

Éclairage juridique sur certains points particuliers des coopérations public-privé

Vincent HAZEBROUCQ - MCU-PH de radiologie, directeur du diplôme d'imagerie médicolegale de l'Université Paris-Descartes et chargé de mission pour l'imagerie à l'Agence régionale de santé d'Île-de-France

Le système sanitaire français – jadis consacré par l'OMS comme le meilleur du monde¹ – se caractérise notamment par la juxtaposition d'un secteur public, majoritairement hospitalier, et d'un secteur privé englobant à la fois des médecins libéraux indépendants ou groupés dans plusieurs sortes de structures d'exercice libéral (Sociétés civiles de moyens (SCM), Sociétés civiles professionnelles SCP, Société d'exercice libérale SEL, ou parfois Société de fait SDF...) et des établissements d'hospitalisation privés à but lucratif ou non lucratif (établissements de santé privés d'intérêt collectif ESPIC, nouveau nom depuis la loi HPST des anciens

PSPH, participant au service public hospitalier). Les nécessités d'une meilleure lisibilité des parcours des patients, du déclin de la démographie médicale, d'une sophistication croissante des techniques médicales ou chirurgicales et des prises en charge poussent de plus en plus vers un accroissement des coopérations territoriales entre le secteur public et le secteur privé, ainsi qu'au sein de chacun de ces deux secteurs.

Les réformes hospitalières successives, dont la Loi HPST, bientôt confortée par la future loi de santé², ont ainsi prévu diverses formes d'intervention des médecins libéraux au sein du service public hos-

pitalier ou inversement d'activité libérale des médecins du service public hospitalier.

1. L'activité libérale statutaire à l'hôpital des médecins hospitaliers « temps plein »

Le premier cadre juridique, à bien distinguer du reste, prévoit la possibilité, pour les praticiens statutaires du service public hospitalier, d'exercer à l'hôpital une activité libérale.

Cette activité, qui a été autorisée par l'article 23 de la Loi du 27 janvier 1987, se trouve désormais codifiée aux articles L.6154-1 à -7 du Code de la santé publique (CSP)³.

1 - OMS, Statistiques sanitaires mondiales, 2009.

2 - Voir notamment la présentation par la Ministre Marisol Touraine de sa future loi de santé : <http://www.sante.gouv.fr/marisol-touraine-presente-les-orientations-de-la-loi-de-sante.html>

3 - Article L6154-1 : « Dès lors que l'exercice des missions de service public définies à l'article L. 6112-1 dans les conditions prévues à l'article L. 6112-3 n'y fait pas obstacle, les praticiens statutaires exerçant à temps plein dans les établissements publics de santé sont autorisés à exercer une activité libérale dans les conditions définies au présent chapitre. »

Article L6154-2 : « L'activité libérale peut comprendre des consultations, des actes et des soins en hospitalisation ; elle s'exerce exclusivement au sein des établissements dans lesquels les praticiens ont été nommés ou, dans le cas d'une activité partagée, dans l'établissement où ils exercent la majorité de leur activité publique, à la triple condition :

1° Que les praticiens exercent personnellement et à titre principal une activité de même nature dans le secteur hospitalier public ;

2° Que la durée de l'activité libérale n'excède pas 20 % de la durée de service hospitalier hebdomadaire à laquelle sont astreints les praticiens ;

3° Que le nombre de consultations et d'actes effectués au titre de l'activité libérale soit inférieur au nombre de consultations et d'actes effectués au titre de l'activité publique.

Aucun lit ni aucune installation médico-technique ne doit être réservé à l'exercice de l'activité libérale.

Des dispositions réglementaires fixent les modalités d'exercice de l'activité libérale. »

Article L6154-3 : « Le praticien exerçant une activité libérale choisit de percevoir ses honoraires directement ou, par dérogation aux dispositions de l'article L. 162-2 du code de la sécurité sociale, par l'intermédiaire de l'administration de l'hôpital.

Les organismes gestionnaires d'un régime de base d'assurance maladie communiquent au directeur et au président de la commission de l'activité libérale mentionnée à l'article L. 6154-5 de l'établissement public de santé dans lequel il exerce les informations sur ses recettes, le nombre de ses consultations et le volume des actes qu'il effectue.

L'activité libérale donne lieu au versement à l'établissement par le praticien d'une redevance dans des conditions déterminées par décret.

Les actes de scanographie donnent lieu au reversement, au bénéfice du praticien radiologue hospitalier par l'établissement public qui l'emploie, d'une quote-part du forfait technique lorsque ces actes sont réalisés dans le cadre de l'exercice libéral de ce praticien. Un décret en Conseil d'État fixe les conditions d'application de cette disposition. »

Article L6154-4 : « Les modalités d'exercice de l'activité libérale font l'objet d'un contrat conclu entre le praticien concerné et l'établissement public de santé sur la base d'un contrat type d'activité libérale établi par voie réglementaire. »

Ce contrat est approuvé par le directeur général de l'agence régionale de santé après avis du directeur, du chef de pôle et du président de la commission médicale d'établissement, pour une durée de cinq ans renouvelable. L'approbation du contrat vaut autorisation d'exercice de l'activité libérale.

Des modalités différentes peuvent être prévues par les statuts mentionnés au 1° de l'article L. 6152-1 en ce qui concerne la protection sociale des praticiens hospitaliers selon qu'ils concluent ou non un contrat d'activité libérale, en application du présent article. »

Article L6154-5 : « Dans chaque établissement public de santé où s'exerce une activité libérale, une commission de l'activité libérale est chargée de veiller au bon déroulement de cette activité.

Une commission nationale de l'activité libérale siège auprès du ministre chargé de la santé.

Les attributions, les conditions de fonctionnement et la composition de ces commissions, au sein desquelles doit notamment siéger un représentant des usagers du système de santé au sens de l'article L. 1114-1, sont fixées par voie réglementaire.

Ces commissions peuvent, sous réserve du respect du secret médical, demander toutes informations utiles sur l'activité libérale d'un praticien, et notamment communication des statistiques de son activité qui sont détenues par les organismes de sécurité sociale compétents. »

Article L6154-6 : « L'autorisation mentionnée à l'article L. 6154-4 peut être suspendue ou retirée par le directeur général de l'agence régionale de santé lorsque le praticien méconnaît les obligations qui lui incombent en vertu des lois et règlements et les dispositions du contrat ; cette décision est prise après avis ou sur proposition de la commission mentionnée au premier alinéa de l'article L. 6154-5 dans des conditions définies par décret.

Le ministre chargé de la santé, saisi dans le cadre d'un recours hiérarchique des contestations relatives aux décisions prises en application de l'alinéa précédent, doit statuer après avis de la commission nationale mentionnée à l'article L. 6154-5. »

Article L6154-7 : « Sont déterminées par décret en Conseil d'État les mesures réglementaires prévues aux articles L. 6154-2, L. 6154-4, L. 6154-5 et, sauf dispositions contraires et en tant que de besoin, les modalités d'application des autres dispositions du présent chapitre. »

Deux jurisprudences du Conseil d'État méritent à ce propos d'être signalées :

- La première du 27 juillet 2007 – relative-ment ancienne, donc, mais toujours pertinente⁴ – a rappelé que *le droit d'exercer au sein de l'hôpital public une activité libérale est limitée aux praticiens hospitaliers titulaires à temps plein* (PHTP) et aux médecins hospitaliers et universitaires (PU-PH et MCU-PH), mais pas aux PH à temps partiel (PHTPa), lesquels, en revanche, sont autorisés à exercer leur activité privée éventuelle à l'extérieur de l'hôpital (ce qui est interdit au PHTP, PU-PH et MCU-PH sous réserve du cas particulier ci-dessous évoqué de l'activité hebdomadaire réduite).
- La seconde, du 30 septembre 2002⁵, est venue rappeler que cette activité libérale n'est qu'une possibilité - et non un droit - et peut être refusée « ... lorsque l'intérêt du service public (...) y fait (...) obstacle... ». Le Conseil d'État a par exemple, dans le cas considéré, légitimé le refus de la demande d'un radiologue hospitalo-universitaire d'exercer son activité libérale sur une IRM du CHRU par le fait que les délais de rendez-vous publics étaient déjà anormalement longs (50 jours) et auraient été encore dégradés si plusieurs vacations publiques avaient été réservées à l'usage privé du médecin.

Précisons également que les taux de la redevance que doit reverser à l'hôpital le médecin hospitalier sur ses honoraires médicaux libéraux sont fixés par la réglementation et qu'une troisième décision du Conseil d'État de 2007⁶ a annulé la disposition réglementaire du décret du 7 mars 2006 qui prévoyait des pourcentages différents pour les actes tarifés par la sécurité sociale et ceux qui n'étaient pas pris en charge par l'assurance maladie.

Cette même décision du Conseil d'État précise que *la redevance due à l'hôpital par les médecins au titre de leur exercice libéral ne se limite pas aux coûts* des installations techniques et des locaux mis à

disposition, complétés par les dépenses de personnels mis à disposition pour cette activité, *puisque elle englobe également « les avantages de toute nature qu'ils retirent de l'établissement »*, et notamment de sa notoriété, de sorte que ce pourcentage réglementaire peut légalement dépasser le prix coutant des prestations fournies aux professionnels par l'établissement. Dès lors, les coûts de structure et la notoriété des CH et des CHU étant différents, le décret peut légitimement prévoir des taux de redevance différents.

Pour mémoire, ces reversements se montent, selon l'article D.6154-10-3 CSP, à :

- **15 %** pour les CH et **16 %** pour les CHU **des honoraires de consultations.**
- **60 %** pour les CH comme pour les CHU **des honoraires d'actes d'imagerie** dont le tarif englobe à la fois la prestation intellectuelle et les frais de fonctionnement.
- Lorsque le tarif des actes prévoit séparément, comme c'est le cas pour les examens de scanner ou d'IRM, (a) les honoraires de la prestation intellectuelle du médecin, (b) du forfait technique (FT) couvrant les frais de fonctionnement de l'appareil, les médecins conservent intégralement le forfait intellectuel alors que le forfait technique revient à l'établissement.
- Toutefois, les actes de scanographie (et eux seuls) donnent lieu au versement, par l'hôpital au profit du praticien, d'une quote-part de 20 % du FT (article R.6154-8 CSP).

2. Possibilités d'activité libérale des PHTP en activité hebdomadaire réduite

Depuis la Loi HPST et son décret d'application du 29 septembre 2010, les praticiens hospitaliers temps plein peuvent être autorisés, sous réserve des nécessités du service, à exercer une activité hebdomadaire réduite, pour une durée comprise entre six mois et un an et éventuellement renouvelable, sur demande faite 2 mois à l'avance.

Les PHTP en activité hebdomadaire réduite ne disposent plus de la possibilité d'exercer une activité libérale dans l'établissement ; en revanche, *ils peuvent exercer une activité professionnelle* (notamment libérale) *à l'extérieur de l'établissement*, dès lors que leur durée hebdomadaire de travail est de 5 à 7 demi-journées hebdomadaires.

L'art. R.6152-46 du CSP précise en outre que ces praticiens sont rémunérés et bénéficient de droits à congés calculés proportionnellement à leurs obligations de service, mais conservent des droits à avancement et à formation identiques à ceux des PHTP exerçant à temps complet.

Il ne faut pas confondre les PHTP en activité hebdomadaire réduite et les praticiens hospitaliers à temps partiel (PHTPa), qui relèvent d'un statut différent détaillé aux articles R.6152-201 et suivant du CSP.

Ces PHTPa peuvent également voir réduire leur service normal (six demi-journées) à cinq voire quatre demi-journées hebdomadaires, « *lorsque l'activité hospitalière le justifie* » (art. R.6152-222 CSP) ; ils peuvent, quelque soit leur quota hebdomadaire, exercer par ailleurs une activité professionnelle, notamment libérale, à la condition de « *ne pas user de leur fonction (publique) pour accroître leur clientèle (privée)* » (art. R.4127-98).

3. Possibilité d'exercice à l'hôpital des praticiens libéraux, au bénéfice des patients de l'hôpital

L'article L.6146-2 du CSP, créé par la Loi HPST autorise le directeur hospitalier – sur proposition du Chef de pôle et après avis du Président de la CME – à *recruter des médecins libéraux pour participer à l'activité du service public hospitalier*.

Ces médecins sont rémunérés sous la forme d'honoraires médicaux fixés par référence aux tarifs conventionnels minorés d'une redevance dont les taux sont fixés par un arrêté conjoint des ministres chargés de la santé et du budget.

4 - Conseil d'État, 27 juillet 2007

5 - Conseil d'État, 30 septembre 2002, n°230154

6 - Conseil d'État, décision du 16 juillet 2007 de l'Assemblée du contentieux.

Actuellement cette redevance sur les honoraires conventionnels se monte, selon l'arrêt du 28 mars 2011, à « **10% des honoraires pour les consultations** », « **60% pour les actes de radiologie interventionnelle, de radiothérapie ou de médecine nucléaire nécessitant une hospitalisation** » et « **30% pour les autres actes** ».

Ce texte ne précise pas, mais cela semblerait tomber sous le sens, que ces pourcentages ne devraient logiquement pas s'appliquer aux actes radiologiques dont les tarifs distinguent l'honoraire de l'acte intellectuel du forfait technique. L'honoraire intellectuel devrait revenir intégralement au praticien et le forfait technique intégralement à l'établissement, sans quote-part sur les FT de scanner en l'absence d'une disposition permettant cette quote-part à d'autres types de professionnels que les praticiens temps plein statutaires PH ou HU.

4. Enfin, les établissements hospitaliers peuvent proposer la co-exploitation d'un équipement hospitalier (le plus souvent un scanner ou une IRM, mais parfois aussi d'autres équipements radiologiques ou échographiques), à des médecins libéraux

Dans ce cadre, aucun texte réglementaire ne stipule les taux de redevance sur les honoraires médicaux touchés par ces professionnels libéraux pour exercer leur activité, au profit de leurs clientèles personnelles, sur les équipements et dans les locaux, et parfois aussi avec les personnels non médicaux de l'hôpital.

Cette redevance devrait en principe être calculée en fonction du prix coutant des prestations fournies par l'hôpital au professionnel libéral.

Elle devrait en toute logique réserver à l'hôpital le montant des forfaits techniques et au professionnel libéral celui des honoraires médicaux, sous réserve de la possibilité pour ces derniers d'assurer au sein de leur cabinet une partie des activités financées au titre du forfait technique (p.ex, la prise des rendez-vous, saisie, l'archivage et la diffusion des comptes rendus et des images, etc.) ; la redevance devrait en ce cas prendre en compte la répartition des coûts assumés par chacun.

Signalons par ailleurs qu'une jurisprudence du Conseil d'État a précisé qu'une convention établie entre un Centre hospitalier pour l'exploitation en commun d'un GIE de scanner et qui prévoyait en outre l'engagement du CH à réduire son activité de consultation externe de radiologie pour ne pas trop concurrencer les libéraux, était illégale et devait être déclarée nulle et non avenue⁷.

Une dernière jurisprudence du Conseil d'État mérite d'être évoquée à propos de ces co-exploitations par un hôpital et des groupements de professionnels libéraux. Dans un arrêt du 13 octobre 1989, les Hauts-magistrats administratifs ont sanctionné le refus du directeur de l'hôpital d'autoriser un autre médecin radiologue qui demandait à bénéficier des mêmes facilités que ses confrères. Le Conseil d'État a ainsi considéré « ... que si, en l'absence de besoins propres suffisants permettant au centre hospitalier... d'assurer lui-même la pleine utilisation d'un appareil coûteux, les nécessités du service public justifiaient la mise de cet appareil à la disposition de praticiens étrangers à l'établissement, le directeur du centre hospitalier ne pouvait, sans méconnaître le principe d'égalité entre les médecins exer-

çant la radiologie dans le département, réserver à certains d'entre eux les importants avantages que confère l'accès à l'équipement dont s'agit, qu'en fondant son choix des praticiens admis à cette utilisation sur des différences de situation de nature à le justifier au regard des exigences de la santé publique ; que le centre hospitalier ... n'allègue pas avoir procédé au recensement préalable des utilisateurs potentiels de l'appareil et n'établit pas que les radiologues bénéficiaires de la convention en date du 28 octobre 1983 étaient seuls dans une situation de nature à justifier l'avantage qui leur a été réservé ».

Plusieurs avis du Conseil puis de l'Autorité de la Concurrence ont ultérieurement, notamment entre 2006⁸ et 2011⁹, sanctionné des refus d'extension à de nouveaux radiologues qui demandaient à bénéficier eux aussi et aux mêmes conditions que pour leurs confrères, d'un accès au scanner ou à l'IRM dans le cadre d'un GIE ou d'un GCS.

Ces avis et décisions nous rappellent que l'autorisation d'exploiter un équipement médical lourd doit être perçue comme une sorte de concession de service public faite dans l'intérêt et au bénéfice des patients et non pas comme un acquis patrimonial qui permettrait d'asseoir un monopole ou d'abuser d'une position dominante ; la médecine ne doit décidément pas s'exercer comme un commerce, comme le rappelle l'article R4127-19 du Code de la santé publique (article 19 du Code de déontologie médicale)¹⁰, alors que, paradoxalement, c'est pourtant en application du Code du commerce (notamment ses articles L.420-1 et -2¹¹) que ces sanctions et décisions ont été décidées.

7 - Conseil d'État, 14 mai 2008, n° 280935.

8 - Décision n° 06-D-36 du 6 décembre 2006 relative à des pratiques mises en œuvre par la SCM Imagerie Médicale du Nivolet.

9 - Décision n° 11-D-18 du 15 décembre 2011 relative à des pratiques concernant l'accès au scanner et à l'IRM situés au centre hospitalier d'Arcachon.

10 - Art. R4127-19 CSP : « La médecine ne doit pas être pratiquée comme un commerce.

Sont interdits tous procédés directs ou indirects de publicité et notamment tout aménagement ou signalisation donnant aux locaux une apparence commerciale. »

11 - Extrait de l'Art. L420-1 Code Comm. : « Sont prohibées (...), lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à (...) limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises (...) ».

Extrait de l'Art. L420-2 Code Comm. : « Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante (...) Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.(...) ».