départ de la durée maximale de l'interdiction d'exercice mais celui-ci doit logiquement être fixé à la date de départ effectif du praticien, comme le retient traditionnellement la Cour de cassation³¹.

Reste cependant qu'ainsi qu'il a été dit, la compétence du directeur de l'établissement pour prononcer ou non une telle interdiction et définir sa portée reste étendue et que les critères fournis par le législateur ne sont pas nombreux. Rien n'est dit par exemple des conditions du départ du praticien ou encore de sa notoriété, sans même parler d'éléments de sa situation personnelle qui rendraient excessive l'atteinte ainsi portée à sa liberté individuelle.

Ce moyen pourrait donc également être regardé comme sérieux.

Incompétence négative qui s'attache au principe de légalité des délits et des peines

Tel ne nous semble, en revanche, pas être le cas du grief tiré de l'incompétence négative qui s'attache au principe de légalité des délits et des peines.

Contrairement à ce que suggère le CNOM, l'interdiction prononcée ne constitue pas par elle-même une sanction ; seule l'indemnité exigée en cas de méconnaissance l'est. Et la loi ne nous semble pas imprécise en ce qui concerne le régime de cette indemnité³².

QPC CNOM 2 [non-concurrence en cas d'activité à temps incomplet]

La 3^{ème} QPC porte sur le dispositif de non-concurrence applicable aux praticiens à temps incomplet.

Portée des dispositions critiquées

Ces dispositions critiquées sont encore plus difficiles à interpréter que les précédentes... Deux questions principales se posent.

- La première porte sur l'articulation entre les deux premiers alinéas du texte. Alors que leur lecture rapide, la structure de l'article et même les mémoires des parties pourraient suggérer qu'ils se réfèrent à la même hypothèse, tel ne nous semble pas être le cas.

³¹ v. par exemple Soc, 13 mars 2013, n° 11-21.150 : « *En cas de rupture du contrat de travail avec dispense d'exécution du préavis par le salarié, la date à partir de laquelle celui-ci est tenu de respecter l'obligation de non-concurrence, la date d'exigibilité de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence et la date à compter de laquelle doit être déterminée la période de référence pour le calcul de cette indemnité sont celles du départ effectif de l'entreprise, nonobstant stipulations ou dispositions contraires* »

³² A noter par ailleurs que contrairement à ce qui est soutenu, la loi autorise une possibilité de modulation puisqu'elle dispose que le montant ne peut être supérieur à 30 % de la rémunération mensuelle moyenne au cours des six derniers mois.

L'interdiction prévue au premier alinéa nous paraît s'appliquer même sans décision préalable du directeur de l'établissement. Elle ne nous semble viser que le praticien qui, par son comportement envers les patients, « use de ses fonctions » d'agent public aux fins d'accroître sa clientèle privée (même si son activité extérieure s'exerce à plus de 10 kilomètres de l'établissement public). Il s'agit d'un comportement déjà réprimé par le code de déontologie médicale, à l'article R 4127-98, qui interdit aux médecins d'« user de leur fonction pour accroître leur clientèle ».

Le deuxième alinéa permet au contraire au directeur de l'établissement d'interdire, à titre préventif, au praticien à temps partiel d'exercer une activité privée complémentaire, dans un rayon maximal de 10 kilomètres, avant même qu'il n'ait commencé à cumuler les deux activités. Il s'agit donc de prévenir un détournement de clientèle qui résulterait de la situation de cumul d'activités, indépendamment donc du comportement déontologique du praticien.

La décision de mettre fin à l'autorisation d'exercer à temps partiel, prévue au troisième alinéa, nous paraît quant à elle s'appliquer aux deux hypothèses. Lorsque le praticien use de ses fonctions pour entrer en concurrence directe, il s'exposera en outre à des sanctions disciplinaires en raison du manquement commis à ses obligations déontologiques.

- La seconde question est spécifique au deuxième alinéa : la décision d'interdiction d'exercer une activité privée doit-elle nécessairement être concomitante à la décision d'exercice à temps partiel ou peut-elle lui être postérieure ?

Une interprétation littérale paraît conduire à retenir le caractère simultané des deux décisions. C'est lorsque la demande d'autorisation lui aura été présentée que l'autorité hiérarchique devra s'interroger sur la pertinence d'une éventuelle interdiction, qu'elle ait déjà connaissance ou non de l'intention du praticien d'exercer à temps partiel.

Cette interprétation est certes plus contraignante pour l'administration mais elle est la seule cohérente avec la position, par ailleurs soutenue par le ministre, selon laquelle le retrait de l'autorisation d'exercer en cas de méconnaissance de l'interdiction est assimilable au retrait d'une autorisation conditionnelle et non à une sanction.

Caractère sérieux des moyens

Incompétence négative qui s'attache au principe de liberté d'entreprendre

Le grief de l'incompétence négative qui s'attache à la liberté d'entreprendre paraît justifier la transmission de la question ainsi interprétée.

En effet, la loi est silencieuse sur les motifs justifiant le prononcé d'une telle interdiction d'exercice. Outre les difficultés déjà relevées en ce qui concerne le précédent dispositif, rien n'est dit, par exemple, cette fois, sur la prise en compte des professions et spécialités concernées. Et même la référence au risque de concurrence directe n'est pas explicite

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.

puisqu'elle n'est mentionnée qu'au premier alinéa qui vise, comme il a été dit, l'hypothèse distincte où le praticien use de ses fonctions pour accroître sa clientèle privée.

Atteinte à la liberté d'entreprendre

Nous sommes plus réservé sur le caractère disproportionné de l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre. En dehors de certaines hypothèses où est en cause la vie privée et familiale, les agents publics ne nous paraissent pas bénéficier d'un droit général et absolu à exercer à temps partiel et, plus encore, à cumuler cette activité publique avec une activité privée.

Et si la mesure d'interdiction est, cette fois, permanente, cela semble cohérent avec la poursuite d'activités dans le secteur public. La loi peut, en outre, logiquement s'interpréter comme impliquant que cette mesure peut devenir caduque si la situation de l'intéressé évolue.

Pour autant, cette décision constitue une restriction posée unilatéralement, qui est susceptible de nuire fortement aux possibilités d'exercice par les praticiens d'activités extérieures, alors même que cette faculté avait jusqu'à présent été reconnue sans limite à ceux d'entre eux exerçant à temps partiel. Vous pourriez considérer que ces considérations suffisent justifier la transmission demandée.

Incompétence négative qui s'attache au principe de légalité des délits et des peines

En revanche, dès lors que la décision mettant fin à l'autorisation d'exercice à temps partiel prévue en cas de non-respect de l'interdiction ne nous paraît pas constituer une sanction mais le retrait d'un avantage conditionnel, il ne peut être utilement soutenu que la disposition qui la prévoit porterait atteinte au principe de légalité des délits et des peines. Le moyen tiré de l'incompétence négative qui s'attache à ce principe est donc également inopérant.

Au final, nous vous proposerons de renvoyer ces deux dernières QPC en retenant que présentent, dans les deux cas, un caractère sérieux les moyens tirés de l'atteinte au principe de liberté d'entreprendre et de l'incompétence négative qui s'attache à cette liberté. Outre les arguments de droit déjà évoqués, cela permettra au Conseil de procéder à un examen de l'ensemble de l'article.

La nouveauté de la question posée, portant sur un dispositif de non-concurrence imposé unilatéralement à un agent, pourrait d'ailleurs également, à titre subsidiaire, justifier cette transmission.

PCM :

- **Non-transmission de la QPC soulevée par l'association Hôpital Foch et autres**
- **Renvoi des deux QPC soulevées par le CNOM.**

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.