

UNIVERSITÉ PAUL CÉZANNE-AIX-MARSEILLE III

FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES

LE STATUT DU PATIENT HOSPITALISÉ

EN ÉTABLISSEMENT DE SANTÉ PRIVÉ

Thèse pour le Doctorat en droit présentée par

Isabelle Alquier

Le 17 juin 2011

Directeur de recherches

LOUIS DUBOUIS

Professeur Émérite de l'Université Paul Cézanne-Aix-Marseille III

Membres du jury

LOUIS DUBOUIS

Professeur Émérite de l'Université Paul Cézanne-Aix-Marseille III.

JACQUELINE FLAUSS-DIEM

Professeur à l'Université de Picardie, Rapporteur

ANTOINE LECA

Professeur à l'Université Paul Cézanne-Aix-Marseille III.

GENEVIÈVE REBECQ

Maître de Conférences HDR à l'Université du Sud Toulon-Var, Rapporteur

RÉSUMÉS

LE STATUT DU PATIENT HOSPITALISÉ EN ÉTABLISSEMENT DE SANTÉ PRIVÉ

Le système de santé français repose sur une dichotomie publique-privée. Cette dualité juridique se retrouve dans l'offre de soins proposée aux patients qui disposent du libre choix de se faire hospitaliser aussi bien en établissement de santé public qu'en établissement de santé privé, l'hospitalisation privée devenant prépondérante en France. Pour le patient peu importe la structure d'hospitalisation, puisque les droits des patients étant des droits fondamentaux, pour certains constitutionnellement garantis, ce dernier doit bénéficier des mêmes droits quel que soit le lieu de son hospitalisation. Or les conséquences engendrées par la spécificité « privée » de l'établissement de santé amène à s'interroger sur une éventuelle disparité dans l'application des droits du patient, qui pourraient être à l'origine d'un statut propre au patient hospitalisé en établissement de santé privé.

Mots-clés

Accès aux soins - Condition du patient - Contrat d'exercice - Contrat d'hospitalisation - Contrat médical - Droits des patients - Entreprise - Établissement de santé - Libre choix - Malade – Patient – Public - Privé – Responsabilité - Statut du patient - Système de santé - Usager.

PATIENT HOSPITALIZED IN PRIVATE SECTOR

The French healthcare system relies on a public-private dichotomy. This difference in legal status is reflected in the actual provision of healthcare, as patients have the right to choose their preferred type of hospitalization with private sector hospitalizations now becoming predominant in France. However, patients must be granted the same rights regardless of which type of hospital they have chosen, due to the fact that patients' rights are fundamental rights, and for some of them they are constitutionally guaranteed. The implications of the specific nature of private hospitals raise questions about a potential disparity in the application of patients' rights, which would result in a different status for patients entering private hospitals.

Keywords

Access to care - Beneficiaries - Company - Healthcare System - Health facility - Hospital agreement - Liability - Patient - Patient care agreement - Patient choice - "Patient's condition" - Patients' Rights – Private – Public - "service agreement".

TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJDA	Actualité juridique du droit administratif
AMM	Association Médicale Mondiale
ANAES	Agence Nationale d'Accréditation et d'Évaluation en Santé.
ARH	Agence Régionale d'Hospitalisation
ARS	Agence Régionale de Santé
Art.	Article
BLD	Bulletin législatif Dalloz
Bull. civ	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
Bull. crim	Bulletin des arrêts de la cour de cassation, chambre criminelle
CA.	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
CASF	Code de la famille et de l'action sociale
Cass. Ass. Plén.	Cour de cassation, Assemblée plénière
Cass. Civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. Req.	Cour de cassation, chambre des requêtes
C. civ.	Code civil
CCNE	Comité Consultatif National d'Éthique
CE	Conseil d'Etat
CE Ass.	Conseil d'Etat (Assemblée du contentieux)
CE Sect.	Conseil d'Etat (Section du contentieux)
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CH	Centre Hospitalier
CHU	Centre Hospitalier Universitaire
CHR	Centre Hospitalier Régional
CJEG	Cour de Justice des Communautés Européennes
CLAHP	Comité de Liaison et d'action de l'Hospitalisation Privée
CLCC.	Centres de Lutte Contre le Cancer
CMU	Couverture Maladie Universelle.
CNAMTS	Caisse Nationale d'Assurance Maladie Des travailleurs Salariés

CPOM	Contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens
Concl.	Conclusion
Coll.	Collection
CSP	Code de la santé publique
CSS	Code de la sécurité sociale.
D.	Recueil Dalloz
DA	Droit administratif
DMI.	Dispositif médical implantable
Doct.	Doctrine
DP	Dalloz périodique
DREES.	Direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques.
éd.	Edition
ENSP	Ecole nationale de santé publique
EPRD	Etat prévisionnel des dépenses et des recettes
ESPIC	Établissement de santé privé d'intérêt collectif
fasc.	fascicule
FHP	Fédération hospitalière privée
Gaz. Pal.	Gazette du Palais.
GCS	Groupement de coopération sanitaire
GHM.	Groupe homogène de malades
HAD.	Hospitalisation à domicile
HAS.	Haute Autorité de Santé
HL	Hôpital Local
<i>Ibid.</i>	<i>ibidem</i> , au même endroit.
<i>Infra.</i>	Voir ci-dessous.
IRDES	Institut de Recherche et Documentation en Économie de la Santé
JCA.	Jurisclasseur administratif
J.-Cl.	Jurisclasseur
JCP. Ed. G.	Jurisclasseur périodique. (Semaine juridique), édition générale
J.O.R.F	Journal Officiel (de la République française)
J.O.C.E.	Journal officiel des communautés européennes

Jur. Gén.	Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence Dalloz
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LEH	Les études hospitalières
LPA.	Les petites affiches
MCO	Médecine, chirurgie, obstétrique
MCU-PH	Maître de conférence-praticien hospitalier
MEAH	Mission Nationale d'Expertise et d'Audit hospitalier
Méd. et droit	Médecine et droit.
ODMCO	Objectif des Dépenses d'assurance maladie, commun aux activités de Médecine, Chirurgie Obstétrique et Odontologie
ONDAM	Objectif national des dépenses de l'assurance maladie.
ONIAM.	Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux
OPA	Offre Publique d'Achat
<i>Op.cit.</i>	dans l'ouvrage précité
OQN	Objectif Quantifié National
ORL	Oto-rhino-laryngologie
PASS	Permanence d'Accès aux Soins
PME	Petite et Moyenne Entreprise
PMSI	Programme médical du système d'information
PH	Praticien hospitalier
Préc.	Précité
PSPH	Participant au service public hospitalier
PUAM	Presses Universitaires d'Aix Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
PUPH	Professeur des universités-praticien hospitalier
R.A.	Revue administrative
RDP	Revue du droit public et de la science politique
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Rec.	Recueil Lebon
Rec. Cons. Const.	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
Rep. Civ. Dalloz.	Répertoire civil Dalloz.

Resp. civ. et assur.	Responsabilité civile des assurances
Rep. Defrén.	Répertoire notarial Defrénois
Rev. Droit & Santé.	Revue droit et santé
RFDA.	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RGDM	Revue générale de droit médical
RTDC	Revue trimestrielle de droit civil
SA	Société Anonyme
SARL	Société à Responsabilité Limitée
SAS	Société par action simplifiée.
SAMU	Service d'Aide Médicale Urgente
SCP	Société civile professionnelle
SMUR	Service mobile d'urgence et de réanimation
SPH	Service Public Hospitalier
SROS	Schémas Régionaux d'Organisation des Soins
SSR	Soins de Suite et de Réadaptation
<i>Supra.</i>	Ci-dessus
S.	Recueil Sirey
TA	Tribunal administratif
T. civ.	Tribunal civil
T. confl.	Tribunal des conflits
TAA ou T2A	Tarifification à l'activité
TGI.	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
UNCAM	Union Nationale des Caisses d'Assurance Maladie.
Vol.	Volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION

TITRE PRÉLIMINAIRE

ÉVOLUTION DE L'HOSPITALISATION PRIVÉE ET DE LA CONDITION COMMUNE DES PATIENTS HOSPITALISÉS

CHAPITRE I

Le droit à la protection de la santé est un droit constitutionnellement garanti

CHAPITRE II

Assurer le droit à la protection de la santé pour tous est une mission de service public

TITRE I

LA SPÉCIFICITÉ DE L'ÉTABLISSEMENT DE SANTÉ PRIVÉ ET LA CONDITION CONTRACTUELLE DU PATIENT

I-CHAPITRE I

Les spécificités de l'établissement de santé privé.

I-CHAPITRE II

La relation contractuelle, spécificité juridique de la condition du patient hospitalisé en établissement de santé privé.

TITRE II

LA SPÉCIFICITÉ DE L'ÉTABLISSEMENT DE SANTÉ PRIVÉ ET LES DROITS DU PATIENT

II-CHAPITRE I

Les droits du patient, contractant de droit privé, hospitalisé en établissement de santé privé.

II- CHAPITRE II

Les droits de la personne hospitalisée inhérents à sa qualité de consommateur de soins, client d'une entreprise privée.

CONCLUSION GÉNÉRALE

BIBLIOGRAPHIE

TABLE DES MATIÈRES

L'université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

INTRODUCTION

L'organisation du système de santé français repose sur une logique dualiste, entre, d'une part, un système public caractérisé par des rapports statutaires de droit public entre usagers et établissements publics et, d'autre part, des rapports contractuels de droit privé entre clients et établissements de santé privés. Malgré une volonté législative de rapprocher les secteurs privé et public, il n'en demeure pas moins que « les aspirations prétendant absorber le système privé par le système public »¹ ne sont pas entièrement réalisées. Ainsi perdure la dualité d'établissement de soins.

Cette organisation a permis la mise en place d'une offre de soins délivrée par des professionnels aux statuts aussi variés que les établissements de santé auxquels ils appartiennent. L'organisation de l'offre des soins repose aussi bien sur des établissements de santé publics, à vocation générale ou spécialisée, que sur des établissements privés, lucratifs ou non lucratifs, l'ensemble cohabitant au sein du système de santé français pour organiser les « processus de production, de gestion et de consommation de biens et services médicaux »².

Si cette approche du système de santé en termes d'organisation, de fonctionnement est nécessaire, elle demeure néanmoins incomplète sans l'analyse des relations existantes entre un établissement de soins et un patient, que l'on nomme indifféremment malade ou usager...

Les termes d'usagers et de malades ne recouvrent cependant que des « patients », terme qui vient du latin *patiens* qui signifie « qui supporte », et l'on entend bien par là que les malades doivent supporter, outre leurs maux, des systèmes de santé complexes qui les placent devant des choix personnels difficiles et ceci même si l'expression de « consentement éclairé » a connu une extraordinaire et récente fortune.

Existe-t-il aujourd'hui, au sein du système sanitaire français, pour un patient, un choix réel impliquant un statut spécifique selon que son intérêt ou ses convictions le pousseront vers un établissement de santé public ou privé si les soins dont il souhaite bénéficier

¹ FANTINO, Bruno, ROPERT, Gérard, *Le système de santé en France : diagnostics et propositions*, Paris, éd. Dunod, 2008, p. 31.

² DURIEZ, Marc, chargé de mission du Haut Comité de santé publique, *Le système de santé en France*, Paris, éd. PUF, coll. « Que sais-je ? », avril 1999.

nécessitent une hospitalisation ? Telle est la problématique de cette étude. Elle se doit d'envisager l'évolution législative et réglementaire des dernières années et tout particulièrement la loi publiée le 22 juillet 2009 sous le titre « loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires » (HSPT)³. Cette loi, en effet, n'est pas limitée aux structures ; elle porte sur l'établissement de santé public (et en envisageant son champ de compétence, indirectement sur les établissements privés) mais aussi, et peut-être surtout, sur les patients.

Le chapitre premier du titre 1 de la loi se consacre aux missions (le mot paraît essentiel) des établissements de santé sans distinguer entre établissements publics ou privés qu'ils soient à but lucratif ou non lucratif. Ce même titre fait disparaître la catégorie administrative des établissements à but non lucratif admis à participer au service public hospitalier (PSPH). Depuis cette loi, tous les établissements de santé peuvent prétendre participer au service public de la santé. L'article 1 de la loi a réécrit les missions communes de tous les établissements en incluant pour tous une obligation de « politique d'amélioration continue de la qualité et de la sécurité des soins et une gestion des risques visant à prévenir et traiter les événements indésirables liés à leur activité ».

Dans ces conditions peut-il exister encore une authentique spécificité des établissements de santé privés et, le cas échéant, quelles en seraient les conséquences possibles sur la condition des patients qui choisissent de s'y faire traiter ? En effet, le patient qui tire de la mission qu'assurent les établissements de santé des droits identiques, garantis à des degrés divers de façon constitutionnelle, législative, réglementaire, déontologique ou jurisprudentielle, qu'il soit hospitalisé dans un établissement public ou privé, peut-il être par ailleurs sujet de droits différents selon le choix d'établissement qui est le sien ? Le désir de possibilité de choix du citoyen se traduit-il par le maintien d'une organisation réellement duelle où le statut du patient diffère selon le type d'établissement de santé qu'il choisit, ou notre société évolue-t-elle, au-delà des apparences, vers une uniformisation du statut de tous les patients doublée d'une perte progressive de ce qui fait la spécificité des différentes catégories d'établissements ?

Seul l'éventuel statut spécifique du patient hospitalisé en établissement de santé privé sera envisagé ici, celui du patient hospitalisé en établissement de santé public étant appréhendé dans chaque développement comme son miroir le « supportant ».

³ Loi n° 2009-879 du 22 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, JO 22 juillet 2009.

I – Le cadre de l'étude

Se poser la question du statut du patient hospitalisé en établissement de santé privé serait aborder la question de la place du patient aussi bien en établissement de santé privé lucratif que non lucratif. Mais, parce que l'établissement privé non lucratif n'est pas le plus représenté quantitativement, et parce que le statut du patient est identique à celui qu'il a en établissement de santé lucratif, il ne sera question, dans ce travail, que de l'établissement privé commercial.

Par ailleurs, tenter de définir le statut du patient hospitalisé amène à aborder les droits du patient hospitalisé. Toutefois, le but de ce travail ne sera pas de lister et d'analyser l'ensemble des droits des malades (de nombreux travaux ont été faits sur ce sujet), mais de permettre une comparaison public/privé lorsque cela s'avérera nécessaire, c'est-à-dire lorsqu'une différence apparaîtra qui exprime la spécificité privée.

Il est à noter à ce stade que les notions de « patient », « malade », seront utilisées indifféremment et qu'elles seront définies plus loin.

II – Démarche adoptée

Répondre à la problématique que soulève le statut du patient hospitalisé en établissement de santé privé c'est s'attacher aux spécificités de l'établissement de santé privé qui pourraient expliquer que le statut du patient soit un statut particulier conférant au patient des droits spécifiques alors même que le droit à la protection de la santé est constitutionnellement garanti à tous. En outre, les droits du patient, qu'il soit hospitalisé en établissement public ou privé, doivent être identiques.

Pour ce faire, il sera envisagé dans un titre I la spécificité, tant structurelle, économique que juridique de l'établissement de santé privé et les conséquences de cette spécificité sur la condition contractuelle du patient hospitalisé. Le titre II de ce travail abordera les conséquences éventuelles que la spécificité privée de l'établissement de santé fait peser sur les droits du patient hospitalisé.

Pour une meilleure compréhension des données du problème, il importe dans un titre préliminaire de confronter l'évolution de l'hospitalisation privée et de la place qu'elle occupe au sein du paysage sanitaire français, maintenant le dualisme de l'offre de soins, à l'évolution des droits du patient qui tend à une uniformisation de ces droits.

TITRE PRÉLIMINAIRE

Évolution de l'hospitalisation privée et de la condition commune des patients hospitalisés

TITRE I

La spécificité de l'établissement de santé privé et la condition contractuelle du patient

TITRE II

La spécificité de l'établissement de santé privé et les droits du patient

TITRE PRÉLIMINAIRE

ÉVOLUTION DE L'HOSPITALISATION PRIVÉE ET DE LA CONDITION COMMUNE DES PATIENTS HOSPITALISÉS

Résultant à la fois d'initiatives publiques et privées, le secteur hospitalier français présente aujourd'hui un paysage contrasté où cohabitent des établissements de santé de statuts juridiques variés. Ainsi, peut-on distinguer les établissements publics, les établissements privés à but non lucratif et les établissements privés à but lucratif (désignés plus généralement par le terme « cliniques privées »). L'ensemble de ces structures présente des modes d'organisation et de gestion, de financement et de régulation très différents, certaines ayant l'obligation de participer aux missions de service public⁴. Cette diversité est le fruit d'une dichotomie publique/privée. En effet, « la France se caractérise par une dualité au sein de son système de santé ; cette dualité est le fruit de traditions historiques anciennes et de la séparation entre l'État (et ses organismes décentralisés), gérant les services publics dont celui de la santé, et les particuliers œuvrant théoriquement sous l'égide du principe de la liberté de commerce et d'industrie, et relevant, eux, non du droit public, mais du droit privé.

Certes, l'évolution contemporaine des réglementations sanitaires a nuancé cette distinction avec la planification hospitalière, la règle financière du "budget global", la collaboration entre les systèmes hospitaliers public et privé ; la loi hospitalière du 31 juillet 1991⁵ en donne des témoignages, qui ne traduisent pas certaines aspirations prétendant absorber le système privé par le système public... Mais le dualisme demeure caractéristique avec d'un côté des rapports statutaires et des responsabilités d'ordre administratif, de l'autre des relations contractuelles et des responsabilités d'ordre civil jugées par les tribunaux judiciaires »⁶. Face à la volonté des pouvoirs publics de mettre fin à cette dichotomie de notre système de santé et à la difficulté à rendre complémentaire chacun des secteurs, se pose alors la question de l'intérêt d'un tel système ? Cette dualité de statut

⁴ Les relations de l'hospitalisation privée avec le service public relèvent de la loi de 1970 complétée par celle de 1991. Ainsi, trois formes de relations sont-elles proposées : la participation au service public hospitalier (ex. : PSPH), le contrat de concession et l'association.

La participation au service public hospitalier consiste à admettre des établissements privés non commerciaux à exercer des missions de service public avec la même tarification que le secteur public. Le contrat de concession consiste, pour une structure privée, à s'engager à respecter les obligations de services publics et, pour l'État, à s'engager à ne pas développer de structures publiques dans une zone géographique donnée. Enfin, l'association consiste, par le biais d'une coopération, à permettre à une structure privée de bénéficier des services de ce syndicat en échange de sa participation à la réalisation d'une mission qui relève du service public.

⁵ Loi n° 91-748 du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière, *JORF* 2 août 1991, p. 10255-10269, art. 6111-1 et suiv. du Code de la santé publique.

⁶ MÉMETEAU, Gérard, *Cours de droit médical*, 2^e éd, Bordeaux, éd. LEH, 2003, p. 33.

public/privé conférerait-elle un statut particulier au patient, selon qu'il est hospitalisé dans l'une ou l'autre des structures qui justifierait alors cet état de fait ?

Bien qu'un droit à la santé pour tous soit constitutionnellement garanti (chapitre I), en organiser son application relève d'une mission de service public (chapitre II), cette question mérite d'être posée puisque l'hospitalisation privée occupe, aujourd'hui, une place importante au sein du paysage sanitaire français.

LE DROIT À LA PROTECTION DE LA SANTÉ EST UN DROIT CONSTITUTIONNELLEMENT GARANTI

Acteur du système de santé, le patient est à la fois un consommateur de soins et un usager du système de santé quel que soit le lieu de son hospitalisation. Il est également détenteur de droits. Le premier de ses droits est le droit à la protection de la santé, droit reconnu à tout malade, et ce, depuis l'affirmation inscrite dans le préambule de la constitution de 1946, « la nation garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère, au vieux travailleur, la protection de la santé... ».

Par conséquent la dualité de notre système de santé ne devrait pas entraîner de particularité dans la prise en charge du patient et l'application de ses droits en tant qu'hospitalisé ; des droits identiques que le patient soit hospitalisé en établissement public de santé ou en établissement privé, puisque les missions d'un établissement de santé sont les mêmes quel qu'en soit le statut⁷. Pourtant un clivage public/privé subsiste. Est-ce dire qu'il existe un statut différent selon que le patient est hospitalisé en public ou en établissement de soins privé ?

Afin de répondre à la question que soulève ce travail, à savoir le statut du patient hospitalisé en établissement privé, il s'avère comme un préalable nécessaire, de définir les notions diversement employées, de « malade » ou de « patient », détenteur de droits, et de préciser sans que pour autant cela soit exhaustif, les droits du patient dans leur contenu (section I), tout en les replaçant dans un contexte hospitalier, permettant ainsi, un état des lieux de l'offre de soins en France et de situer l'hospitalisation privée au sein du paysage sanitaire français (section II).

⁷ ROLLAND, J.-Marie, député, *Rapport fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi (n° 1210) portant réforme de l'hôpital et relatif aux patients, à la santé et aux territoires*, tome I. Enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 5 février 2009, p. 14.

SECTION I

Le patient sujet de droits

Aborder le statut du patient c'est également, tenter d'apprécier la condition du patient au sein de l'établissement privé. Plus qu'un statut peut-être est-il préférable de parler de condition du patient ?

Afin de répondre à la question que soulève ce travail, à savoir le statut du patient hospitalisé en établissement privé, il s'avère important, de définir les notions diversement employées, telles que « malade » ou de « patient » (paragraphe 1) tout en corrélant cette pluralité de termes à la diversité normative qui les a consacrés, liée en cela à la longue évolution historique dont ils ont fait l'objet (paragraphe 2).

Paragraphe 1 – Du patient... au malade

Le patient emprunte tout à tour les traits du client, du malade, du patient, du souffrant, puisque la loi du 4 mars 2002, en a fait à la fois un citoyen sanitaire et un usager du système de santé, et tenter d'en aborder le statut apparaît comme l'occasion de définir cette sémantique variée. Cette sémantique reflète à elle seule la problématique du statut du patient. En effet si le patient peut être tour à tour malade, usager, cela implique-t-il que pour toute qualification, variable selon la situation de l'individu, correspond un statut ?

Une première réponse peut être apportée par la nécessaire définition des différents termes que la langue française permet d'utiliser (A). Pour autant, cela permet-il de déterminer un statut pour le patient (B).

A – La coexistence étymologique de la notion de patient/malade

Une pluralité de termes est employée pour désigner selon les circonstances le « malade » ou le « patient », et ceci, pour semble-t-il une même condition. Il était, donc, important, au stade de cette introduction d'en donner les nuances, voire différences entre la notion de « patient », « malade », « usager »...

1. L'identification du patient, qu'est-ce qu'un patient ?

L'étymologie nous apprend, en premier lieu, que le patient est une personne passive. Emprunté (vers 1120) aux latins *patiens* « endurent qui supporte », participe présent adjectivé de *pati*. Il qualifie la personne qui supporte avec constance les ennuis d'autrui et qui souffre sans murmurer les adversités, les contrariétés (après 1150). Au cours du ^{xiv}^e siècle, *patient* reçoit en philosophie le sens didactique et étymologique « qui subit » (1370), désignant également la personne qui subit (1380), par opposition à *agent*.

Il est substantivé pour désigner spécialement et couramment le malade par rapport au médecin (XIV) ; en langue classique, il se rapportait aussi à celui ou à celle qui subissait un châtement (1617)⁸.

Pour Aristote dans *Métaphysique*⁹, le patient est une personne passive opposée à l'agent. Ce dernier représente la force qui agit tandis que le patient n'est que le réceptacle de cette force subie.

Par la suite, le patient est devenu la victime d'un châtement corporel¹⁰. Dès lors, qu'une peine est infligée à une personne, celle-ci en devient patiente « Ignorant, silencieux et résigné, le destinataire d'un acte modifiant son intégrité corporelle, placé face au sachant, parfois jaloux de ses connaissances, semble naturellement investie de tous les attributs du patient permettant de généraliser l'emploi du terme pour le bénéficiaire de la relation de soins »¹¹.

D'ailleurs, le terme de patient a évolué ce qui a permis dans sa forme extensive de faire profiter du régime distinctif du patient toutes les personnes impliquées dans un acte

⁸ Le Robert, *Dictionnaire de la langue française*, Paris : éd. 1994, p. 1450.

⁹ ARISTOTE, *Métaphysique*, 12,10-19 à 15-23, trad. Tricot, PARIS, Vrin, 1974, p. 287-288.

¹⁰ VOLTAIRE, *Essai sur l'histoire générale et sur les mœurs et l'esprit des nations depuis Charlemagne jusqu'à nos jours*, Cramer, 1756.

¹¹ PITCHO, Benjamin, *Le statut juridique du patient*, Bordeaux, éd. LEH, Collection thèses, 2004, p. 63.

médical qu'elles subissent dans leur chair. Ainsi, le texte de la loi du 2 mars 2004¹² ne fait plus référence au terme de patient, mais bien à celui de « malade ». En effet, le législateur a intitulé la loi comme étant celle des droits du malade, et préférant opter pour l'utilisation du terme de « toute personne », remplaçant le terme de patient dès lors qu'une promotion la plus large possible des différents droits subjectifs a semblé nécessaire.

2. L'abandon du patient pour le malade, qu'est-ce qu'un malade ?

Le *patient* ne figure pas dans le texte de la loi du 4 mars 2002 car le législateur a montré sa faveur pour d'autres appellations. Ainsi, la loi s'intitule « [...] relative aux droits du malade et à la qualité du système de santé ». D'abord *malabde* (vers 980) puis *malade* (1155), est issu du latin impérial *male habitus* « en mauvais état, malade » de l'adverbe *male* et de *habitus*, participe passé de *habere* « être dans tel état ». Ce mot a concurrencé et évincé le mot classique *aeger* (*aegrotus* en langue postclassique) qui insistait sur l'idée de « peine, souffrance causée par la maladie » (représentée en français dans l'ancien adjectif *égrotant*, de *egrotans*, participe présent de *egrotare* « être malade », et l'adjectif *morbidus*, dérivé de *morbus* « maladie »).

Donc *malade* désigne et qualifie la personne qui souffre d'une altération de la santé ; comme adjectif, il est entré dans les expressions usuelles « être malade » (employée au xvii^e siècle pour « avoir ses règles »), « tomber malade » et (être) malade de (1537, avec un sens figuré). Par analogie, il se dit aussi depuis le xvi^e siècle, en parlant d'animaux, de plantes (1563). Au figuré, il s'applique aussi à une entreprise dont le fonctionnement est perturbé (1549), à la raison (1552).

Au xvii^e siècle apparaissent de nombreux emplois dans lesquels l'adjectif qualifie concrètement un organe altéré dans sa constitution (1611) une chose détériorée (1640) en particulier un vin (1690)¹³.

Au xx^e siècle, le vocabulaire utilise alternativement l'un ou l'autre des termes de patient ou malade. Ainsi, le Code de déontologie, dans sa version de 1979, retenait à

¹² Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits du malade et à la qualité du système de santé, *JORF* du 5 mars 2002, p. 4118.

¹³ *Le Robert, Dictionnaire de la langue française, Op-cit*, p. 1173.

diverses reprises la notion de « malade »¹⁴. Le texte de 1995 retient, quant à lui, d'une manière générale la notion de « patient »¹⁵.

Pour autant le terme de malade est plus facilement retenu lorsqu'il est lié à une altération de l'état général d'une personne ; le terme de patient est utilisé de façon plus globale. Ainsi, une femme enceinte hospitalisée pour accoucher n'est pas malade, car elle ne souffre pas d'une pathologie ; elle devient alors une patiente de l'établissement de soins. Comme l'écrit M^{me} D. Thouvenin¹⁶, les maladies « ont un caractère objectif qui tient à leur appartenance à des catégories prédéterminées de pathologies. C'est le diagnostic, opération normative se fondant sur une référence de laquelle est déduite l'existence ou la non-existence de la maladie qui permet au médecin de qualifier la situation ».

De patient à malade ou de malade à patient, l'individu n'en est pas moins, usager du système de santé. La réforme législative concernant l'information médicale est ainsi intitulée « information des usagers du système de santé et expression de leur volonté », ce qui démontre la faveur du législateur au profit d'une troisième expression, « l'usager », qui semble destiné à remplacer « le patient » dans l'exercice immédiat des droits issus de la relation de soins.

3. L'usager du système de santé se substitue au patient

Tenter de définir « usagers du système de soins », c'est tout d'abord définir ce qu'est un système de santé pour en déterminer la qualité d'usager.

3.1 Le système de santé

« Parler de système, c'est faire référence à un ensemble organisé d'éléments, pour autant peut-on parler d'un système de santé »¹⁷, en distinguant bien le système de santé du système sanitaire.

¹⁴ Art. 11 du Code de la santé publique, « le secret professionnel, institué dans l'intérêt du malade, s'impose à tout médecin ».

¹⁵ « Le secret professionnel, institué dans l'intérêt du malade, s'impose à tout médecin. »

¹⁶ THOUVENIN, Dominique, *Les avatars de l'article 16-3 du Code civil*, Paris, Dalloz. 2000, ch. p. 489.

¹⁷ CLÉMENT, J.-Marie, *Histoire des réformes hospitalières sous la V^e République*, Bordeaux, éd. LEH, 2010, p. 401.

Ainsi, depuis la loi hospitalière du 31 décembre 1970¹⁸, les établissements de santé aussi bien publics que privés sont recensés au sein d'une carte sanitaire, et constituent le système sanitaire français. Si ce dernier englobe éventuellement les organismes de sécurité sociale¹⁹, la santé ne concerne donc pour sa part que les soins et leur dispensation. Le système de santé implique donc l'investissement, comme tout système, de différents acteurs participant à son fonctionnement et sa régulation. Le patient est un de ces acteurs.

3.2 L'usager du système de santé

Quant à l'usager au sein du système de santé, aujourd'hui, il semble destiné à remplacer le patient dans l'exercice immédiat des droits issus de la relation de soins. Pourtant, jusqu'au décret du 14 janvier 1974²⁰ fondant réglementairement le droit des malades dans les établissements publics de santé, « l'hôpital n'avait pas l'obligation de considérer le malade en tant que personne libre, il était considéré comme un usager qui a recours au service public parce qu'il n'a pas les moyens pécuniaires d'aller en clinique privée »²¹. La qualification d'usager était alors rattachée à celle de « service public »²².

Mais si le terme d'usager était réservé, jusqu'alors, à l'utilisateur d'un service public mis en place à son profit, dorénavant, cette définition semble devoir être détachée de sa vocation publique pour être liée non pas à un service mais à un système de santé incluant des établissements relevant du droit public et du droit privé. Par conséquent, le patient se trouve usager aussi bien de l'établissement de soins privé que de l'établissement de soins public. Il n'existe donc plus de service public hospitalier ni de patient, mais un système de santé dont certains usagers peuvent bénéficier et dont la loi a très nettement consacré l'existence. Ainsi, la réforme législative concernant l'information médicale est intitulée « information des usagers du système de santé et expression de leur volonté ». Il en est de même au titre 1^{er} du livre 1^{er} de la première partie du Code de la santé publique, où l'on retrouve « droits des personnes malades et des usagers du système de santé ».

¹⁸ Loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière, *JORF* du 3 janvier 1971, p. 67.

¹⁹ Ordonnance du 4 octobre 1945 relative à l'organisation de la sécurité sociale, et ordonnance n° 45-2454 du 19 octobre 1945 fixant le régime des assurances sociales applicables aux assurés des professions non agricoles.

²⁰ Décret n° 74-27 du 14 janvier 1974 relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers et des hôpitaux locaux, *JORF* du 16 janvier 1974, p. 603.

²¹ CLÉMENT, *op. cit.*, p. 358.

²² *Ibid.*

Comme l'écrit B. Pitcho, « la disparition du terme de service public au profit du *système de santé* semble sonner le glas de la spécificité du premier. Ce sont donc dorénavant tous les protagonistes du secteur sanitaire, qu'ils disposent d'un statut de droit privé ou public, qui vont participer à ce *système*. Le terme est réservé à la personne soumise à une situation réglementaire du fait de l'existence d'un service public. Le recours à cette notion pourrait de prime abord, apparaître comme un triomphe du modèle public. La substitution évidente du *système de santé* au service public modifie pourtant la conception de "l'utilisateur" visé. Il ne saurait être imposé à ce dernier une situation réglementaire, puisque ce dernier ne bénéficie que de *droits* alors même que ses "responsabilités" demeurent incertaines »²³.

Le premier enseignement que l'on peut tirer de ces quelques définitions c'est que les notions de patient et malade renvoient à un état et non à un statut. La seule évidence, jusque-là de situation statutaire était la qualification d'utilisateur qui permettait de parler du patient pris en charge en hôpital public. Mais, manifestement, cette position n'est plus de mise avec la loi du 4 mars 2002²⁴ qui fait de l'utilisateur un individu recevant des soins aussi bien de l'hôpital public que de l'hôpital privé.

Si tenter de répondre à la question de l'existence d'un statut pour le patient hospitalisé, à ce stade de l'introduction, demeure prématuré, en revanche tenter de définir le terme de « statut », s'avère impératif.

B – La possible qualification « statutaire » de l'individu citoyen sanitaire

La difficulté à déterminer un statut du patient tient peut-être au fait qu'il y ait plusieurs statuts que confère le clivage public/privé, ou qu'il n'y ait pas de statut comme semble l'indiquer B. Pitcho²⁵. Cette difficulté tient également à la définition du terme de statut et de ce que l'on cherche à démontrer et peut être que plus qu'un statut (1), doit-on parler de condition du patient (2).

²³ PITCHO, Benjamin, « La notion de patient, malade, citoyen », *RGDM*, 2004, numéro spécial, p. 56.

²⁴ *Op. cit.*

²⁵ PITCHO, Benjamin, *Le statut juridique du patient*, *op. cit.*, p. 63.

1. Qu'est-ce qu'un statut ?

Le terme de « statut » est un emprunt (V 1250), au bas latin *statutum*, *règlement*, *décret*, neutre, substantivé du latin classique *statutus*. Le mot souvent au pluriel, a désigné le règlement d'une communauté religieuse et au pluriel (1653), une suite d'articles qui définissent une société et règlent son fonctionnement.

Il s'emploie en droit (1835) à propos de l'ensemble des lois qui concernent l'état et la capacité d'une personne (*statut personnel*), les biens individuels (*statut réel*). À propos de l'Angleterre, il s'applique (1872) à une loi issue d'un accord entre le parlement et le souverain.

Toujours en droit, *statut* désigne (1918) un ensemble de textes qui règlent la situation d'un groupe d'individus et, par extension, cette situation et sa forme juridique puis, couramment (vers 1950) une situation de fait, la position par rapport à la société²⁶.

G. Cornu, quant à lui, précise « le terme désigne plus que très rarement aujourd'hui l'acte qui établit une règle (*statutum*, décret) mais soit un ensemble de règles établies par la loi, soit la condition juridique qui en résulte pour une personne, une catégorie de personnes ou une institution, [...] ensemble cohérent des règles applicables à une catégorie de personnes ou d'agents ou à une institution et qui en détermine, pour l'essentiel, la condition et le régime juridique »²⁷.

En France, le statut repose sur la dualité de notre système de santé, à savoir la dualité entre le régime privé et le régime public de soins, celui-ci relevant de l'activité de l'État ou des collectivités territoriales, et étant soumis au droit administratif. Les médecins y exerçant sont des fonctionnaires de l'État. Ils ne concluent pas avec leur hôpital un contrat d'exercice, ils ne concluent pas avec les malades un contrat de soins. Le patient, à l'hôpital se trouve placé dans une situation d'usager du service public. Au contraire, en établissement privé, le médecin conclut avec le patient un contrat médical, avec la clinique un contrat d'exercice, et l'établissement avec le patient un contrat de soins. Le patient hospitalisé en établissement de santé privé se retrouve contractant de droit privé.

²⁶ Le Robert, *Dictionnaire de la langue française*, Paris, éd. 1994, p. 2017.

²⁷ CORNU, Gérard, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 8^e éd, p. 416-417.

Par conséquent, deux situations s'opposent, semble-t-il, pour un même patient selon son lieu d'hospitalisation. Pour autant doit-on parler de statut du patient ou de condition du patient hospitalisé ?

2. Une condition plus qu'un statut ?

Envisager la situation juridique de l'individu au regard de son état de santé relèverait-il plus d'une condition que d'un statut? Tout comme cela fut présenté précédemment, afin d'en définir la signification, cela passe par une définition du terme « condition ». L'on apprend alors que la notion de « condition » est empruntée au XIII^e siècle (1154-1173) au latin *condicio*. Celui-ci est composé de *cum* et de *dicio* « formule de commandement » d'où « autorité », terme juridique appartenant à une large famille de mots (droit, religion) issus de la racine *deik, dik* « montrer ». *Condicio* désigne une formule d'entente entre deux personnes et, plus généralement, un arrangement, un pacte. De là il a acquis par métonymie le sens de « situation résultant d'un pacte », d'où « situation en général²⁸. Mais le sens plus général de « situation, état » (en parlant des humains) date aussi du XIII^e (v. 1278), mais l'acception philosophique se développe relativement tard (avt 1703, *la condition humaine*).

La condition se rapporte donc à la « situation d'une personne, parfois d'une chose »²⁹. Par extension, « la condition juridique, est un ensemble des règles relatives à une certaine sorte de personnes ou de choses »³⁰.

Si bien évidemment, ces quelques définitions ne permettent pas de donner une première réponse immédiate, elles vont, néanmoins, servir de fil conducteur, tout au long de ce travail.

Toutefois, il semble qu'aujourd'hui le malade n'est plus un malade, mais plus techniquement un « patient » voire un « usager du système de santé »³¹. L'emploi d'un tel qualificatif, a comme conséquence une attente très forte de la part de l'individu malade, qui n'attend plus seulement que le médecin agisse dans le respect de ses devoirs professionnels,

²⁸ Le Robert, *Dictionnaire de la langue française*, op. cit , p. 468.

²⁹ CORNU, Gérard, op. cit.

³⁰ *Ibid*

³¹ Loi n° 2002-303 du 2 mars 2004, op. cit.

mais qu'il se conforme aux droits dont le nouveau patient/malade est désormais titulaire ; les droits des malades ayant fait l'objet d'une multitude de textes, aussi bien législatifs, réglementaires que jurisprudentiels, la loi du 4 mars 2002 en étant la consécration.

Paragraphe 2 – Du patient objet de droits au malade sujet de droits

Les droits du patient puisent leur origine au sein de nombreux textes de loi et de la jurisprudence (A), ce qui explique qu'ils sont le résultat d'une lente évolution historique (B).

A – Une diversité normative pour encadrer la condition du patient objet de droits

« Les droits des patients pourraient être définis comme étant les prérogatives, régies par des règles juridiques, des personnes soignées dans leurs relations avec les professionnels et les établissements de santé, mais aussi avec l'État. La présence de ce dernier acteur est parfois omise, ce qui est regrettable, car un certain nombre de textes constitutionnels et législatifs reconnaissent un droit fondamental à la protection de la santé, au bénéfice de ceux que dans le vocabulaire du droit public on appelle souvent les « usagers du système de santé »³². En effet, si l'évolution des droits des patients fut longue, elle est le fruit d'une diversité à la fois réglementaire et législative (1), dont la loi du 4 mars 2002 en est la consécration, et ce, bien qu'un certain nombre de ces droits soient déjà consacrés par la jurisprudence (2).

³² LECA, Antoine, *Un siècle de droit médical en France (1902-2002) : de la lutte contre les épidémies aux droits des patients*, Victoria University. Wellington. Law.rev. 207 (2004), p. 207.

1. Une consécration à la fois légale et réglementaire

Les droits du patient vont connaître une longue évolution, avant d'être consacrés légalement et réglementairement.

1.1 Une lente évolution légale et réglementaire encadre les droits du patient

La consécration légale et réglementaire de la notion de « droits des patients », pourtant apparus dès 1824, date de la dernière décennie du ^{xx}^e siècle.

Au plan national, le préambule de la constitution du 27 octobre 1946, établit les premières bases du droit des patients, en garantissant à tous « la protection de la santé »³³. Mais la notion de « droit du patient », en tant que telle, apparaît peut-être pour la première fois dans la circulaire du 14 mars 1990³⁴ relative aux orientations de la politique de santé mentale. Elle est implicitement présente dans le décret du 8 août 1991³⁵ portant Code de déontologie des sages femmes, qui comporte un titre deux intitulé « Devoirs envers les patientes et les nouveau-nés » et apparaît formellement dans l'article 8 du décret du 16 février 1993³⁶ relatif aux règles professionnelles des infirmiers et infirmières, qui lui comporte un chapitre deux intitulé « Devoirs envers les patients »³⁷. S'il est à noter que les droits de la personne malade n'ont été précisés que par une circulaire du 20 septembre 1974³⁸, ce n'est qu'en 1975, qu'une charte du malade hospitalisé pose les fondements des droits de la personne hospitalisée dans le secteur sanitaire. Cette charte est réactualisée vingt ans après par une circulaire du 6 mai 1995³⁹. « Mais, à l'orée du ^{xxi}^e siècle, il manquait à ce faisceau de règles d'être organisé en un corps de dispositions juridiques articulées »⁴⁰.

³³ Cette disposition sera reprise notamment par la loi portant réforme hospitalière du 31 décembre 1970 et précisée dans l'article L. 1110-1 du Code de la santé publique.

³⁴ Circulaire du 14 mars 1990, relative aux orientations de la politique de santé mentale, *JO* n° 13 du 3 avril 1990.

³⁵ Décret n° 91-779 du 8 août 1991 portant code de déontologie des sages-femmes

³⁶ Décret n° 93-221 du 16 février 1993 relatif aux règles professionnelles des infirmiers et infirmières, *JORF* n° 41 du 18 février 1993, p. 2646.

³⁷ LECA, Antoine, *op. cit.*, p. 211.

³⁸ Circulaire du 20 septembre 1974 relative à la charte du malade hospitalisé, *Bulletin officiel des affaires sociales*, n° 41.

³⁹ Circulaire ministérielle n° 95-22 du 6 mai 1995.

⁴⁰ LECA, Antoine, « Un siècle de droit médical en France (1902-2002) : de la lutte contre les épidémies aux droits des patients », *RGDM*, numéro spécial, 2004, p. 66.

C'est chose faite avec la loi Kouchner du 4 mars 2002, qui correspond à la consécration des droits du malade.

Comme l'indique J.-M. Lemoigne de Forges « cette diversité normative, qui caractérise le côté “auberge espagnole” du droit de la santé⁴¹, tend à disparaître en ce qui concerne le droit des personnes malades et des usagers du système de santé. La loi du 4 mars 2002 a œuvré dans le sens d'une d'homogénéisation des différentes sources ».

1.2 La consécration législative des droits du malade par la loi du 4 mars 2002⁴²

« La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé constituent autant de règles juridiques qui régissent dorénavant les relations des professionnels et des établissements de santé avec les personnes malades. Il s'agit d'un corpus de règles extrêmement important aussi bien au regard de leur dimension symbolique que de leur portée pratique. En effet, non seulement elles signent le passage d'un modèle ancien à un modèle nouveau, mais en outre elles opèrent une unification dans la mesure où ces règles s'appliquent aussi bien aux professionnels qu'aux établissements de santé, qu'ils soient privés ou publics »⁴³.

La reconnaissance de droits au malade, régis par la loi alors que les textes précités étaient des décrets signifie que les modalités de la relation des établissements comme des professionnels de santé avec les patients ne sont plus régies selon leurs conceptions, mais selon celles qui ont été défendues par les associations de malades, et sont attachées à ces personnes, dans le but de régir leur position de malades, dans leur rapport avec le système de santé. La loi du 4 mars 2002 va reconnaître au patient des droits opposables aussi bien aux médecins qu'aux établissements de santé. Le patient devient le titulaire de droits qui lui donnent la possibilité de déterminer ce qu'il estime être son intérêt, et ce quel que soit l'établissement de santé. Ainsi, les droits reconnus par la loi ne sont nullement la traduction inversée de devoirs professionnels préexistants.

⁴¹ LEMOYNE DE FORGES, Jean-Michel, « Qu'est-ce que le droit de la santé ? », *RGDM*, 2005, p. 17.

⁴² Loi du 4 mars 2002 relative aux droits du malade et à la qualité du système de santé, *op. cit.*

⁴³ THOUVENIN, Dominique, « Droits des malades, Pourquoi une loi relative aux droits des malades a-t-elle paru nécessaire ? », *Revue hospitalière de France*, n° 487, juillet-août 2002, p. 1.

Mais l'ensemble de ces droits n'est pas, comme on pourrait l'imaginer, une création législative systématique. S'ils sont certes réaffirmés par le texte de loi, un certain nombre d'entre eux était déjà consacré par la jurisprudence.

2. Une consécration jurisprudentielle et déontologique avant une consécration légale et réglementaire

On distinguera donc la consécration jurisprudentielle de la consécration déontologique.

2.1 La consécration jurisprudentielle générale dans ses principes

Ainsi, si l'on se réfère au respect de la dignité de la personne humaine, ce principe énoncé dans l'article L. 1110-2 du Code de la santé publique, n'est en aucun cas une innovation de la loi, puisqu'il s'agit de l'affirmation légale d'une notion largement utilisée par la jurisprudence. Le principe de dignité de la personne humaine, qui a été consacré par le Conseil constitutionnel comme principe à valeur constitutionnelle dans les décisions du 27 juillet 1994 et du 16 juillet 1996⁴⁴, est un des piliers des droits et libertés fondamentaux de l'être humain. Introduit par les lois bioéthiques de 1994⁴⁵ et inséré à l'article 16 du Code civil, c'est sur son utilisation que la Cour de cassation, dans une décision du 9 octobre 2001⁴⁶, a sanctionné rétroactivement un médecin de ne pas avoir informé sa patiente des risques graves et exceptionnels qu'elle encourrait lors des faits en 1974.

Il en va de même pour le droit, pour la personne, de recevoir « les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques qui lui garantissent la meilleure sécurité sanitaire » de l'article L. 1110-5 du Code de la santé publique. Ce principe bien qu'énoncé par la loi, n'est que la reprise des termes fondamentaux de l'arrêt Mercier qui énonçait dès

⁴⁴ Cons. const., Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *JO* du 29 juillet 1994, p. 11024, relative au respect du corps humain et de la loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

⁴⁵ La loi n° 94-548 du 1^{er} juillet 1994 relative à la recherche dans le domaine de la santé, la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 fixent les conditions du don, de l'utilisation et de la conservation des éléments et produits du corps humain, *JORF* n° 175 du 30 juillet 1994, p. 11059.

⁴⁶ Cass. 1^{re} civ., 9 octobre 2001 pourvoi numéro 00-14.564

1936⁴⁷, que le médecin est tenu de donner des soins attentifs, consciencieux et conformes aux données acquises de la science. Cet impératif est également repris dans le Code de déontologie, qui de façon indirecte est également protecteur des droits des patients.

2.2 La consécration déontologique⁴⁸

« Il est admis, depuis Hippocrate, que le médecin est tenu à l'égard de son patient d'un certain nombre de devoirs. Ces devoirs immémoriaux sont les garanties d'une « bonne » médecine, mais également du respect, par le corps médical, des différents éléments qui composent l'honneur de la profession, le respect de la moralité des professionnels, leur probité et plus encore leur dévouement. La déontologie médicale dresse une liste, au demeurant non exhaustive, de ces devoirs, et est désormais édictée sous forme de décret pris en Conseil d'État⁴⁹. Elle est, aujourd'hui, la forme de l'expression la plus aboutie de l'honneur professionnel. Elle est ce faisant, le pilier de l'exercice libéral de la médecine en France »⁵⁰.

S'il dicte en principe des devoirs aux médecins, il comporte, dans ses versions successives et jusqu'à celle de 1995, un certain nombre de dispositions qui leur confèrent en réalité des droits. Or des articles ont permis d'imposer un modèle juridique de la relation médecin/malade et, cela, aussi bien dans un cadre privé qu'à l'hôpital, puisque ce corps de règles s'applique identiquement à tous les médecins quel que soit leur statut. Le médecin de même que les autres professionnels de santé évaluent les besoins du patient et y répondent avec leur savoir faire, en appréciant ce qu'ils estiment utile pour ce dernier. La décision prise est alors fondée sur un présupposé selon lequel la décision ne peut être prise que dans l'intérêt du patient, d'où un modèle de relation non pas bilatéral, mais unilatéral, le médecin pouvant, parfois, négliger le point de vue de la personne directement concernée par les soins, puisque lui seul saurait ce qui est bon pour le malade.

C'est sur le respect des devoirs déontologiques, au premier rang desquels il faut placer le secret que repose la confiance qui existe entre le médecin et son malade, et qui est,

⁴⁷ Cass. 1^{re} civ., 20 mai 1936 : DP 1936, 1, p. 88, concl. MATER, rapp. JOSSERAND, note E.P. ; S. 1937, 1, p. 321, note Breton

⁴⁸ Décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 portant Code de déontologie médicale, modifié par les décrets n° 97-503 du 21 mai 1997 et n° 2003-881 du 15 septembre 2003.

⁴⁹ L'actuel Code de déontologie médicale est le décret n° 95-1000, du 6 septembre 1995.

⁵⁰ TERRIER, Emmanuel, « La jurisprudence et la loi du 4 mars 2002 : impulsion ou anticipation ? », *RGDM*, numéro spécial, 2004, p. 13.

si l'on en croit R. Savatier⁵¹, le critère le plus déterminant de la médecine libérale en France. Ces principes avaient été affirmés comme tels par la loi du 3 juillet 1971⁵² et reconnus comme principes déontologiques fondamentaux par l'article L. 162-2 du Code de la sécurité sociale. Les respects de ces devoirs, qu'ils fussent fondamentaux ou non, suffisaient à cadrer la pratique de l'art médical : ils assuraient au patient un ensemble de droits dont il était, certes, indirectement titulaire, dans la mesure où il s'agissait avant tout de devoirs pour les médecins, mais dont il pouvait se prévaloir lorsque ceux-ci n'étaient pas respectés. L'utilisation de plus en plus fréquente par les juridictions de droit commun de la déontologie médicale fait de celle-ci le rempart le plus efficace des droits du patient.

Cette diversité normative explique en partie que le chemin conduisant le patient vers la démocratie sanitaire fut un long processus historique.

B – Une longue évolution historique pour encadrer les droits du patient hospitalisé

Si le concept même de « droit des malades », issu des rapports de notre société avec ses médecins, est nouveau, il a fallu attendre 1958, année de la première circulaire sur l'humanisation des hôpitaux⁵³, pour voir apparaître les droits du malade hospitalisé (1).

L'attention portée à la personne hospitalisée, et plus généralement à la santé, n'a cessé de s'étendre durant ces vingt dernières années, pour trouver son aboutissement avec la loi du 4 mars 2002 (2).

1. De l'humanisation des hôpitaux à la démocratie sanitaire

Si par le passé, l'idée a pu paraître « *paradoxe* » de vouloir « *humaniser l'hôpital* » dont la vocation est essentiellement humaine⁵⁴, le progrès médical à l'origine de l'évolution

⁵¹ SAVATIER, Robert, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, Paris, Dalloz, 1959, n° 331, p. 323.

⁵² Loi n° 71-525 du 3 juillet 1971 relative aux rapports entre les caisses d'assurance-maladie et les praticiens et auxiliaires médicaux modifiant les art. 1257, 1259 à 1265 et 1613-16 du Code de la sécurité sociale (conventions nationales), *JORF* du 6 juillet 1971, p. 6571.

⁵³ Circulaire du 5 décembre 1958 relative à l'humanisation des hôpitaux, *JO* du 12 décembre 1958, p. 11184.

des techniques en a fait une nécessité. En 1972, le professeur de Forges dénonçait déjà un « hôpital public [...] aujourd'hui moins humain que jamais car [...] envahi par une technique de plus en plus complexe qui tend à transformer le malade en un objet livré à la toute puissance de la machine »⁵⁵. La politique d'humanisation devait permettre d'adapter la structure de soins afin de garantir au malade son humanité. Pour ce faire, la circulaire du 5 décembre 1958⁵⁶ assouplit les règles d'organisation et de fonctionnement des hôpitaux appliquées aux usagers. Ainsi, les visites des proches, la présence d'un membre de la famille auprès de l'hospitalisé, les effets personnels sont autorisés ; Les horaires du lever, du coucher et des repas sont redéfinis afin de coïncider au mieux avec ceux de la vie habituelle. Enfin, les modalités d'accueil des hospitalisés et des visiteurs sont redéfinies.

Mais ce n'est qu'au début des années 1970, avec la loi hospitalière du 31 décembre 1970⁵⁷ que pour la première fois est reconnu le libre choix du malade pour ce qui est de son établissement de soins ; le décret du 14 janvier 1974⁵⁸ fondant réglementairement le droit des malades dans les établissements publics de santé. Jusqu'à cette date, l'hôpital n'avait pas l'obligation de considérer le malade en tant que personne libre ; il était considéré comme un usager qui a recours au service public parce qu'il n'a pas les moyens pécuniaires d'aller en clinique privée.

Le professeur de Forges appelait donc de ses vœux l'élaboration « d'une charte des droits et devoirs des hospitalisés qui donnerait à l'ensemble du personnel hospitalier le sentiment d'être soumis à des obligations juridiques et pas seulement humaines ou "charitables" »⁵⁹. Il fut exaucé, puisque le premier texte relativement précis concernant les droits du malade est la circulaire du 20 septembre 1974⁶⁰ instituant une charte du malade hospitalisé.

⁵⁴ VILLEY, François, *L'humanisation des hôpitaux* : RTD sanit. soc. 1970, p. 251.

⁵⁵ LEMOYNE DE FORGES, Jean-Michel, *Le statut de l'hospitalisé en France*, Thèse multigraphiée, Paris II, 1972, Paris II, p. 442.

⁵⁶ *Op. cit.*

⁵⁷ *Op. cit.*

⁵⁸ Décret n° 74-27 du 14 janvier 1974 relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers et des hôpitaux locaux, *JORF* du 16 janvier 1974 p. 603.

⁵⁹ LEMOYNE DE FORGES, Jean-Michel, *Le statut de l'hospitalisé en France*, *op. cit.*, p. 466.

⁶⁰ Circulaire du 20 septembre 1974, relative à la charte du malade hospitalisé, *Bulletin officiel des affaires sociales*, n° 41 (6 au 12 octobre 1974).

1.1 Le décret n° 74-27 du 14 janvier 1974⁶¹ instaurant la première charte du malade hospitalisé

Bien qu'il fixe les modalités d'admission, de séjour et de sortie des personnes malades, des blessés, des femmes enceintes, c'est-à-dire toutes les catégories susceptibles d'accéder légitimement à l'hôpital, ce premier texte n'était applicable qu'aux seuls établissements publics, sachant qu'il n'y avait aucun équivalent pour les établissements de soins privés. À cette époque, les séjours pouvaient y être longs ; aussi ce sont les conditions du séjour et les règles à respecter dans l'intérêt de tous qui prédominent dans ce texte. Celles-ci cherchent à concilier les besoins des malades avec les nécessités de la vie hospitalière, mais, ce sont les exigences de la vie collective qui l'emportent, le malade, quand il y vit devant se plier aux règles qui régissent cette collectivité particulière. Il n'en reste pas moins que consacrées par voie de circulaires les prescriptions de la charte pouvaient être invoquées par les usagers. Avec l'adoption du décret du 14 janvier 1974⁶², les hôpitaux se trouvent soumis à de véritables obligations qui constituent autant de droits pour leurs usagers. La politique d'humanisation laisse enfin place à la reconnaissance d'un véritable « droit à l'humanisation », qui ne cessera de s'enrichir de nouvelles consécutions législatives et jurisprudentielles.

Cependant, le principal texte de référence en la matière, demeure la charte du malade hospitalisé de 1995⁶³.

1.2 La charte du malade hospitalisé du 6 mai 1995⁶⁴, une consécration symbolique des droits du patient

Annexée à une circulaire, elle énonce des droits issus de multiples textes antérieurs mais elle n'a pas de valeur normative. Il s'agit d'une communication au patient hospitalisé visant à l'informer comme usager, ainsi qu'aux agents hospitaliers et aux équipes de direction de l'ensemble des droits du patient au sein du service public hospitalier.

⁶¹ *Op. cit.*

⁶² *Op. cit.*

⁶³ La charte du malade hospitalisé est annexée à la circulaire n° 95-22 du 6 mai 1995.

⁶⁴ Annexée à la circulaire ministérielle n° 95-22 du 6 mai 1995.

La charte n'a fait que reprendre les droits existants du patient. Il s'agit d'un résumé de normes législatives et réglementaires compréhensible par toute personne. Les valeurs proclamées sont directement issues des principes essentiels qui doivent primer dans le service public hospitalier.

Initiée dans un premier temps pour synthétiser des textes déjà existants, la charte de mai 1995 a permis de fixer aux acteurs des objectifs sur une politique commune d'accueil des patients hospitalisés. Elle demeure le seul texte qui réalise une synthèse des droits existants à ce jour. En effet, la charte du malade hospitalisé est l'occasion de regrouper dans un même document, remis à chaque malade dès son arrivée dans l'établissement, l'ensemble de ses droits⁶⁵. Mais, cette obligation imposée aux établissements de santé, par voie de circulaire, consacre davantage le droit de l'usager d'être informé des droits dont il dispose qu'elle n'ajoute aux droits antérieurement reconnus. La position du professeur de Forges à propos de la « charte du malade hospitalisé » issue de la circulaire du 20 septembre 1974 reste d'actualité avec les chartes de 1995 et 2006⁶⁶ : « La charte du malade est un texte utile, mais en définitive assez anodin : elle ne résume aucunement l'ensemble des droits et des devoirs de l'hospitalisé qui résultent de la loi, des règlements et de la jurisprudence⁶⁷ ».

C'est avec la loi du 31 juillet 1991⁶⁸, portant réforme hospitalière qu'est consacré pour la première fois un chapitre « droits du malade accueilli dans un établissement de santé ».

L'ordonnance du 24 avril 1996⁶⁹, portant réforme de l'hospitalisation publique et privée, viendra renforcer la préoccupation des droits des malades et donnera une base légale à la charte.

Bien que la charte constitue la première synthèse des droits du patient hospitalisé elle va rapidement apparaître insuffisante pour les associations de malades et de patients. Ce texte n'est alors qu'un « embryon » de ce qui donnera corps sept ans plus tard à la loi du

⁶⁵ Circulaire du 6 mai 1995, ann, *Bulletin officiel santé* 1995/21 ; désormais remplacée par circ. n° DHOS/E1/DGS/SD1B/SD1c/SD4A/2006/90, 2 mars 2006, relative aux droits des personnes hospitalisées et comportant une charte de la personne hospitalisée, *Bulletin officiel santé* 15 mai 2006, n° 4.

⁶⁶ Circulaire DHOS/E1/DGS/SD1B/SD1c/SD4A n° 2006-90 du 2 mars 2006 relative aux droits des personnes hospitalisées et comportant une charte de la personne hospitalisée.

⁶⁷ LEMOYNE DE FORGES, Jean-Michel, *L'hospitalisé*, Berger-Levrault, Paris, 1983, p. 326-327.

⁶⁸ Loi n° 91-748 du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière, *JORF* n° 179 du 2 août 1991, p. 10255.

⁶⁹ Ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée, *JORF* n° 98 du 25 avril 1996, p. 6320.

4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé complété par la loi du 30 décembre 2002⁷⁰ et qui permettra que soit inséré dans la première partie du Code de la santé publique un titre premier intitulé « droits des personnes malades et des usagers du système de santé ».

2. La consécration de la dimension humaine du patient hospitalisé avec la loi du 4 mars 2002⁷¹.

Pendant longtemps, en effet, la relation médicale avait été marquée par un profond déséquilibre entre le patient, étymologiquement « celui qui souffre et supporte », et le médecin qui détient seul « l'art de soigner ». Héritage du passé, la définition médicale du patient – « personne qui subit ou va subir un traitement, un examen ou une opération »⁷² repose encore exclusivement sur la passivité du sujet. Mais aujourd'hui, l'évolution et la diffusion des connaissances participent à la modification des comportements. Le patient devient alors acteur de sa santé. La loi Kouchner peut être considérée comme signant l'avènement de la démocratie sanitaire, ou la reconnaissance de l'autonomie du droit des personnes malades et des usagers du système de santé.

Cette loi « fleuve » portant diverses mesures d'ordre sanitaire et social dénommée « loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », comporte cent vingt-six articles et consacre cinq titres à la solidarité envers les personnes âgées, à la démocratie sanitaire. Ainsi, le titre II de la loi du 4 mars 2002 poursuit ainsi l'objectif d'instaurer la démocratie sanitaire.

Par ailleurs la loi du 2 mars 2002⁷³, initie une représentation renouvée et renforcée des patients. C'est à l'article L. 1112-3 du Code de la santé publique que l'on retrouve « les règles de fonctionnement des établissements de santé propres à faire assurer le respect des droits et obligations des patients hospitalisés sont définies par voie réglementaire ».

Si les principes de cette démocratie y sont affirmés (droit à l'information, accès au dossier médical, représentation des usagers dans les différentes instances du système de

⁷⁰ Loi n° 2002-1577, du 30 décembre 2002, relative à la responsabilité civile médicale, JO 31 décembre 2002.

⁷¹ *Op. cit.*

⁷² MANUILA, L.udmila, MANUILA, Alexandre., NICOLIN, Monique, *Dictionnaire médical*, Paris, 7^e éd., Masson, 1996, p. 300.

⁷³ *Op. cit.*

santé), son effectivité se construit progressivement au fil de l'adoption des textes d'application, des précisions apportées par les juges mais également des changements de mentalité des différents acteurs du système de santé. Comme l'a affirmé le professeur Guillaume-Hofnung, « la démocratie sanitaire [...] comme les droits de l'Homme et la démocratie en général, restent essentiellement des conquêtes de chaque instant »⁷⁴.

Une fois la loi publiée, il ne restait plus qu'à mettre en œuvre cette démocratie sanitaire, afin d'en permettre son application au quotidien du patient hospitalisé en établissement de santé. Comment organiser la démocratie sanitaire lorsque le patient se trouve dans la condition d'hospitalisé ? Telle est la question à laquelle se propose de répondre le chapitre II.

⁷⁴ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle, *Droits des malades, vers une démocratie sanitaire ?*, Paris, La Documentation française, 2003, p. 8.

CONCLUSION DE LA SECTION I

Les droits du patient sont le résultat d'une longue évolution historique. La difficulté de leur consécration tient peut-être à la diversité de vocabulaire que permet la richesse de la langue française pour qualifier une personne qui souffre. En effet, les termes de « patient » « malade », ont fait l'objet successivement d'utilisations diverses tout au long de leur évolution. Aujourd'hui, si la loi du 4 mars 2002 s'intitule « ... loi relative aux droits des malades... », le terme de patient n'en demeure pas moins utilisé, d'autant que le vocabulaire s'est élargi à la notion « d'usager », préférentiellement lié, à l'origine, au statut, et le plus souvent employé en référence au service public. Pourtant, aujourd'hui, on utilise indifféremment les termes de patient, ou de malade, voire même d'usager, et ce, quel que soit le lieu d'hospitalisation.

Pour autant, quelle que soit la qualification employée, tout patient hospitalisé est détenteur de droits, issus, certes, d'une diversité normative, mais applicables à toute personne hospitalisée. Il convient donc d'en rappeler le contenu. C'est ce que se propose d'aborder le prochain développement.

SECTION II

Le patient hospitalisé, sujet de droits

Depuis le début des années 1970, il n’existait que deux catégories de textes régissant les relations des malades avec les établissements de santé et avec les médecins, d’une part, le décret n° 74-27 du 14 janvier 1974⁷⁵ relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers et des hôpitaux locaux. D’autre part, le Code de déontologie médicale, dans ses versions successives, que constituent le décret du 28 juin 1979⁷⁶ et le décret du 6 septembre 1995⁷⁷ que la loi du 4 mars 2002, est venue compléter. Si tout patient a droit à être hospitalisé, conformément au droit d’accès aux soins (paragraphe 1) tout patient hospitalisé dispose, également, des droits fondamentaux, constitutionnellement garantis pour certains (paragraphe 2).

Paragraphe 1 – Le droit du patient à être hospitalisé

Aujourd’hui, les lieux de soins proposés en France aux malades sont, soit les hôpitaux publics, soit les cliniques privées. Ainsi, tout patient, dispose d’un choix entre ces deux formes d’hospitalisation, qui s’adressent aujourd’hui indifféremment à tous.

Cependant, en étudiant les bases historiques de l’hospitalisation en France, il apparaît que ce choix n’a pas toujours été offert aux malades. À la création des établissements de soins, force est de constater que la fonction « curative » de l’hôpital n’a pas été sa fonction première (A). Il faudra attendre le XIX^e siècle pour parler d’un droit à l’hospitalisation (B).

⁷⁵ *Op. cit.*

⁷⁶ Décret n° 79-506 du 28 juin 1979 portant Code de déontologie médicale.

⁷⁷ *Op. cit.*

A – Une longue évolution historique du droit à l'hospitalisation

À partir du ^{vi}e siècle les établissements de soins sont créés sous l'impulsion des ordres religieux à partir du ^{vi}e. Ils eurent d'abord vocation à recevoir les pèlerins puis les pauvres, les orphelins et les femmes isolées. L'hôpital, est avant tout un lieu où s'exerce la charité et il n'est qu'accessoirement un établissement de soins. Les maisons d'hospitalité vont se multiplier pour accueillir les malheureux qui, malades ou trop âgés, ne peuvent plus subvenir à leurs besoins, ou les malades se rendant à Saint-Jacques-de-Compostelle, lieu de pèlerinage le plus connu au Moyen Âge. Peu à peu, certaines structures se spécialisent et face à l'augmentation démographique surtout de la population malade, les institutions hospitalières se multiplient. Sur tout le territoire, des maladreries et des léproseries vont apparaître. On assiste alors à la spécialisation de l'établissement de soins ⁷⁸.

À partir du ^{xiv}e siècle, le système hospitalier connaîtra des difficultés, notamment financières, qu'aggraveront l'épidémie de peste noire et la guerre de Cent Ans. Toutefois, le processus de médicalisation s'affirme et dans les faits, on assiste progressivement à des pratiques prophylactiques et à une ébauche de diagnostic.

Ce n'est qu'au ^{xvii}e siècle que l'on assistera à la mise en place du dispositif hospitalier, qui sera celui de la France jusqu'à la fin du ^{xix}e siècle ⁷⁹. La fonction des hôpitaux est double. D'une part, enfermer les pauvres non domiciliés, et, d'autre part, construire un ordre moral. Par ailleurs, le personnel médical et chirurgical se développe et les obligations de service se précisent. La conception de l'assistance connaît une évolution qui se traduit par le passage de la notion de charité à celle de bienfaisance.

Dans les premières années de la période révolutionnaire, l'histoire hospitalière sera marquée par la supériorité de l'assistance à domicile sur l'assistance hospitalière mais aussi par la transformation du devoir de bienfaisance en obligation collective d'assistance, embryon de la notion de service public.

Mais ce n'est qu'au ^{xix}e siècle que l'on peut parler d'un droit à l'hospitalisation.

⁷⁸ Le roi pieux Louis VII (1120-1180), dans son testament, fit des legs à deux mille léproseries ; c'est dire le nombre considérable de ces établissements en général de petite capacité (quelques dizaines de lits).

⁷⁹ En 1662, un édit de Louis XIV (roi de France de 1643 à 1715) demanda la création, dans chaque ville importante du royaume, d'un hôtel-Dieu et d'un hospice pour y recevoir et y « renfermer » les pauvres, vieillards, vagabonds, enfants orphelins et « folles femmes » (les prostituées).

B – Le droit à l’hospitalisation dès le xix^e siècle, garantit l’accès aux soins pour tous

Le droit à l’hospitalisation a connu des évolutions. S’il s’est tout d’abord traduit par une volonté de garantir un accès aux soins (1), cependant, force est de constater que pour une certaine partie de la population l’accès aux soins reste limité et paradoxalement voire inaccessible, et ce, contrairement au préambule de la Constitution. Ainsi, garantir un droit à l’hospitalisation pour chacun devient une nécessité (2).

1. Garantir l’accès aux soins pour tous

Au cours de la seconde moitié du xix^e siècle, les malades admis à l’hôpital moyennant paiement d’un prix de journée seront de plus en plus nombreux (en raison des dispositions prévues dans la loi du 7 août 1851⁸⁰). En effet, l’accès aux soins va être garanti par l’apparition progressive d’« un droit à l’hospitalisation »⁸¹. La loi du 7 août 1851⁸² ouvre les portes de l’hôpital en lui interdisant d’exiger, lors de l’admission d’un malade, que soient remplies les conditions de domiciliation dans la commune et de ressources. Cette pratique est cependant contraire à l’esprit du temps qui entendait réserver l’hôpital aux indigents et n’y accepter les malades payants qu’à titre exceptionnel. La loi du 15 juillet 1893⁸³ sur l’assistance médicale gratuite, interviendra en ce sens, en prévoyant que les hôpitaux accueillent obligatoirement les malades qui ne pourront être soignés à domicile. Peu à peu, le nombre de malades accédant à l’hôpital augmente. Cette loi sera complétée par la loi relative à l’assistance obligatoire aux vieillards, infirmes et incurables privés de ressources⁸⁴.

Pourtant, si l’on se replace dans la perspective du statut de l’hospitalisé, cette période allant de la révolution à la Seconde Guerre mondiale, est ambiguë. Alors même que les hôpitaux acquièrent une certaine technicité, le malade ne semble plus avoir la place qu’il avait les siècles précédents ; la discipline est plus sévère que sous l’Ancien Régime et les conditions d’hospitalisation précaires.

⁸⁰ Loi du 7 août 1851 sur les hôpitaux et hospices, *JORF* du 20 août 1944, p. 332.

⁸¹ LEMOYNE DE FORGES, Jean-Michel, *Le statut de l’hospitalisé en France*, *Op. cit* p. 15.

⁸² *Op. cit.*

⁸³ Loi du 15 juillet 1893 sur l’assistance médicale gratuite.

⁸⁴ Loi du 14 juillet 1905, relative à l’assistance obligatoire, aux vieillards, aux infirmes et aux incurables privés de ressources.

2. Un droit à l'hospitalisation pour chacun

La distinction entre malades payants ou non disparaît définitivement avec la réforme hospitalière de 1958⁸⁵. Depuis, les hôpitaux, devenus établissements publics de santé, assurent les examens de diagnostic, la surveillance et le traitement des malades, des blessés et des femmes enceintes avec ou sans hébergement⁸⁶. Pourtant, en pratique, pour une certaine population, l'accès aux soins demeure limité, et une nécessité de réforme évidente. Tel sera l'objectif de la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999⁸⁷ qui va permettre à tout résident régulier du territoire français, l'accès à une couverture maladie universelle, qui garantit à tous une prise en charge des soins par un régime d'assurance-maladie et, aux personnes dont les revenus sont les plus faibles, le droit à une protection complémentaire et à la dispense d'avance de frais. Il en sera de même pour les détenus grâce aux lois n° 94-43 du 18 janvier 1994⁸⁸ complétée par le décret du 27 octobre 1994⁸⁹ et la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002⁹⁰, même si des lacunes persistent⁹¹, la volonté affichée des pouvoirs publics étant de permettre l'exercice d'un droit à se soigner pour tous et par extension un droit à l'hospitalisation pour chacun.

Mais si toute personne a droit à être hospitalisée, toute personne hospitalisée dispose également de droits lors de son séjour en établissement de santé.

⁸⁵ Ordonnance n° 58-1198, 11 décembre 1958, portant réforme de la législation hospitalière, *JO* 12 décembre 1958, p. 11169.

⁸⁶ Art. L. 6111-1 et L. 6111-2 du Code de la santé publique.

⁸⁷ Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle (1), *JORF* n° 172 du 28 juillet 1999, p. 11229.

⁸⁸ Loi n° 94-43 du 18 janvier 1994⁸⁸ relative à la santé publique et à la protection sociale, *JO* 19 janvier 1994, p. 960.

⁸⁹ Décret n° 94-929 du 27 octobre 1994 relatif aux soins dispensés aux détenus par les établissements de santé assurant le service public hospitalier, à la protection sociale des détenus et à la situation des personnels infirmiers des services déconcentrés de l'administration pénitentiaire, *JO*, 28 octobre 1994, p. 15350.

⁹⁰ Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002, *JO* 10 septembre 2002. – Code de la santé publique, art. L. 3214-1 à L. 3214-5.

⁹¹ IGAS, *L'organisation des soins aux détenus : Rapp. D'évaluation*, juin 2001. – E. Pechillon, « La prise en charge des détenus par l'hôpital » in *De l'hôpital à l'établissement public de santé : L'Harmattan*, coll. « Logiques juridiques », Paris, 1998, p. 337. L'accès aux soins des malades détenus présente encore de nombreuses lacunes (niveau et répartition des moyens insuffisants, coopération entre les professionnels de santé défaillante, permanence des soins non assurée, opposition des logiques pénitentiaires, policières et médicales contribuant à limiter le nombre de consultations à l'hôpital ainsi que les hospitalisations, carence de l'hygiène).

Bien que les droits applicables aux patients n'aient fait l'objet d'une réglementation que très tardivement, ils constituent aujourd'hui des droits, fondamentaux, constitutionnellement garantis, pour certains, que la loi du 4 mars 2002, est venue consacrer en donnant une dimension plus humaine au patient hospitalisé. Si ce travail n'a pas pour objectif d'étudier tous les droits du patient existant à ce jour, en revanche en faire un bref récapitulatif s'impose à ce stade du développement, afin de les envisager par la suite, dans leur application au patient lors de son hospitalisation. Pour ce faire, on abordera les droits du patient à partir des droits fondamentaux en suivant en cela M. J.-M. Clément qui associe « les droits fondamentaux aux grands principes du droit de la santé »⁹².

Paragraphe 2 – Le patient hospitalisé a des droits, des droits fondamentaux, constitutionnellement garantis pour certains

Parmi les droits ainsi reconnus au malade en tant que personne ou comme usager, certains sont supérieurs aux autres car ils bénéficient d'une protection contenue dans une norme supérieure. Ils sont dits droits fondamentaux c'est-à-dire « droits protégés par des normes constitutionnelles, européennes ou internationales »⁹³.

Pour G. Cornu⁹⁴, les droits fondamentaux sont « des droits proclamés comme tels par diverses sources juridiques (Charte des Nations unies, Déclaration universelle des droits de l'homme, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne) dont la notion varie de l'une à l'autre et en doctrine, ainsi que leur liste, jusqu'à la prolifération (près de cinquante dans la Charte européenne), ensemble hétérogène de véritables droits (droit de vote, droit d'asile) et de libertés (liberté de pensée), de véritables droits subjectifs (droit de propriété...)... de protection (de la santé...), amalgame créant une ambiguïté fondamentale en raison de la subjectivisation qui enveloppe « ces droits et libertés » dont beaucoup sont au premier chef des principes de droit objectif et de véritables institutions, de choix de société en amont des droits individuels qui en découlent (liberté, égalité, sécurité sociale, aide sociale, légalité des délits et des peines, présomption d'innocence, interdiction des peines inhumaines ou dégradantes, etc.) ».

⁹² *Op. cit.*

⁹³ FAVOREU, Louis, *Droit des libertés fondamentales*, 5^e éd., Paris, Précis Dalloz 2000, p. 101.

⁹⁴ CORNU, Gérard, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 416-417.

Selon le Lamy « droit de la santé »⁹⁵, « parmi les droits reconnus au malade, les droits fondamentaux sont donc peu nombreux ou essentiels ». Le droit à la protection de la santé, consacré par le préambule de la constitution de 1946⁹⁶ et le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, font partie de ces droits fondamentaux.

Pour autant, afin que ces droits fondamentaux puissent s'exprimer dans le contexte particulier qu'est le milieu hospitalier, il est nécessaire de pouvoir concilier les contraintes des soins et du respect des obligations dues à la personne humaine avec la protection des droits fondamentaux, le respect des obligations de santé publique, et le respect des droits et obligations déontologiques. Par ailleurs, selon la loi du 4 mars 2002, les droits attribués par la loi se déclinent en droits individuels et en droits collectifs au titre de leur participation au fonctionnement du système de santé.

On ne s'intéressera donc dans le cadre de ce travail qu'aux droits individuels, et s'agissant des droits individuels, tout comme la loi, on distinguera les droits du malade en tant que personne, sujet de droits (A) des droits des patients en tant qu'utilisateurs du système de santé (B).

A – Les droits fondamentaux inhérents à la personne humaine

La charte du malade hospitalisé rappelle que le patient est avant tout une personne humaine avant d'être un malade placé dans une situation particulière par sa pathologie, fragilisé et vulnérable, et qu'elle doit, plus qu'une autre, bénéficier d'une protection de ses droits et plus particulièrement assurer sa condition même de personne humaine. De par cette qualité le patient se voit reconnaître des droits inhérents à toute personne humaine.

Ces droits reposent sur des principes fondateurs, tel que le droit au libre choix (1) et le droit au secret médical (2).

⁹⁵ LAUDE, Anne (dir), *Lamy, Droit de la santé*, éd. Octobre 2002, Paris, Lamy, p. 283.

⁹⁶ Dont l'égalité de traitement face à la maladie et la qualité de soins constituent les deux corollaires.

1. Le principe de liberté, un principe incontournable, constitutionnellement garanti

« La liberté ne peut exister sans contrepartie, il est nécessaire d'aliéner une part de notre liberté pour préserver celle des autres et inversement. La liberté du patient est essentielle à la qualité des soins... »⁹⁷.

Bien que le principe du libre choix constitue un présupposé incontournable dans la construction de la loi du 4 mars 2002, il existe également plusieurs textes, distincts de cette loi, ainsi qu'une jurisprudence conséquente contenant ce principe. En effet, le principe du libre choix est un principe puisant ses origines aussi bien dans la loi que dans la jurisprudence. Faisant référence à la liberté individuelle il s'exprime, en médecine, aussi bien sous la forme de libre choix du médecin que du libre choix de l'établissement de santé par le patient.

1.1 Un principe d'origine légale et jurisprudentielle

Quelle que soit la forme du libre choix, le principe de liberté puise son origine aussi bien dans la loi que dans la jurisprudence.

a) Un principe d'origine légale

Ainsi, dès le 30 novembre 1927, un congrès réunissant les syndicats médicaux français adopte une « charte médicale », au sein de laquelle on retrouve le libre choix du médecin.

Dès 1970, la loi du 31 décembre 1970⁹⁸, tout comme la loi du 3 juillet 1971⁹⁹ évoquent le libre choix en milieu hospitalier. La réforme hospitalière du 31 juillet 1991¹⁰⁰, ainsi que l'ordonnance « hospitalière » du 24 avril 1996¹⁰¹, quant à elles, ont inscrit dans le droit de la santé l'obligation des établissements de santé, puis de la Haute autorité de santé

⁹⁷ *Op. cit.*

⁹⁸ Loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière, *JORF* du 3 janvier 1971, p. 00074.

⁹⁹ Loi n° 71-525 du 3 juillet 1971 relative aux rapports entre les caisses d'assurance-maladie et les praticiens et auxiliaires médicaux.

¹⁰⁰ *Op. cit.*

¹⁰¹ *Op. cit.*

de produire une information « objective » sur la qualité des prestations hospitalières. C'est en ce sens que l'évaluation (loi de 1991) et surtout l'accréditation devenue « certification » ont, entre autres finalités, celle d'établir et de diffuser des éléments de connaissance sur la nature et la qualité des soins et, *in fine*, de donner une lisibilité au choix des malades et permettre à ces derniers d'exercer leur libre choix.

Enfin, la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002¹⁰² relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé¹⁰³, réaffirme ce principe, dans ses premiers articles évoquant le principe du libre choix et les conditions de son exercice, mais enchâssés dans un ensemble de dispositions et de précautions. C'est ainsi que l'article L. 1110-8 du Code de la santé publique, issu de la loi du 4 mars 2002, énonce que « le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé est un principe fondamental de la législation sanitaire ».

Ce principe de libre choix se retrouve également au sein du décret n° 2004-139 du 30 décembre 2004¹⁰⁴, qui a su tirer les conséquences des dispositions nouvelles sur la tarification à l'activité des établissements de santé. En effet, il a abrogé les dispositions de l'ancien article R. 162-21 du Code de la sécurité sociale qui venaient pénaliser le choix du patient de se faire soigner pour convenances personnelles dans un établissement dont les tarifs étaient plus élevés que celui le plus proche de son domicile

Enfin, la convention médicale nationale, signée le 12 janvier 2005 et approuvée par arrêté du 3 février 2005¹⁰⁵, rappelle, que la liberté de choix du patient doit être préservée..

Cependant, cette notion de libre choix n'est pas une innovation de la loi du 4 mars 2002, cette dernière ne faisant que réaffirmer avec force ce principe, énoncé déjà par plusieurs textes, aussi bien nationaux qu'internationaux.

Sur le plan international, la déclaration de Lisbonne de l'Association Médicale Mondiale¹⁰⁶ de 1981, précise que « le patient a le droit de choisir et de changer librement de médecin,

¹⁰² *Op. cit.*

¹⁰³ *Op. cit.*

¹⁰⁴ Décret n° 2004-1539 du 30 décembre 2004 relatif aux objectifs de dépenses des établissements de santé ainsi qu'à la fixation de leurs ressources financées par l'assurance-maladie et modifiant le Code de la sécurité sociale.

¹⁰⁵ Arrêté du 3 février 2005 portant approbation à la convention nationale des médecins généralistes et des médecins spécialistes, *JORF* n° 35 du 11 février 2005, p. 2275.

¹⁰⁶ Déclaration de Lisbonne de l'Association Médicale Mondiale sur les droits du patient, adoptée par la 34^e assemblée de l'Association médicale mondiale à Lisbonne, septembre-octobre 1981.

d'hôpital ou d'établissement de soins de santé, [...]. Le patient a le droit de demander à tout moment l'avis d'un autre médecin ».

La liberté de choix sera réaffirmée lors de la déclaration sur l'accès aux soins de santé de l'Association Médicale Mondiale de 1988, qui comporte un paragraphe consacré à la liberté de choix, ainsi que dans la Déclaration sur les droits du patient de 1995 qui affirme le droit à la liberté de choix¹⁰⁷, la Déclaration sur la promotion des droits des patients en Europe, établie par l'OMS en 1994¹⁰⁸. On la retrouvera également dans les principes d'éthique médicale européenne adoptés en 1995 par la Conférence internationale des Ordres et des organismes d'attribution similaires, du 6 janvier 1987¹⁰⁹. Enfin, le droit communautaire élargit progressivement le principe de la liberté pour les ressortissants de l'Union de se faire soigner dans le pays de leur choix en se faisant rembourser les frais par leur caisse d'assurance-maladie¹¹⁰.

Toutefois, la nouveauté apportée par la loi « Kouchner », est de lier principe de libre choix au concept de « démocratie sanitaire ».

Par ailleurs, le principe de libre choix trouve également son origine dans la jurisprudence.

b) Un principe d'origine jurisprudentielle

Aussi bien la jurisprudence civile que la jurisprudence administrative ont affirmé ou réaffirmé ce principe du libre choix.

Concernant la jurisprudence civile, le juge civil reconnaît le libre choix du patient par un arrêt du 16 mai 1963¹¹¹. En l'espèce, trois personnes se rendent chez un médecin. Ce dernier, afin de préciser son diagnostic, prescrit un examen radiologique. À cette fin, il confie aux patients une lettre à remettre à son confrère, radiologue libéral exerçant en cabinet de ville. Le docteur L. a reconnu avoir agi ainsi pour se procurer des preuves contre le docteur C.

¹⁰⁷ Le patient a le droit de choisir et de changer librement de médecin, d'hôpital ou d'établissement de soins de santé, sans se préoccuper de savoir s'ils appartiennent au secteur public ou privé, le patient a le droit de demander à tout moment l'avis d'un autre médecin.

¹⁰⁸ Déclaration sur la promotion des droits des patients en Europe, Charte d'Amsterdam, 1994.

¹⁰⁹ L'art. 36 est consacré au principe du libre choix, et il dispose que le libre choix du médecin par le malade est un principe fondamental de la relation médecin-patient. Le médecin doit respecter et faire respecter cette liberté de choix. Le médecin, quant à lui, peut refuser de donner ses soins sauf lorsqu'il s'agit d'un patient en danger, *JORF* n° 1 du 1^{er} janvier 2005, p. 54.

¹¹⁰ CJCE 16 mai 2006, aff. C-372/04 et CJCE 19 avril 2007, aff. C-444/05, *RDSS*, 2007. 633, note J.-P. LHERNOULD.

¹¹¹ Cass., chambres réunies, 16 mai 1963, *Bull.*, 1963, 3, n° 4 ; *Dalloz*, 1963, 437, note J. LARGUIER.

à qui il reprochait d'envoyer à un autre médecin les malades qui auraient dû lui être adressés à lui-même en sa qualité de radiologue de l'hôpital. La Cour de cassation, en chambres réunies, déclare que, en vertu du principe de libre choix du praticien par le patient, celui-ci n'était pas tenu de consulter le médecin recommandé, ni de lui remettre la lettre lui étant adressée, puisqu'il pouvait « la conserver, la détruire ou la remettre à un praticien de son choix ». Cette décision fait du principe de libre choix un principe d'ordre public. L'ordre public conduit à frapper de nullité absolue les conventions altérant le libre choix du malade, tendant à limiter sa liberté. Il en était ainsi, des contrats portant cession de cabinet médical, pour lesquels la « vente » de la clientèle a été pendant longtemps proscrite¹¹², même si de nos jours cela n'est plus le cas¹¹³. L'on peut également citer la clause d'exclusivité qui ne doit pas être excessive « sous peine de devenir illicite, eu égard au caractère d'ordre public de ce principe [...] »¹¹⁴. Ces deux dernières problématiques seront abordées lors du titre II de ce travail¹¹⁵

Le Conseil d'État a qualifié ce droit de principe général du droit¹¹⁶, et la jurisprudence a toujours fait application de ce principe avec rigueur, affirmant son caractère d'ordre public¹¹⁷. En permettre l'exercice par le patient est une obligation professionnelle et déontologique, affirmée par les différents textes en la matière.

Ainsi, la jurisprudence civile comme la jurisprudence administrative, ont reconnu, et ce, bien avant la loi du 4 mars 2002, le principe du libre choix comme un principe fondamental, soit en laissant le libre choix au patient de suivre ou non les conseils de son médecin quant au praticien à consulter, soit en lui laissant le choix de l'établissement de santé.

¹¹² Trib. civ., Foix, 31 mars 1948, JCP, 1949, 4419, obs. J. Carbonnier.

¹¹³ La cession de clientèle et ses conséquences sur le libre choix seront abordées dans le titre II, chapitre I, paragraphe I, A, 3°.

¹¹⁴ LUCAS-BALLOUP, Isabelle, VORMS, BERTRAND, *Médecins-cliniques, le contrat d'exercice*, Paris, SCROF, 2001, p. 21.

¹¹⁵ Titre II, Chapitre I, Section I

¹¹⁶ CE 18 février 1998, Section locale du Pacifique Sud de l'ordre des médecins, req. n° 171851.

¹¹⁷ Cass. 1^{re} civ., 31 décembre 1989, n° 88-15.352.

1.2 Un double choix pour le patient

Comme cela vient d'être évoqué à maintes reprises déjà, les patients ont d'une manière générale, en vertu d'un principe fondamental de la législation sanitaire, le libre choix de leur praticien, mais également de leur établissement de santé¹¹⁸.

a) Le libre choix du médecin

Ce principe essentiel à la relation de confiance autorise le patient à s'adresser au médecin de son choix. Cette liberté de choix, « pivot réel d'un système de santé libéral », très tôt affirmée et énoncée dans le Code de déontologie médicale qui dispose que le « médecin doit respecter le droit que possède toute personne de choisir librement son médecin. Il doit lui faciliter l'exercice de ce droit »¹¹⁹. Les différentes conventions médicales conclues entre les médecins et les caisses de sécurité sociale ont toujours affirmé ce principe essentiel. Pour que le patient dispose d'un choix non seulement libre mais aussi éclairé, depuis 1980 les conventions médicales précisent que les caisses s'engagent à donner aux assurés sociaux toutes les informations utiles sur la situation des praticiens de leur circonscription au regard de la convention.

Au demeurant, ce principe du libre choix du médecin par le malade fait l'objet d'une attention particulière du juge comme en témoigne un arrêt de la Cour de cassation du 7 novembre 2000 qui, opérant un revirement de jurisprudence important en matière de cession de clientèle médicale, a jugé que la cession de clientèle libérale n'est pas illicite, à condition que la liberté de choix du patient soit sauvegardée¹²⁰.

Ce principe du libre choix est aujourd'hui affirmé par le Code de la santé publique comme un droit essentiel du patient mais aussi plus largement de la législation sanitaire. Ainsi, l'article L. 1110-8 du Code de la santé publique dispose que « le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé est un principe fondamental de

¹¹⁸ Art L. 1110-8 du Code de la santé publique.

¹¹⁹ Art. 6 du Code de déontologie médicale.

¹²⁰ Cass. 1^{re} civ., 7 novembre 2000, JCP 2001, éd. G, II, 10452, note F. VIALLA ; RTD civ. 2001, 167, obs. TH. REVET ; RTD civ. 2001, 130, obs. J. Mestre, B. Fages ; Cass. com., 24 septembre 2003, n° 00-10.355 : « La cession d'une clientèle libérale n'est pas en principe illicite ».

la législation sanitaire. Par conséquent, l'obligation des établissements concernant le libre choix est le prolongement en institution d'une obligation déontologique des praticiens¹²¹.

b) Le libre choix de l'établissement de santé : Toute personne est libre de choisir l'établissement de santé qui la prendra en charge

Tous les établissements de santé doivent contribuer à garantir l'égal accès de chaque personne aux soins requis par son état de santé, tout en respectant le libre choix par le patient de l'établissement de soins. Cela se traduit par un droit à l'admission et aux soins et une obligation de non-discrimination de la part des établissements de santé.

Par conséquent, au même titre que la liberté de choix du médecin, le libre choix de l'établissement de santé par le patient demeure fondamental dans le parcours de soins. En effet, s'il existe une relation de confiance *intuitu personae* entre le praticien et son patient, on peut penser qu'il existe une relation de confiance *intuitue firmae*¹²² entre le patient et l'établissement qui l'accueille. Ainsi, si le choix du patient doit se porter sur une structure plus que sur une personne, les deux pouvant être liés, parfois, il ne paraît pas si aisé de reléguer le choix de l'établissement après celui du praticien.

Toutefois, des limitations peuvent être apportées à ce principe par les différents régimes de protection sociale en considération des capacités techniques des établissements, de leur mode de tarification, des critères de l'autorisation à dispenser des soins remboursables aux assurés sociaux¹²³. Cette problématique sera abordée ultérieurement.

Au même titre que le libre choix, le secret médical constitue un droit du patient fondamental, propre à la protection de la vie privée de la personne.

¹²¹ Art. R. 4127-6 et R. 4127-56 du Code de la santé publique. Il s'agit là d'un élément de « bonne confraternité » promue par le Code de déontologie médicale.

¹²² MÉMETEAU, Gérard, *Cours de droit médical*, Op. cit, p. 303.

¹²³ Art. L. 1110-8 du Code de la santé publique.

2. Le droit au respect de la vie privée : Le secret médical dans le sens d'un renforcement de la protection des droits des malades

Le nouvel article L. 1110-4 du Code de la santé publique pose le principe selon lequel « toute personne prise en charge par un professionnel, un établissement, un réseau de santé ou tout autre organisme participant à la prévention et aux soins a droit au respect de sa vie privée et au secret des informations la concernant ». Ce secret couvre l'ensemble des informations portées à la connaissance du professionnel de santé ; il s'impose à tous les professionnels de santé et aux professionnels intervenant dans le système de santé et ce quel que soit l'établissement de santé. Or en France, la vie privée n'est pas un droit constitutionnellement protégé. Il n'est pas contenu en tant que tel dans la constitution. Mais le Conseil constitutionnel le rattache traditionnellement à la liberté individuelle de l'article 66 de la constitution, ou plus récemment, à l'article 2 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789¹²⁴.

Parce-que l'échange d'informations est possible entre professionnels afin d'assurer la continuité de la prise en charge ou pour déterminer la meilleure prise en charge possible, le patient peut exercer son libre choix. Les informations sont réputées confiées par le malade à toute l'équipe de soins. Toutefois, le partage d'information doit être limité à ce qui est strictement nécessaire. Un professionnel de santé n'a pas accès à toute l'information du patient mais seulement à celle nécessaire à la fonction qu'il remplit. Ainsi, un agent administratif, quel que soit son grade, n'a pas accès au dossier médical, ni à son contenu. La jurisprudence du Conseil d'État est constante dans ce domaine¹²⁵.

À côté des droits fondamentaux inhérents à la personne humaine, que constituent le libre choix et le droit au respect de la vie privée, se superposent les droits fondamentaux inhérents à la personne malade.

¹²⁴ Cons. const., Décision n° 99-416, DC, 23 juillet 1999, *JO* 28 juillet, p. 11250 ; relative à la couverture maladie universelle.

¹²⁵ CE du 11 juillet 1988.

B – Les droits fondamentaux inhérents à la personne malade

Selon l'avis du Conseil économique et social, « La maladie instaure une situation de vulnérabilité et de dépendance justifiant une plus grande vigilance sur la protection des droits de chaque citoyen »¹²⁶. Le Conseil économique et social au cours de la séance des 12 et 13 septembre 1995¹²⁷, reconnaît deux droits fondamentaux propres à la personne malade, dont le droit à la protection de la santé, consacré par le préambule de la constitution de 1946, et le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine.

Le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine est devenu, depuis les lois de 1994 relatives à l'éthique biomédicale¹²⁸, un principe incontournable de protection du corps humain. Il se décline selon plusieurs modalités puisqu'il permet à la fois de garantir le respect du malade comme personne humaine, mais sert aussi de fondement constitutionnel au respect du corps humain (1). Par ailleurs, le droit à la protection de la santé s'accompagne d'un droit à l'égal accès et d'une égalité de traitement face à la maladie. Ces deux aspects ont été regroupés, dans le cadre de ce travail, sous le vocable de principe d'égalité-équité (2). Par ailleurs, le patient doit bénéficier de soins de qualité quelles que soient les circonstances (3). Enfin, il dispose d'un droit à l'information (4) afin d'exercer son droit au consentement dans les meilleures conditions (5).

1. Le droit au respect de la dignité

Le Conseil constitutionnel déclare la dignité de la personne humaine comme un principe constitutionnel¹²⁹. Quant à l'article 16 du Code civil issu de la loi n° 94-653, du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain, il dispose que « la loi assure la primauté

¹²⁶ Avis rendu par le Conseil économique et social lors des séances des 12 et 13 septembre 1995, relatif aux droits de la personne malade, *Joces* 1996, n° 16, p. 9.

¹²⁷ *Supra*.

¹²⁸ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, *JORF* n° 175 du 30 juillet 1994, p. 11056 ; loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *JORF* n° 175 du 30 juillet 1994, p. 11060.

¹²⁹ Cons. const., Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *JO* du 29 juillet 1994, p. 11024 (saisine du Conseil constitutionnel dans les conditions prévues à l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, de la conformité à celle-ci de la loi relative au respect du corps humain et de la loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal).

de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie ».

Depuis la loi du 4 mars 2002¹³⁰, le respect de la dignité figure à l'article L. 1110-2 du Code de la santé publique « la personne malade a droit au respect de sa dignité », et la loi lui donne un contenu précis. Ainsi, le respect de la vie privée, devient plus large que le secret professionnel. Il concerne toutes les informations médicales et s'impose aux médecins et aux personnels d'établissements. Il concerne aussi la confidentialité des courriers, les droits de visite...¹³¹. C'est le droit au respect de l'intégrité morale du patient qui se traduit par le respect de sa vie privée (droit au respect de l'intimité, le droit à l'image du patient, le droit au secret de la correspondance, le droit à la liberté de conscience, le droit à la confidentialité, le droit au respect du secret médical...). La dignité relative aux conditions d'accueil et de séjour a pour conséquence de permettre un environnement humanitaire et social, des horaires acceptables, le respect de l'intimité¹³². Enfin, la dignité dans l'exercice des soins, surtout en fin de vie (soins palliatifs, traitement de la douleur désormais reconnus comme des droits¹³³) traduit le droit au respect de l'intégrité physique du patient. Selon l'article L. 1110-5, alinéa 3 du Code de la santé publique, « les professionnels de santé mettent en œuvre tous les moyens à leur disposition pour assurer à chacun une vie digne jusqu'à la mort ».

Par ailleurs, le droit à la protection de la santé s'accompagne d'un droit à l'égal accès aux soins avec son corollaire le respect du principe de non-discrimination.

2. Le principe d'égalité-équité

L'article L. 1110-1 issu de la loi de 2002 mentionne également un « égal accès aux soins ». Cet égal accès aux soins a deux significations. D'une part, l'organisation d'un système de soins ouverts à tous, mais aussi d'un système dont le financement est fondé sur la solidarité soit par une prise en charge des prestations sanitaires (mutualisation dans l'assurance-maladie...), soit par la solvabilisation des patients, avec la garantie d'un remboursement minimal, l'un n'excluant pas l'autre. D'autre part, l'égal accès aux soins signifie l'absence de toute discrimination dans la prestation de services de soins.

¹³⁰ *Op. cit.*

¹³¹ Art. L. 1110-4 du Code de la santé publique.

¹³² Ce texte rejoint l'article 9 du Code civil.

¹³³ Art. L. 1110-9 du Code de la santé publique.

2.1 Le droit à l'égal accès aux soins

L'alinéa 11 du Préambule de la constitution de 1946 proclame que « la nation garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ». Sur ce fondement, le Conseil constitutionnel a consacré la valeur constitutionnelle du droit à la santé¹³⁴. Le premier droit de la personne malade est d'être en mesure d'accéder aux soins que son état nécessite. Cela implique notamment qu'un médecin soit suffisamment proche et disponible au moment où l'on en a besoin. L'autre dimension de l'accès aux soins est financière, chacun doit pouvoir être soigné quels que soient ses revenus. Cette égalité d'accès aux soins repose sur un principe de solidarité¹³⁵. À cet égard la France a fait le choix d'une large socialisation du risque « maladie », c'est-à-dire de sa prise en charge par la collectivité.

Pour autant, certaines inégalités persistent, amenant le législateur à intervenir à différentes reprises pour réduire les inégalités sociales en matière d'accès aux soins. La mesure la plus significative est la loi du 27 juillet 1999¹³⁶ instituant la couverture maladie universelle. L'article 1^{er} de cette loi dispose qu'« il est créé, pour les résidents de la France métropolitaine et les départements d'outre-mer, une couverture maladie universelle qui garantit à tous une prise en charge des soins par un régime d'assurance-maladie et aux personnes dont les revenus sont les plus faibles le droit à une protection complémentaire et à la dispense d'avance de frais ». En ajoutant ainsi, aux critères classiques d'affiliation, un critère de résidence, le législateur a introduit un nouvel article L. 380-1 dans le Code de la sécurité sociale au terme duquel « toute personne résidant en France métropolitaine ou dans un département d'outre-mer de façon stable et régulière relève du régime général lorsqu'elle n'a le droit à aucun autre titre aux prestations en nature d'un régime d'assurance-maladie et maternité ». La loi du 9 août 2004¹³⁷ a réaffirmé ce droit à l'égal accès aux soins en introduisant dans le Code de la santé publique des dispositions au terme desquelles « la politique de santé publique concerne [...] la réduction des inégalités de santé

¹³⁴ Cons., const., Décision 74-54 DC du 15 janvier 1975, relative à l'interruption de grossesse.

¹³⁵ Ordonnance n° 45-2250 du 4 octobre 1945 portant organisation de la sécurité sociale, *JORF* du 6 octobre 1945, p. 6280.

¹³⁶ Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle (1), *JORF* n° 172 du 28 juillet 1999, p. 11229.

¹³⁷ *Op. cit.*

par la promotion de la santé, par le développement de l'accès aux soins et aux diagnostics sur l'ensemble du territoire »¹³⁸.

2.2 Le respect du principe de non-discrimination

Comme le droit au respect de sa vie privée à propos des informations relatives à la santé, il s'agit d'un des principes essentiels posés par la Convention pour la protection des droits de l'homme et la biomédecine de 1996¹³⁹ qui dispose que « toute forme de discrimination à l'encontre d'une personne en raison de son patrimoine génétique est interdite ». Le principe de non-discrimination est le prolongement du principe d'égalité, posé par la loi du 4 mars 2002.

Il fait référence au respect de l'égalité dans l'accès à la prévention et aux soins, orientation qui se rattache à l'existence d'un droit constitutionnel à la santé, mais également à la non-discrimination en raison des caractéristiques génétiques (le Code civil est complété par l'article 16.3), orientation rendue nécessaire par l'évolution des techniques et qui ne trouve actuellement de fondement textuel qu'au plan européen.

Par ailleurs, l'article 7 du Code de déontologie médicale¹⁴⁰ précise que « le médecin doit écouter, examiner, conseiller ou soigner avec la même conscience toutes les personnes quels que soient leur origine, leurs mœurs et leur situation de famille, leur appartenance ou leur non-appartenance à une ethnie, une nation ou une religion déterminée, leur handicap ou leur état de santé, leur réputation ou les sentiments qu'il peut éprouver à leur égard. Il doit leur apporter son concours en toutes circonstances. Il ne doit jamais se départir d'une attitude correcte et attentive envers la personne examinée ».

Cet article reprend l'article 5 du code de 1979 en le développant et en le précisant. La discrimination dans une prestation de services est un délit pénal sanctionné par les articles 225-1 et suivants du Code pénal lorsque cette discrimination est fondée sur la race, le sexe, l'âge, le handicap, l'état de santé...

La loi du 4 mars 2002 ne fait donc que reprendre ces dispositions codifiées à l'article L. 1110-3 du Code de la santé publique, « Aucune personne ne peut faire l'objet de

¹³⁸ Nouvel article L. 1411-1 du Code de la santé publique.

¹³⁹ La Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine a été signée le 4 avril 1997 à Oviedo et est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1999. Elle lie dix-neuf États et est ouverte à la ratification des pays non membres du Conseil de l'Europe, même si aucun ne l'a encore signée. La France l'a signée le 4 avril 1997.

¹⁴⁰ Article R. 4127-7 du Code de la santé publique.

discrimination dans l'accès à la prévention ou aux soins ». Ni le médecin, ni l'établissement de santé ne peuvent opérer de discrimination à l'égard des patients, qu'il s'agisse du secteur public ou du secteur privé. En effet, celui-ci doit respecter le principe d'égalité qui est celui du service public. Cela est en corrélation avec le libre choix du malade¹⁴¹. Le législateur a ainsi affirmé l'application aux domaines de la santé du principe de non-discrimination sanctionné antérieurement dans le Code pénal et s'inscrivant dans une conception traditionnelle du principe d'égalité qui interdit les discriminations non justifiées par une différence de situation et qui appréhende l'individu en faisant abstraction des discriminations résultant des origines, du sexe, de la situation de famille, de l'état de santé, du handicap, des mœurs ou encore de la race ou de la religion.

L'équité veut que le médecin traite de la même façon, quelle que soit la condition du patient. Jadis le médecin proportionnait ses honoraires aux possibilités financières des malades et de leurs familles, ce qui lui permettait d'en soigner certains gratuitement. De nos jours, l'assurance-maladie a estompé ces inégalités ; le médecin ne peut réduire le prix d'un acte, fixé par convention avec un organisme social, mais il reste libre de ne pas se faire honorer¹⁴². Le médecin sera particulièrement attentif pour des patients privés de moyens financiers ou de liberté¹⁴³. Il en ira de même pour des malades médecins ou de familles de médecins : il est recommandé d'être vigilant pour leur éviter aussi bien des faveurs illégitimes¹⁴⁴ ou qui se montreraient secondairement préjudiciables, que des mesures de sécurité renforcées excessives.

Le médecin n'a pas à tenir compte de la nationalité du patient même si elle modifie l'identité d'un tiers payeur. La pratique de la médecine n'admet ni frontière, ni racisme, même en cas de conflit. De même, le praticien ne doit pas se laisser influencer par la situation de famille ou les mœurs, qu'il devine ou qui sont déclarées, qu'il y adhère ou les réprouve. La libéralisation des mœurs rend certaines particularités plus apparentes et peut exposer à une discrimination dont le médecin doit se garder. Sa tolérance est même nécessaire pour permettre au patient de donner des informations intimes utiles à sa prise en charge. Cette condition est particulièrement utile pour la prise en charge des délinquants sexuels.

¹⁴¹ Art. L. 1110-8 du Code de la santé publique.

¹⁴² Article 67 du Code de déontologie médicale.

¹⁴³ Article 10 du Code de déontologie médicale.

¹⁴⁴ Article 50 du Code de déontologie médicale.

Enfin, la religion comme toute conviction du patient ne doit pas influencer l'attitude du médecin. Certaines convictions peuvent interférer avec les soins (par exemple : témoin de Jéhovah) et cela pourra les influencer, mais sans orienter ni biaiser *a priori* le jugement ou le comportement du médecin.

Aucune discrimination n'est non plus acceptable selon l'état de santé ou un handicap. Un malade contagieux, un dément, doit être aussi bien traité qu'un autre patient. Le médecin doit s'efforcer par sa considération et son estime de rétablir une égalité entre les patients, surtout quand elle ne va pas de soi, même si certains handicaps peuvent intervenir objectivement dans une décision médicale.

En conclusion, la pratique médicale doit être égale en toutes circonstances, quel que soit le patient et quel que soit son établissement d'hospitalisation.

3. Le droit à des soins de qualité

Pour le patient avoir le droit à des soins de qualité implique à la fois de recevoir des soins appropriés et de bénéficier de la continuité des soins.

3.1 Le droit à des soins appropriés

En ce qui concerne le droit aux soins en établissement de santé, il est assorti depuis l'ordonnance hospitalière du 24 avril 1996¹⁴⁵ d'un droit implicite du patient à bénéficier de soins de qualité. La loi du 4 mars 2002 est allée encore plus loin dans l'expression de ce droit, en établissant le droit pour toute personne, compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions requises, « de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées ». La loi pose par ailleurs un principe de proportionnalité entre le bénéfice et le risque thérapeutiques, en précisant que les actes de prévention, d'investigation et de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, faire courir au patient de « risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté¹⁴⁶ ».

¹⁴⁵ *Op. cit.*

¹⁴⁶ Art 3 de la loi du 4 mars 2002, codifié à l'art. L. 1112-2 du Code de la santé publique.

3.2 Le droit à la continuité des soins

La continuité des soins se caractérise non seulement par une collaboration entre les praticiens et les professionnels de santé mais aussi par la communication, la coordination, et la cohérence de l'ensemble des actions entreprises. Elle vise à éviter toute rupture dans le suivi du malade. Cette volonté du législateur de garantir la coordination des soins s'exprime également au travers des nouvelles dispositions introduites à l'article L. 1111-14 du Code de la santé publique qui imposent à l'établissement de santé de recueillir auprès du patient hospitalisé les coordonnées des professionnels de santé auprès desquels il souhaite que soient recueillies les informations nécessaires à la prise en charge durant son séjour et que soient transmises celles utiles à la continuité des soins après sa sortie¹⁴⁷.

La continuité des soins est un critère essentiel visant à renforcer la qualité des soins qui s'exprime également au travers de la notion de permanence des soins¹⁴⁸, qui au regard de l'article L. 6314-1 du Code de la santé publique est une mission de service public assurée en collaboration par les établissements de santé et les médecins¹⁴⁹. De surcroît, dans le cadre de la médecine ambulatoire, le Code de la santé publique prévoit désormais que la continuité des soins aux malades est assurée quelles que soient les circonstances. Ainsi, lorsque le médecin se dégage de sa mission de soins pour des raisons professionnelles ou personnelles, il doit indiquer à ses patients le confrère auquel ils pourront s'adresser en son absence¹⁵⁰. Ce droit à la continuité des soins sera envisagé ultérieurement dans ce travail, en le confrontant à la spécificité privée de l'établissement de santé dans le cadre de la permanence des soins et de l'urgence.

4. L'établissement doit assurer une information accessible et loyale au patient

Ce droit à l'information recouvre à la fois l'information des patients sur leurs droits et l'information financière du patient. Lors de leur admission, les malades sont tenus de recevoir de l'établissement de santé qui les reçoit un livret d'accueil. La charte de la personne hospitalisée, rédigée conformément à un modèle type arrêté par le ministre de

¹⁴⁷ Introduit par l'article 37 de la loi HPST.

¹⁴⁸ Précisé par le décret du 7 avril 2005 relatif aux modalités d'organisation de la permanence des soins.

¹⁴⁹ Art. L. 6314-1 issu de l'article 49 de la loi HPST.

¹⁵⁰ Art. L. 6315-1 introduit par l'article 49 de la loi HPST.

la Santé, est annexée à ce livret. Depuis l'ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996¹⁵¹, ces dispositions sont applicables à l'ensemble des établissements de santé.

La loi du 4 mars 2002 a introduit dans le droit de la santé des dispositions inspirées par le droit de la consommation¹⁵² qui visent à donner au patient les moyens de se déterminer librement sur le choix d'une thérapeutique ou d'une prise en charge hospitalière en fonction des conséquences financières de sa décision. Elle a ainsi donné un fondement général à des dispositions réglementaires souvent peu appliquées¹⁵³ rendant obligatoire l'affichage des tarifs en médecine libérale (et donc en établissement de santé privé lucratif) et a étendu en ce domaine l'obligation d'information à l'ensemble des établissements de santé. Il est désormais prévu que « toute personne a droit à sa demande, à une information, délivrée par les établissements de santé et des services de santé sur les frais auxquels elle pourrait être exposée à l'occasion d'activités de prévention, de diagnostic et de soins et les conditions de leur prise en charge » et que « les professionnels de santé d'exercice libéral doivent, avant l'exécution d'un acte, informer le patient de son coût et des conditions de son remboursement par les régimes obligatoires d'assurance-maladie »¹⁵⁴.

Il convient donc de distinguer l'obligation d'information propre aux établissements de santé de celle qui s'impose aux professionnels dans le cadre de leur exercice libéral. Dans le premier cas, l'information est due à la demande du patient ou de sa famille. Dans le second cas, l'information doit être préalable aux soins. Dans les deux cas, l'information ne porte pas seulement sur le coût des soins, des dispositifs médicaux, etc., mais également, ce qui sera déterminant en pratique, sur le montant pris en charge par l'assurance-maladie et les mutuelles (et donc selon le cas, sur le ticket modérateur, le forfait journalier, les dépassements d'honoraires, etc.).

Ce droit à l'information délivrée aussi bien par l'établissement de santé que par le praticien, permet au patient de consentir à se faire soigner.

¹⁵¹ Art L. 1112-2 du Code de la santé publique.

¹⁵² Art L. 113-3 Code de la consommation ; CE, 27 avril 1998, Cornette de Saint-Cyr, rec. p. 178.

¹⁵³ Arr. min. fin. et com. ext. du 11 juin 1996.

¹⁵⁴ Art L. 1111-3 du Code de la santé publique.

5. Un acte médical ne peut être pratiqué qu'avec le consentement libre et éclairé du patient

L'intangibilité de l'intégrité corporelle de chaque personne et l'indisponibilité du corps humain sont des principes fondamentaux auxquels il ne peut être dérogé que par nécessité médicale pour la personne et avec son consentement préalable. Pour cette raison, notamment, aucun acte ne peut être pratiqué sans le consentement de l'intéressé. Lorsque la personne n'est pas en état d'exprimer sa volonté, sauf urgence ou impossibilité, le médecin ne pourra réaliser aucune investigation ni traitement sans avoir consulté au préalable la personne de confiance, la famille ou, à défaut, un de ses proches¹⁵⁵. Le consentement doit être libre et éclairé, c'est-à-dire que le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins dispensés, mais il ne peut passer outre son refus. Aucun acte médical, ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne, et ce consentement peut être retiré à tout moment.

Il est à noter que le consentement est juste abordé, en ce qu'il concerne un droit du patient fondamental. Il sera analysé plus en détail lorsque sera envisagé le contrat médical liant le patient au médecin.

¹⁵⁵ Lors de toute hospitalisation, il est proposé au malade de désigner par écrit une « personne de confiance », valable pour la durée de l'hospitalisation (sauf choix contraire) (par exemple : un parent, un proche, le médecin traitant...). La « personne de confiance » sera consultée au cas où le patient ne peut exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire. La désignation est révocable à tout moment.

La « personne de confiance » peut accompagner le malade dans ses démarches et assister aux entretiens médicaux pour l'aider dans ses décisions si le malade en exprime le souhait.

CONCLUSION DE LA SECTION II

Au terme de cette présentation des droits du patient, l'on ne peut que constater que les droits applicables à tout individu malade, patient, usager du système de santé sont les mêmes quelle que soit la situation de l'individu puisqu'ils sont qualifiés de droits fondamentaux, constitutionnellement garantis pour certains. De la même façon, les obligations du service public hospitalier¹⁵⁶ créé par les lois hospitalières du 31 décembre

¹⁵⁶ De manière classique, le service public se définit par la gestion de service public. Tous les services publics sont soumis à un certain nombre de règles communes : les principes fondamentaux du service public ou les lois de Roland.

La continuité du service public. Le Conseil d'État l'a qualifié expressément de principe fondamental dans la décision Conseil d'État, 13 juin 1980, Dame Boujeau où en l'espèce le service public par définition répond à un besoin d'intérêt général, toute interruption risque de créer des troubles dans la vie de la collectivité. En matière contractuelle, le contrat administratif impose au cocontractant des délais stricts d'exécution, car, s'il y a retard, il y a un risque de paralysie du service public. On en trouve des applications dans le droit de fonction public : un fonctionnaire agent démissionnaire ne peut pas quitter le service avant que sa démission ne soit acceptée afin d'éviter une paralysie du service public. On trouve surtout ce principe dans le droit de grève : la jurisprudence l'a longtemps exclu, mais les choses ont changé avec la constitution de 1946 dont le préambule reconnaît le caractère constitutionnel du droit de grève dans les lois qui le réglementent. Le Conseil d'État a reconnu la nécessité d'une conciliation entre le droit de grève et la continuité du service public ainsi que la compétence du supérieur hiérarchique pour connaître par règlement¹⁵⁶ On trouve la décision du Conseil d'État du 1^{er} juin 1984, Fédération nationale des postes et Telecom. Cependant, un minimum commun résulte aujourd'hui de la loi du 31 juillet 1963 qui interdit la grève tournante : dépôt de préavis de grève cinq jours avant la grève ou qui interdit la grève à certaines catégories de fonctionnaires.

Le principe de la mutabilité ou l'adaptabilité du service public. L'intérêt général variant avec le temps, le service public doit pouvoir se modifier selon les exigences de l'intérêt général. Dès lors, ni les usagers, ni ses agents ne peuvent se prévaloir d'un droit acquis au maintien du statut en vigueur dès l'entrée dans le service. Les usagers sont dans une situation légale et réglementaire : situation déterminée unilatéralement par la loi et le règlement. Il ne possède pas de droit qui pourrait opposer à une modification du service. Dans l'arrêt Conseil d'État, 12 décembre 1987, Uni. Paris VII, lorsque le ministre modifie par arrêté le régime applicable aux diplômés, il n'a pas le pouvoir de régime transitoire à prévoir. De même pour les services publics industriels et commerciaux, la modification qui les touche est un relèvement de tarifs qui s'applique de plein droit aux abonnements en cours. Le Conseil d'État et la Cour de cassation affirment régulièrement que les tarifs ne sont pas la résultante d'une relation contractuelle entre le service et les usagers : péages sur les autoroutes ou ponts à péages. De même pour les frais de séjours dans les hôpitaux publics ou encore les crèches organisées par les municipalités.

Le principe d'égalité. Le principe d'égalité est un corollaire du principe général d'égalité devant la loi inscrit dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui a valeur constitutionnelle. Il s'agit d'une composante du principe de l'égalité qui est l'égalité devant le service public. Ce principe est, pour le Conseil constitutionnel, un principe de valeur constitutionnelle. Pour le Conseil d'État, c'est un principe général du droit indépendamment de toutes dispositions textuelles. Ce principe implique, selon le Conseil constitutionnel, la neutralité du service public. Le service public doit être assuré de façon indifférenciée quelles que soient les convictions du personnel du service public ou celle des usagers. Ainsi, ce principe justifie l'interdiction de distribuer dans les locaux du service public des écrits juridiques qui justifient de garantir la neutralité du service public par rapport aux débats politiques. De même, il est interdit dans les lycées d'autoriser l'organisation de réunion tenu par des groupements politiques d'élèves (Conseil d'État, 8 novembre 1985, Rudent). On trouve également deux arrêts du Conseil d'État, Assemblée, 14 avril 1995, Coën et Consistoire central des Nord-Israélites de France. Le premier consiste en un recours contre un refus d'admettre dans une classe préparatoire aux grandes écoles un élève qui refusait de travailler le samedi. Le Conseil d'État estime qu'une autorisation

1970 et du 31 juillet 1991¹⁵⁷ s'accompagnent de la reconnaissance de droits pour ses usagers. Au nom du principe d'égalité, aucune discrimination ne peut être pratiquée dans l'administration des soins, ni dans les différentes modalités d'hébergement exprimées par le patient en dehors des limites prévues par les textes en vigueur. Ce principe s'accompagne de celui de neutralité, qui impose que tous les patients soient traités de la même façon quelles que puissent être leurs croyances religieuses¹⁵⁸. De plus, le principe de continuité impose aux établissements d'accueillir les patients de jour comme de nuit, éventuellement en urgence ou, en cas d'impossibilité, d'assurer leur admission dans un autre établissement de santé¹⁵⁹. Ces obligations connaissent une première reconnaissance positive par le décret du 14 janvier 1974¹⁶⁰ et la circulaire du 20 septembre 1974¹⁶¹. Le premier reconnaît aux « malades » le droit d'aller et venir, le droit à l'information, le droit à la communication et le droit à la dignité. La seconde prescrit la distribution aux usagers des « hôpitaux publics » d'une « charte du malade hospitalisé »¹⁶².

L'autonomie du droit des personnes malades et des usagers du système de santé apparaît ainsi avec la loi du 4 mars.

Pour autant, aborder le statut du patient hospitalisé en établissement de santé privé demande de s'intéresser à la façon dont est décliné l'ensemble de ces droits, lorsque l'individu, patient, devient hospitalisé ? C'est ce que se proposent d'envisager les prochains développements, en transposant les droits du patient au patient hospitalisé.

d'absence tous les samedis est incompatible avec le travail dans les classes préparatoires. Le second consiste en un décret sur les règles d'assiduité scolaire. Le Conseil d'État reconnaît la légalité du décret. Il n'a ni pour effet ni pour objet l'octroi d'une autorisation d'absence.

¹⁵⁷ L. n° 70-1318, 31 décembre 1970, *JO*, 3 janvier 1971. – L. n° 91-748, 31 juillet 1991, *JO*, 2 août 1991, *op. cit.*

¹⁵⁸ Circulaire DHOS/G n° 2005-57, 2 février 2005, relative à la laïcité dans les établissements de santé, *BO santé*, 15 mars 2005.

¹⁵⁹ Art. L. 6112-2 du Code de la santé publique.

¹⁶⁰ Décret du 14 janvier 1974, *JO*, 16 janvier 1974, *op. cit.*

¹⁶¹ Circulaire du 20 septembre 1974, *op. cit.*

¹⁶² LEMOYNE DE FORGES, Jean-Michel, *De la politique d'humanisation des hôpitaux à la charte du malade hospitalisé*, *op. cit.*, p. 283.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

Quel que soit le terme employé de patient, malade, usager, toute personne le nécessitant bénéficie de droits identiques quel que soit son lieu d'hospitalisation. Et parce qu'ils sont qualifiés de droits fondamentaux, ils sont applicables à toute personne quel que soit son lieu d'hospitalisation. Pourtant, la dichotomie du système de santé français perdure, impliquant que l'hospitalisation privée occupe une place suffisamment importante pour laisser ce dualisme persister.

ASSURER LE DROIT À LA PROTECTION DE LA SANTÉ POUR TOUS EST UNE MISSION DE SERVICE PUBLIC

Depuis le rapport Rolland¹⁶³ et afin de mieux définir les missions de l'établissement de santé, dans un but d'une meilleure répartition de l'offre de soins dans un bassin de population donnée, il a été admis que les missions de service public pouvaient être assurées par n'importe quel établissement quel que soit son statut (section I). Pour autant, malgré une politique de complémentarité impulsée par les pouvoirs publics, la dichotomie de notre service de santé demeure, et la place de l'hospitalisation privée n'a jamais été aussi prépondérante, renforçant cette dualité publique/privée (section II).

¹⁶³ ROLLAND, J.-Marie, député, *Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi (n° 1210) portant réforme de l'hôpital et relatif aux patients, à la santé et aux territoires*, Op-cit.

SECTION I

Les missions de service public peuvent être assurées par les établissements de santé quel que soit leur statut

Afin d'aborder les missions d'un établissement de santé, il convient de se poser la question de ce qu'est un établissement de soins. Paradoxalement, on ne trouve pas de définition de l'établissement de santé, qui apparaît alors comme un établissement non identifié (paragraphe 1). Le seul déterminant que l'on puisse à ce jour avancer, concerne sa personnalité juridique, qui fait de l'établissement de santé, soit une personne morale de droit public, soit une personne morale de droit privé (paragraphe 2).

Paragraphe 1 – L'établissement de santé est un établissement non identifié

L'organisation du système hospitalier repose sur la notion d'établissement de santé. L'établissement de santé est l'innovation de la loi de 1991. Il réunit dans une catégorie unique les hôpitaux publics et les cliniques privées. Cependant, la loi ne définit pas l'établissement de santé.

Aussi, de multiples expressions sont-elles utilisées pour aborder l'établissement de santé, telle qu'hôpital, clinique... Mais qu'en est-il de la réelle définition du terme établissement de santé ?

Afin de répondre à cette interrogation, une première tentative de définition à partir de l'évolution historique de l'hôpital sera envisagée (A), pour élargir, par la suite, cette définition à l'établissement de santé, tel qu'on le conçoit aujourd'hui (B).

A – L'hôpital, à l'origine un terme générique, fruit d'une longue évolution historique

Avant de connaître le terme d'hôpital, le langage courant préférait employer, à l'Antiquité, celui de sanctuaire, pour adopter par la suite celui d'hospice (1). Très longtemps ce qualificatif subsista, et bien qu'il demeure aujourd'hui pour certains établissements, d'un point de vue aussi bien politique que juridique c'est le terme d'hôpital qui est couramment utilisé, corrélé en cela avec l'histoire et les différents mouvements qui ont conduit de la municipalisation à l'autonomie des hôpitaux. (2). La reconnaissance de l'autonomie des hôpitaux amène également la reconnaissance des établissements privés comme établissements de soins. Par la suite, la dichotomie publique/privée amènera la distinction populaire entre « hôpital » et « clinique ». Pour autant, quel que soit le terme, l'hôpital ou la clinique appartiennent à la même catégorie plus communément désignée sous le vocable « d'établissement de santé ».

1. Une tentative de définition sémantique

La première définition que l'on peut donner est celle que l'on retrouve dans le dictionnaire historique de la langue française¹⁶⁴. Tout d'abord *opital* (vers 1170) puis *hospital* (vers 1190) est emprunté au nom latin *hospitalis* (VII^e siècle), de l'adjectif *hospitalis* dans *hospitalis domus* « maison hospitalière ». *Hospitalis* est l'adjectif de *hospes*, qui a donné hôte. Le mot s'applique d'abord à un établissement religieux recevant des personnes démunies, mendiants ou non. *Opital de Jérusalem* (1180), du latin *Ospitale Jherosolimitanum*, correspond par exemple à la même notion que *hôtel*¹⁶⁵-*dieu*. Étendu à des établissements laïcs analogues, le mot est alors un quasi-synonyme de *hospice*¹⁶⁶. De ce

¹⁶⁴ *Op-cit.*, p. 972.

¹⁶⁵ Ce mot, écrit *hostel* à partir du XIII^e siècle, signifie d'abord en général « logement provisoire, hébergement », « campement » (1080), puis « demeure, logis » (v. 1135), d'où tenir *ostel* (v. 1165) et spécialement (v. 1225) « lieu où l'on reçoit les hôtes d'un monastère » (cf. hospice et hospital, en ancien français), d'où hôtel-Dieu (v. 1250, *ostel*) désignant un hospice et un hôpital, mais signifiant « maison de Dieu ». *Dictionnaire de la langue française*, Le Robert, 1994, p. 975.

¹⁶⁶ Est issu (1294, *hospise*) du latin classique *hospitium* « hospitalité » et concrètement « gîte hospitalier », dérivé de *hospes* (hôte). *Hospitium* a pris en latin médiéval la valeur de « droit d'hébergement » (865), puis de « lieu d'un monastère où l'on reçoit des hôtes » (XI^e siècle). Le mot signifie d'abord, en général et abstraitement, « refuge » dans prendre *hospice* (1294), puis donner *hospice* (1798), rare, ainsi que « lieu d'asile ». Dans la seconde moitié du XVII^e siècle, hospice commence à s'appliquer à une maison, dans un

sens viennent des locutions plus ou moins archaïques et qui seraient aujourd'hui mal comprises, où le mot symbolise la misère : *le (grand) chemin de l'hôpital* (1640), *être réduit à l'hôpital*, etc.

La spécialisation médicale apparaît au xvii^e siècle, dans *hôpital pour les malades* (1671), mais la distinction nette avec *hospice* ne se fait que dans la seconde moitié du xvii^e siècle. En français classique, le contenu du mot est encore axé sur l'hébergement gratuit, même si l'établissement dispense des soins : *hôpital des orphelins* (1690) « orphelinat », *hôpital général* (1704) « hospice pour tout indigent »¹⁶⁷. Dès le xviii^e siècle, la spécialisation médicale paraît claire en contexte militaire, avec *hôpital ambulante* (1762), qui prépare *ambulance* (*hôpital militaire* est attesté tardivement, 1893), et dans la marine (1721) où l'on emploie par opposition *vaisseau hôpital* (1773)¹⁶⁸.

Senti comme une suffixation argotique irrégulière de *hôpital* et *hospitalier*, *hosto* est en fait une variante de *hôtel*.

En relation avec *hôpital* et *hospitalier*, le latin *hospitales* a servi à former *hospitaliser* (1801, Mercier), d'abord au sens de soigner et accueillir (les indigents), puis, en relation avec l'évolution de *hôpital*, admettre (un malade, un blessé...) dans un *hôpital* (1875, comme *hospitalisé(e)*). Ce sens est antérieur aux attestations puisque le dérivé *hospitalisation* est enregistré avec cette valeur en 1866. Le mot est utilisé en relation avec l'acception moderne du verbe¹⁶⁹.

Depuis le début du xix^e siècle, *hôpital* est le terme usuel pour désigner un établissement public recevant et traitant des personnes nécessitant des soins (malades, blessés, femmes en couche...) pendant un temps relativement limité. L'établissement de santé privé étant le plus souvent qualifié de « clinique ». Cette dichotomie d'appellation est

couvent, recevant les étrangers de l'ordre (1690), puis des pèlerins, des voyageurs laïcs (1721). Le sens moderne (1770) concerne un établissement où sont abrités, recueillis des enfants sans famille, des vieillards, des infirmes, etc. ; le mot se distingue de plus en plus de *hôpital*, dans la mesure où il n'implique pas de soins médicaux, amis un simple asile, et s'y substitue au xix^e siècle. Distingué au xix^e siècle d'*asile* (*hospice des aliénés*, *Dictionnaire de l'Académie*, 1825), il ne concerne plus que les vieillards indigents et tend à disparaître au profit d'euphémismes. *Dictionnaire de la langue française*, Le Robert, 1994, p. 974-975.

¹⁶⁷ En 1662, un édit de Louis XIV (roi de France de 1643 à 1715) demanda la création, dans chaque ville importante du royaume, d'un hôtel-Dieu et d'un hospice pour y recevoir et y « renfermer » les pauvres, vieillards, vagabonds, enfants orphelins et « folles femmes » (les prostituées).

¹⁶⁸ *Le Robert, Dictionnaire de la langue française*, Op-cit., p. 972.

¹⁶⁹ *Ibid.*

la traduction de la scission public/privé du système de santé français. Il est aussi l'expression de l'impossible définition de l'établissement de santé.

2. Une tentative de définition de l'hôpital à travers les différentes réformes hospitalières

Le monde antique a connu des sanctuaires dédiés aux divinités guérisseuses (Asklépios, Imhotep, Sérapis, Amphiaraos), où les malades venaient en foule mais n'étaient pas autorisés à séjourner. Les moribonds et les parturientes en étaient écartés. Cependant, les infirmeries pour les soldats de métier et les esclaves des latifundia apparaissent sous l'Empire romain, si bien que, lorsque la religion chrétienne triomphe au IV^e siècle, l'opinion publique est plus ou moins préparée aux œuvres d'assistance.

Cependant, chronologiquement, l'initiative de la création d'établissements pour les voyageurs, pèlerins et malades pauvres remonte à la création des grands monastères bouddhiques en Inde et à Ceylan à partir du III^e siècle avant J.-C. Les plantes médicinales étaient cultivées et largement distribuées au peuple. À Byzance, le concile de Nicée, en 325 apr. J.-C., prescrit aux évêques de disposer dans chaque ville d'un lieu appelé *xenodochium*, où les voyageurs et les pauvres seront hébergés et soignés (70^e canon arabe). Le prototype le plus complet de cette époque initiale est le Ptocheion de Césarée de Cappadoce, fondé de 369 à 374 apr. J.-C. par saint Basile.

Sous le règne de Justinien I^{er} (525-565), les fondations se multiplient. Leur administration est codifiée par une législation (*novelles*) qui servira de modèle à l'Occident pendant des siècles. Face au déclin de Byzance et à l'arrêt de l'expansion islamique, l'Occident chrétien fait montre d'une activité extraordinaire. Ainsi, des milliers d'hôpitaux sont fondés soit à l'initiative des rois et seigneurs, soit à celle des corporations, confréries et ordres religieux, soit enfin grâce aux municipalités qui se chargent plus spécialement des maladreries pour lépreux. C'est l'époque où, selon les directives du concile d'Aix-la-Chapelle de 816 (canons 142-143), les hôtels-Dieu flanquent la plupart des églises cathédrales et où de grands bâtiments de style gothique s'élèvent. Certains ont subsisté jusqu'à nos jours

(Angers, Tonnerre, Lübeck, Beaune). De nombreuses autres fondations hospitalières caractérisent le siècle des Comnènes (1081-1180). L'organisation des hôpitaux byzantins influença certainement les pays qui eurent des contacts étroits avec Constantinople, l'Occident romain d'une part et les Arabes d'autre part.

Au cours des siècles de dépression économique et démographique du haut Moyen Âge, les fondations hospitalières dans l'Occident chrétien sont nombreuses mais modestes. Le rôle des pèlerinages n'est pas négligeable, et les hospices jalonnent les chemins de Saint-Jacques-de-Compostelle et les routes de Rome. Les ordres hospitaliers apparaissent au x^e siècle, mais il faut attendre le xii^e siècle pour que les agglomérations urbaines en croissance soient dotées d'hôpitaux plus importants. C'est à partir de cette date que l'on peut dater la première définition de « l'hôpital »¹⁷⁰.

C'est avec la loi du 16 vendémiaire an V¹⁷¹ que l'on assiste à la municipalisation des hôpitaux.

a) La municipalisation des hôpitaux

L'article de cette loi est explicite, puisqu'il annonce « les administrations municipales auront la surveillance immédiate des hospices civils établis dans leur arrondissement, elles nommeront une commission composée de cinq citoyens résidant dans le canton, qui éliront entre eux un président et un secrétaire ». Le Directoire se décharge de la gestion des hôpitaux, qui était devenue en quelques années fort anarchique, et remet celle-ci aux communes. Dorénavant, chaque administration municipale est chargée de la surveillance des hospices civils établis dans son arrondissement. Elle nomme une commission composée de cinq citoyens¹⁷² résidant dans le canton, qui éliront entre eux un président et choisiront un secrétaire.

¹⁷⁰ Cf. p. 80

¹⁷¹ Loi du 16 vendémiaire an V¹⁷¹ (7 octobre 1796), qui conserve les hospices civils dans la jouissance de leurs biens, et règle la manière dont ils seront administrés (n° 753).

¹⁷² La présidence de la commission des cinq citoyens n'appartenait pas encore au maire de la commune siège du lieu d'implantation de l'hôpital, mais relevait d'une élection entre les cinq citoyens qui n'avaient pas forcément à être membre du conseil municipal. Ce n'est que par une circulaire du ministre Chaptal (1756-1832), sous le Consulat, en date du 25 floréal de l'an IX (15 mai 1801), que le maire de la commune devient le président de la commission des cinq citoyens.

Une circulaire du ministre Chaptal, le 15 mai 1801, précise que le président de la commission doit être le maire de la commune. La gestion des biens est laissée aux hospices et ceux, dont les biens ont été vendus, sont dotés en biens nationaux. La gestion de l'hôpital est rattachée à la commune de son implantation ; chaque commission élit un receveur qui rend compte tous les trois mois. L'administration municipale transmet ensuite ces comptes à l'administration départementale. Le receveur n'est donc pas encore un comptable du Trésor, ce n'est qu'à la suite d'une loi de 1822 prononçant la séparation des ordonnateurs et des comptables que les hospices verront apparaître le comptable du Trésor.

En 1806, un avis du Conseil d'État¹⁷³ précisera qu'aucun établissement hospitalier ne peut exister sans une autorisation expresse. Les hospices ou établissements privés n'ont pas de reconnaissance juridique.

b) La période asilaire

Annoncée par une grande enquête engagée dès 1835 par le ministre Gasparin (1783-1862) auprès de chaque préfet afin de vérifier l'état des différents établissements d'aliénés qui avaient été créés les années passées à l'initiative des congrégations religieuses ou des départements, la loi du 30 juin 1838¹⁷⁴ imposa l'ouverture d'un asile pour les aliénés de chaque sexe dans tous les départements. Si cette loi fait suite à une grande enquête initiée par le ministre Gasparin auprès des établissements d'aliénés, elle s'inspire, également, des théories de l'aliéniste Pinel (*Traité médicophilosophique sur l'aliénation mentale ou la manie*) et de ses disciples Ferrus et Esquirol. Les aliénés (du latin *alienus*, étrange, étranger) doivent être placés sous contrainte, soit à l'initiative de la force publique représentée par le préfet, soit à l'initiative de l'entourage du malade mental. Chaque département est tenu d'avoir un établissement public destiné à recevoir et soigner les aliénés ou traiter à cet effet avec un établissement public ou privé soit de ce département, soit d'un autre département.

L'article 1 de cette loi subsistera jusqu'à la loi du 27 juin 1990¹⁷⁵ relative à l'hospitalisation des malades mentaux. C'est l'ordonnance du 18 décembre 1839 qui donne un statut particulier à ces asiles en les érigeant en établissements publics. Ces établissements publics sont administrés sous l'autorité du ministre au département de

¹⁷³ Avis du Conseil d'État du 17 janvier 1806 et circulaire du 3 novembre 1806.

¹⁷⁴ Loi n° 7443 du 30 juin 1838 sur les aliénés (Loi Esquirol), Recueil Duvergier, p. 490.

¹⁷⁵ Loi no 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation (1), *JORF* n°150 du 30 juin 1990 page 7664

l'Intérieur et des préfets de départements et sous la surveillance de commissions par un directeur responsable. La fonction de médecin chef est aussi créée. Le directeur et le médecin chef sont nommés par le ministre de l'Intérieur ou le préfet. Le receveur et l'économe sont nommés par le préfet. La gestion des hôpitaux est donc étroitement rattachée au pouvoir central.

c) L'autonomie des hôpitaux et la reconnaissance des établissements privés

La loi du 7 août 1851¹⁷⁶ va ériger en établissements autonomes les hospices et hôpitaux jusqu'alors rattachés à la commune de leur lieu d'implantation. Elle permet aux malades sans ressource d'être ainsi hospitalisés dans n'importe quel établissement ; le lieu de domicile n'est plus un critère pour être pris en charge par un hôpital ou hospice. Un prix de journée est imposé pour permettre aux établissements recevant des indigents non domiciliés dans la commune de leur lieu d'implantation d'être remboursés des frais qu'ils avancent. Ce sont les communes d'origine des indigents, voire les conseils généraux des départements concernés qui remboursent les frais de séjour de ces patients aux établissements qui les reçoivent.

Les hôpitaux et les hospices deviennent, alors, des établissements autonomes disposant de la personnalité morale, c'est-à-dire du droit d'avoir un patrimoine, de disposer d'un budget et d'ester, le cas échéant, en justice. Ces établissements publics ne sont plus dépendants de la commune de leur lieu d'implantation, même si les décisions de leur assemblée délibérante doivent être approuvées par le conseil municipal de ladite commune avant de subir la même procédure devant le préfet de département.

Enfin, la commission administrative reçoit de nouvelles compétences puisque d'organe de surveillance, elle devient organe de direction.

Par ailleurs, la loi du 7 août 1851 modifie l'avis du Conseil d'État du 17 janvier 1806, et reconnaît désormais les établissements privés. Elle autorise les communes qui ne possèdent pas d'hospices ou d'hôpitaux à traiter avec les établissements privés. La loi du 30 juin 1838 n'avait reconnu l'utilité des établissements privés que pour les asiles d'aliénés.

¹⁷⁶ Loi du 7 août 1851 sur les hôpitaux et hospices, *JORF* du 20 août 1944 page 332

d) Le début de l'étatisation des hôpitaux

Durant la décennie qui s'écoule entre 1930 et 1940, le développement croissant de l'application générale et effective des grandes lois d'assistance promulguées à l'initiative des gouvernements de la III^e République entre 1890 et 1920, la création des assurances sociales et le développement du mouvement mutualiste, firent apparaître la nécessité d'une révision profonde du statut législatif et administratif des hôpitaux publics. Pour la première fois apparaît la notion de droit aux soins, et donc d'accès pour tous aux structures sanitaires.

Si les textes relatifs aux modalités d'organisation, de fonctionnement, de statuts sont nombreux, ils n'ont en aucun cas donné de définition de l'établissement de santé. Par conséquent, il n'existe pas de définition de l'établissement de santé aujourd'hui.

B – L'impossible définition de l'établissement de santé aujourd'hui

S'il n'existe pas, à ce jour de définition de l'établissement de santé, l'on parlera plus volontiers de notion ou « qualification » d'un établissement de soins en d'établissement de santé. Pour définir un établissement de soins en établissement de santé, plusieurs approches peuvent être envisagées. La première, consistera à aborder l'établissement de santé à partir des missions qui lui sont conférées (1), la deuxième approche se fera en fonction de son appartenance au secteur sanitaire (2). Enfin, tenter de définir l'établissement de santé partir des effets que la qualification du terme « établissement de santé lui confère », constituera la dernière approche (3).

1. La tentative de définition de l'établissement de santé selon les missions qui lui sont attachées

Un établissement de santé ne peut être défini par le seul fait qu'il délivre des soins dans le cadre d'un hébergement, d'autant que l'idée est de moins en moins fondée notamment avec le développement des soins alternatifs à l'hospitalisation.

Ainsi la notion d'établissement de santé en tant que telle n'a pas de définition propre. L'on peut tenter, alors, de définir l'établissement de santé par rapport à ses missions. Pour être désigné comme tel, un établissement de soins doit remplir différentes

missions et fonctions définies par les articles L. 6111-1 et L. 6111-2 du Code de la santé publique. La mission générale des établissements hospitaliers est définie par l'article L. 6111-1 du Code de la santé publique qui les dénomme « établissements de santé ». « Aux termes de l'article L. 6111-1 du Code de la santé publique, les établissements de santé publics, privés ou privés d'intérêt collectif ont pour mission d'assurer le diagnostic, la surveillance et le traitement des malades, des blessés et des femmes enceintes¹⁷⁷. Ils délivrent les soins avec hébergement, sous forme ambulatoire ou à domicile¹⁷⁸. Ils doivent également participer à la coordination des soins en lien avec les professionnels de santé exerçant en médecine de ville et les établissements et services médicosociaux dans le cadre défini par l'agence régionale de santé en concertation avec les conseils généraux pour les compétences qui relèvent de ces collectivités locales. En outre, les établissements de santé participent à la mise en œuvre de la politique de santé publique et des dispositifs de vigilance destinés à garantir la sécurité sanitaire¹⁷⁹ [...] »¹⁸⁰.

L'on peut également tenter de définir l'établissement selon son appartenance au secteur sanitaire.

¹⁷⁷ COUTY, Édouard, KOUCHNER, Camille, LAUDE, Anne, TABUTEAU, Didier, *La loi HPST : regards sur la réforme du système de santé*, Presses de l'EHESP, 2009.

¹⁷⁸ Art. L. 6111-2 du Code de la santé publique.

¹⁷⁹ ALLAL, Patrick, FRAISSEIX, Patrick, GUILHEMSANS-CABAL, M.-Françoise, SAILLARD, M.-Odile, *Droit hospitalier : établissements de santé, institutions sociales et médicosociales*, Paris, PUF, 2003. p. 25.

¹⁸⁰ LAUDE, Anne, MATHIEU, Bernard, TABUTEAU, Didier, *Droit de la santé*, Paris, 2^e éd. mise à jour, Thémis, p. 244.

2. La tentative de définition de l'établissement de santé selon son secteur d'appartenance

Si D. Truchet¹⁸¹ aborde, également, la notion d'établissement de santé par ses missions, il apporte un élément supplémentaire que lui permet la loi HPST¹⁸² « si l'établissement fédère les établissements publics et privés, il n'englobe ni toutes les structures de soins ni tous les titulaires d'autorisations, ni même tous les établissements et structures ayant signé un contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens. Va par exemple dans ce sens le nouvel article L. 6112-2 du Code de la santé publique qui distingue d'une part les établissements de santé et d'autre part les centres, maisons et pôles de santé, l'Institution nationale des invalides, le service de santé des armées, les groupements de coopération sanitaire, les autres personnes titulaires d'une autorisation d'équipement matériel lourd et les praticiens qui exercent dans ces structures ».

L'auteur définit donc l'établissement de santé en le comparant à l'établissement médicosocial en précisant : « La législation des années 1970 avait radicalement séparé les établissements hospitaliers (loi du 31 décembre 1970, ultérieurement codifiée dans le Code de la santé publique) et les établissements sociaux et médicosociaux (loi du 30 juin 1975¹⁸³, ultérieurement codifiée dans le CASF). Les premiers étaient sous le contrôle de l'État, les seconds sous celui des départements. La distinction demeure mais elle n'est pas aussi tranchée que naguère. Un rapprochement entre établissement de santé et établissements médicosociaux s'est opéré, surtout avec la soumission des seconds à un régime de planification et d'autorisation proche de celui des premiers. L'article L. 6111-3 du Code de la santé publique offre notamment aux établissements de santé la possibilité de créer ou de gérer des services et établissements médicosociaux pour mineurs en difficulté et pour personnes âgées ou handicapées, soumis non au Code de la santé publique, mais aux articles L. 312-1 et L. 344-1 du CASF.

La loi HPST accentue ce rapprochement avec les schémas d'organisation sociale et médicosociale établis selon les cas par le ministre, le préfet de région, le directeur général de

¹⁸¹ TRUCHET, Didier, *Droit de la santé publique*, 7^e éd. Paris, Mémento Dalloz, 2009, p. 125.

¹⁸² Loi n° 2009-879 du 22 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, JO 22 juillet 2009, *op. cit.*

¹⁸³ Loi n°75-535 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales, JORF du 1 juillet 1975 page 6604.

l'ARS ou le président du conseil régional¹⁸⁴. Surtout le directeur de l'ARS tient de l'article L. 313-3 du CASF une compétence nouvelle d'autorisation envers les établissements et services médicosociaux dont l'activité comporte des soins, compétence qu'il exerce en certains cas conjointement avec le président du conseil général.

Jusqu'à présent on qualifiait d'établissement de santé tout établissement appartenant au secteur sanitaire par opposition au secteur médicosocial. Mais le rapprochement avec le secteur médicosocial en complexifie un plus l'approche, si cela était encore possible, puisque les établissements de santé peuvent créer et gérer certains services établissements sociaux et médicosociaux¹⁸⁵.

La tentative de définition de l'établissement de santé selon ses missions et son secteur d'appartenance n'étant pas possible, il reste donc à définir un établissement de soins à partir des effets attachés à la qualification d'établissement de santé.

3. La tentative de définition de l'établissement de santé à partir des effets liés à sa qualification d'établissement de santé¹⁸⁶

Dès lors qu'une structure de soins entre dans la catégorie « établissement de santé », elle est soumise à des règles de plus en plus nombreuses dont l'application est indifférente à son statut public ou privé. Même si certaines d'entre elles peuvent désormais s'appliquer à d'autres structures de soins que des établissements de santé *stricto sensu*, ces règles confèrent à l'établissement de santé une forte densité juridique et rapprochent le secteur public et le secteur privé. Ces règles sont, entre autre, la soumission de l'établissement de santé à une autorisation d'activités délivrée par le directeur général de l'ARS, l'obligation de transmettre aux organes de l'État et de l'assurance-maladie des informations de plus en plus nombreuses.

Le fait que l'établissement soit soumis à autorisation de fonctionner en vertu de l'article L. 6122-1-1 du Code de la santé publique, a pour conséquence, pour lui, de devoir disposer d'une structure matérielle identifiée suffisamment importante pour respecter les conditions techniques de fonctionnement fixées par décret et requises pour être autorisé.

¹⁸⁴ Art. L. 312-5 CASF.

¹⁸⁵ Art. L. 6111-3 du Code de la santé publique.

¹⁸⁶ LAUDE, Anne (dir), *Lamy, Droit de la santé, op. cit.*, p. 283.

Ainsi, si le critère fonctionnel suffit pour qualifier d'établissement de santé de structure de soins, l'existence d'un minimum d'installations matérielles est nécessaire pour que cet établissement soit autorisé à fonctionner par la commission exécutive de l'ARS compétente.

La section sociale du Conseil d'État¹⁸⁷ dans un avis du 28 juin 1994, diffusé mais non publié, a confirmé cette définition fonctionnelle que D. Truchet nomme comme étant des effets rattachés à la qualification « établissement de santé » ».

Plusieurs tribunaux administratifs¹⁸⁸ ont explicitement ou implicitement repris cette définition fonctionnelle de l'établissement de santé dans leurs jugements.

Il est à noter que les décisions du juge judiciaire relatives à la qualification de structures de soins d'établissements de santé sont beaucoup plus rares et ce n'est que de manière incidente que le juge aborde cette question. Ainsi, la Cour de cassation¹⁸⁹ a ainsi implicitement retenu la définition fonctionnelle de l'établissement de santé privé dans des contentieux portant sur des refus de prise en charge par l'assurance-maladie de soins délivrés dans des établissements de santé.

Le ministère de la Santé n'a jamais publié de circulaire définissant la notion d'établissement de santé. Il a cependant expressément consacré la définition fonctionnelle de l'établissement de santé dans des lettres dont certaines ont été publiées au bulletin officiel.

Ces quelques tentatives de définition de l'établissement de santé tendent à démontrer la difficulté de cet exercice, et la problématique demeure quant à la définition de l'établissement de santé, puisque le terme d'établissement quant à lui n'est jamais défini, par les textes.

Si l'on s'en tient à une définition architecturale du terme on peut seulement avancer que l'établissement de santé est donc un bâtiment recevant des patients, et à l'intérieur duquel œuvrent des techniciens de diverses spécialités médicales et paramédicales et des

¹⁸⁷ CE, section sociale, avis n° 356-100 du 28 juin 1994.

¹⁸⁸ TA Pau, 8 février 1996, Docteurs Lefèvre, Pérez et Héraul, *RDSS* 1998, p. 800, obs. J.-M. De Forges à propos d'un cabinet médical dans lequel sont pratiqués des actes d'anesthésie ambulatoire ; TA Poitiers, 9 avril 1997, CH de La Rochelle c/ Préfet de la région Poitou-Charentes, préfet de la Vienne et autres, req. n° 941729 à propos d'une structure pratiquant une activité de chimiothérapie ambulatoire ; TA Grenoble, 10 juin 1998, M. Gilbert Goujon et autres, req. n° 9500495 à propos d'une structure d'anesthésie et de chirurgie ambulatoire et TA Nice, 20 juillet 1999, M. c/ Min. de l'Emploi et de la Solidarité, *RDSS* 2000, p. 770, obs. M. Cormier, à propos d'un cabinet médical dans lequel est pratiquée une activité de chirurgie ambulatoire.

¹⁸⁹ CA Caen, 30 janvier 2007.

agents de service, et/ou sont installés des matériels dont certains requièrent une autorisation dans le respect de la carte sanitaire¹⁹⁰.

Par ailleurs, quel que soit le type d'hébergement, il apparaît que ce sont les mêmes missions ou objets que doivent remplir les structures de soins publics ou privés. Pourtant, on identifie juridiquement des structures de soins publiques des structures de soins privées. Il apparaît, donc, opportun de poser la question de ce qui différencie un établissement de santé privé d'un établissement public de santé rejoignant en cela la dualité de notre système de santé public/privé, même si cela s'avère également un exercice difficile puisque « L'évolution de la réglementation conduit de plus en plus à nier toute différence de statut d'organisation entre établissements publics et établissements privés »¹⁹¹.

Paragraphe 2 – L'établissement de santé une personne morale de droit public ou de droit privé

L'organisation du système hospitalier repose sur la notion d'établissement de santé. L'établissement de santé est l'innovation de la loi de 1991. Il réunit dans une catégorie unique les hôpitaux publics et les cliniques privées. Cependant, et comme cela vient d'être démontré, il n'y a pas de définition de l'établissement de santé.

Ainsi, de multiples expressions sont-elles utilisées pour aborder l'établissement de santé, telle qu'hôpital, clinique... Mais qu'en est-il de la réelle définition du terme établissement de santé ?

Le rapport Rolland¹⁹² a tenté d'en donner une définition par le service que l'établissement de santé apporte à la population (A) et par la réalisation des missions de service public par l'établissement quel qu'en soit son statut (B).

¹⁹⁰ MÉMETEAU, Gérard, *La responsabilité médicale de la clinique*, RDSS 33 (1) janvier-mars 1997, p. 97.

¹⁹¹ LEMOYNE DE FORGES, Jean-Michel, *Les hôpitaux public et privé, et l'évolution de leur responsabilité*, séminaire Euroforum « Nouvelles responsabilités médicales ; quels enjeux ; comment vous adapter », Paris, 3-4 avril 1996, p. 7.

¹⁹² *Op. cit.*, p. 13.

A – L'établissement de santé ne se définit plus par son statut mais par les services qu'il apporte à la population

« Les missions des établissements de santé sont ainsi mieux définies et davantage hiérarchisées pour insister sur l'essentiel de ces missions et apporter une lisibilité plus grande.

Il est également désormais précisé que les établissements de santé délivrent des soins non seulement avec hébergement mais également sous forme ambulatoire ou à domicile. Les prises en charge ambulatoires et l'hospitalisation à domicile (HAD) ne sont en effet plus aujourd'hui des alternatives de l'hospitalisation mais en constituent une des modalités courantes. La mention explicite dans la loi HPST, de l'hospitalisation à domicile consacre ainsi son rôle, dont le rapport d'avril 2008 de la commission de concertation sur les missions de l'hôpital, présidée par M. Gérard Larcher, en avait souligné tout l'intérêt.

La participation à la coordination des soins est d'autre part introduite de façon novatrice dans les missions des établissements de santé. Face à la complexité croissante des parcours de soins, une bonne coordination des soins est en effet nécessaire. Celle-ci, qui consiste à mettre en relation les établissements de santé avec les professionnels de santé exerçant en pratique libérale et avec les établissements ou services médicosociaux, s'effectuera dans le cadre défini par les nouvelles agences régionales de santé (ARS).

Cette meilleure définition des missions des établissements de santé permettra une meilleure organisation territoriale de l'offre de soins et des possibilités de prises en charge adaptées à l'état du patient, sans distinction des durées de séjour »¹⁹³.

Définir l'établissement de santé par les services qu'il apporte à la population c'est définir l'établissement de santé selon la nature de ses activités.

C'est l'article L. 6111-2 du Code de la santé publique qui précise la nature des activités des établissements de santé. Ces derniers ont ainsi pour objet de dispenser des soins de courte durée, des soins de suite ou de réadaptation, avec ou sans hébergement (1), des soins de longue durée (2), et des modalités de prise en charge que l'on qualifie d'alternatives à l'hospitalisation (3).

¹⁹³ *Op. cit.*, p. 14.

1. Des soins avec ou sans hébergement

Les soins avec ou sans hébergement concernent des soins de courte durée ou impliquant des affections graves pendant leur phase aiguë en médecine, chirurgie, obstétrique, odontologie ou psychiatrie. Le terme « court séjour » est parfois employé pour parler des activités de médecine, chirurgie et obstétrique ; le terme de soins de suite ou de réadaptation, est utilisé dans le cadre d'un traitement ou d'une surveillance médicale, à des malades requérant des soins continus, dans un but de réadaptation ; ces activités sont couramment dénommées « moyen séjour ».

2. Des soins de longue durée

Les soins de longue durée sont les soins comportant un hébergement, à des personnes n'ayant pas leur autonomie de vie dont l'état nécessite une surveillance médicale constante et des traitements d'entretien ; ces activités sont également dénommées « long séjour ». Ces différents groupes d'activités sont généralement dénommés « grandes disciplines ».

3. Les activités alternatives à l'hospitalisation

Les activités sans hébergement sont souvent dénommées « alternatives à l'hospitalisation ». Elles comportent notamment l'hospitalisation à temps partiel, de jour ou de nuit, et la chirurgie ambulatoire et l'hospitalisation à domicile.

Les établissements de santé peuvent en outre créer et gérer des services et établissements sociaux et médicosociaux (article L. 6111-3 du Code de la santé publique). Ceux-ci sont principalement orientés vers les personnes âgées. Ils n'appartiennent pas au secteur sanitaire.

Par conséquent si l'établissement se définit par les services qu'il apporte à la population, le rapport Rolland¹⁹⁴ et donc la loi HPST¹⁹⁵, apportent une modification

¹⁹⁴ *Op. cit.*

¹⁹⁵ *Op. cit.*

majeure, en ce sens que l'établissement de santé, quel qu'il soit et quel que soit son statut, peut assurer une mission de service public.

B – L'établissement de santé assure des missions de service public quel que soit son statut

Dans le cadre de la loi HPST, le législateur a apporté un changement fondamental en précisant que les missions de service public peuvent désormais être assurées par les établissements de santé quel que soit leur statut. Ceci suppose une clarification de ces missions de service public (1) et d'en définir les modalités d'exécution (2). Ce que s'est attaché à faire le rapport Rolland, qui est à l'origine de cette nouvelle modalité.

1. Une clarification des missions de service public

« Le titre I^{er} relatif à la modernisation des établissements de santé vise également à mieux définir les missions spécifiques de service public qui pourront désormais être assurées par n'importe quel établissement, quel que soit son statut, sous réserve d'assurer aux patients accueillis certaines garanties. Cette clarification des missions de service public assurées par les établissements de santé relève d'une double justification.

En premier lieu, l'examen des conditions d'accès aux soins montre que sur certains territoires, aucun établissement n'assure les missions de service tandis que dans d'autres, l'exercice de ces missions est parfois redondant. Il importe donc de définir précisément ces missions de service public pour que les autorités sanitaires puissent mieux les répartir. Quand sur un territoire donné des structures privées sont disponibles pour garantir des besoins définis, il n'est effectivement pas illégitime que le décideur public choisisse d'y faire appel sachant que certains établissements de santé privés assurent déjà des missions de service public.

Par ailleurs, dans le cadre de la tarification à l'activité (T2A), l'exercice de missions de service public justifie une rémunération différente de celle fondée sur l'activité. La sortie du financement de ces missions hors des tarifs implique donc d'identifier quelles sont les missions de service public réellement assurées par certains établissements, de façon à mieux prendre en compte les surcoûts et les difficultés d'organisation qu'elles engendrent et de

faciliter de la sorte le processus de convergence intersectorielle dont le législateur a bien précisé qu'elle devait s'effectuer « *dans la limite des écarts justifiés par des différences dans la nature des charges couvertes par ces tarifs* ».

2. L'exécution des missions de service public

Jusqu'à aujourd'hui, l'exécution de missions de service public reposait, outre sur les établissements de santé publics, sur deux catégories d'établissements privés à statut particulier : les établissements privés à but non lucratif participant au service public hospitalier (PSPH) et les établissements privés concessionnaires du service public hospitalier (SPH). Elles pourront désormais être assurées par un établissement de santé quel que soit son statut, « à la carte », en fonction des besoins d'accès aux soins identifiés et dans le cadre d'un contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens (CPOM) conclu avec l'agence régionale de santé ou d'un contrat spécifique, ce qui est de nature à assurer en matière d'offre de soins une couverture territoriale optimale.

De façon à prendre en compte la spécificité de l'ancien secteur dit PSPH, la commission a adopté, à l'initiative du rapporteur, plusieurs amendements visant à reconnaître le statut spécifique de certains établissements privés, au premier rang desquels figurent les établissements privés sans but lucratif participant au service public hospitalier (PSPH), qui voient leur rôle déterminant reconnu par la création d'une nouvelle catégorie d'établissements soumis à des obligations particulières, les établissements de santé privés d'intérêt collectif.

L'exécution des missions de service public se fera en principe sur le mode du volontariat, mais l'agence régionale de santé conservera le droit, en cas d'insuffisance ou de carence sur un territoire de santé, d'imposer une mission de service public à un établissement de santé.

Par ailleurs, les garanties et les obligations attachées aux missions de service public sont désormais mieux définies, qu'il s'agisse notamment de la garantie d'un égal accès à des soins de qualité, d'un accueil et d'une prise en charge vingt-quatre heures sur vingt-quatre et d'une prise en charge sans dépassement d'honoraires.

Il est également prévu que lorsque des établissements de santé privés participeront à l'une ou plusieurs des missions de service public, les exigences attachées à celles-ci

trouveront leur déclinaison dans les contrats d'exercice libéral des médecins exerçant dans les dits établissements.

La possibilité de confier des missions de service public à des établissements de santé quelle que soit leur nature est donc clairement assortie d'obligations de soins. En particulier, les établissements de santé privés devront appliquer les tarifs conventionnés sans dépassements pour l'ensemble de la prise en charge des patients accueillis en urgence ou au titre d'une de ces missions de service public.

Une meilleure définition des missions des établissements de santé, et tout particulièrement des missions de service public pour lesquels le champ des établissements pouvant y participer est étendu, permettra ainsi de s'assurer de la couverture territoriale la plus large tout en garantissant l'accès à l'ensemble de la population »¹⁹⁶.

¹⁹⁶ ROLLAND, J.-Marie, *op. cit.*, p. 15-16.

CONCLUSION DE LA SECTION I

Telles sont donc les justifications et modalités de mise en œuvre de l'exécution des missions de service public pour n'importe quel établissement quel que soit son statut. Pour autant, cela n'éclaire en rien la définition de la notion de l'établissement de santé. Par ailleurs, tout patient quel que soit son lieu d'hospitalisation se voit appliquer les mêmes droits, et tout établissement de santé peut exercer des missions de service public. Par conséquent, l'ensemble de ces considérations pourraient signer la fin de ce travail avant même de l'avoir commencé.

Pourtant, subsiste une offre de soins duale public/privé. Est-ce à dire que les conséquences dans la prise en charge des patients hospitalisés demeurent différentes d'un secteur à un autre ? Avant de répondre à cette question, qui constitue le cœur de notre problématique, il reste à aborder la place qu'occupe l'hospitalisation privée au sein du paysage sanitaire français, expliquant la dichotomie de notre système de santé et justifiant l'intérêt de ce travail.

SECTION II

Une dualité de l'offre de soins où l'hospitalisation privée occupe une place prépondérante

Depuis les premiers développements de ce travail, on parle de dualité du système de santé français, dualité reposant sur le clivage public/privé. Il était donc impératif d'appréhender ce qui constitue ce clivage, et tenter de déterminer ce qui distingue un établissement public de santé d'un établissement de santé privé (paragraphe 1) pour permettre d'identifier quelle place occupe l'hospitalisation privée dans le champ sanitaire français (paragraphe 2).

Paragraphe 1 – La dichotomie du paysage sanitaire français

La loi du 31 juillet 1991¹⁹⁷ a créé une seule catégorie d'établissements d'hospitalisation, les établissements de santé, qui regroupe les établissements publics de santé (A) et les établissements de santé privés à but lucratif et non lucratif¹⁹⁸ (B). La qualification juridique de l'établissement de soins permet de distinguer les établissements publics de santé, personnes morales de droit public des établissements de santé privés qui sont des personnes morales de droit privé. Pour autant il n'existe pas de définition juridique de l'établissement de santé en tant que tel. Il apparaît cependant important, dans le cadre de ce travail de recherche, de définir le cadre de l'étude puisqu'il s'agit de traiter du patient hospitalisé dans un établissement de santé privé.

¹⁹⁷ *Op.cit.*

¹⁹⁸ 3052 entités juridiques, public/privé confondu.

A – L'offre de soins publique

Avec un peu plus de 1 000 entités juridiques¹⁹⁹, « les établissements de santé publics constituent « des personnes morales de droit public dotées de l'autonomie administrative et financière. Ils sont soumis au contrôle de l'État. Leur objet principal n'est ni industriel, ni commercial. Le ressort des centres hospitaliers peut être communal, intercommunal, départemental, régional, interrégional ou national »²⁰⁰. Depuis 1991, on distinguait deux catégories d'établissements publics de santé, à savoir les centres hospitaliers et les hôpitaux locaux. Le nouveau cadre législatif fixé par la loi « Hôpital, patients, santé et territoire »²⁰¹, précise que « les établissements publics de santé sont les centres hospitaliers et les groupements de coopération sanitaire²⁰² de droit public exerçant des activités de soins

¹⁹⁹ Sources Irdes Eco-Santé, Mars 2011.

²⁰⁰ Art. L. 6141-1 du Code de la santé publique.

²⁰¹ Art. L. 6141-2 du Code de la santé publique.

²⁰² Art. L. 6133-1 à L. 6133-9 du Code de la santé publique. Il constitue un mode privilégié entre établissements de santé publics et privés et permet également les coopérations avec les professionnels de santé libéraux, les centres de santé, d'autres organismes ou le secteur médicosocial. Il permet de mutualiser des moyens ou d'exercer en commun une activité autorisée sur un ou plusieurs territoires de santé, et à l'échelle d'une ou plusieurs régions... Deux types de GCS sont distingués. Le GCS de mise en commun de moyens, d'une part, et le GCS autorisé à exercer, en son nom une ou plusieurs activités de soins, qualifié d'établissement de santé, d'autre part. Le GCS de moyens a pour objet de faciliter, de développer ou d'améliorer l'activité de ses membres. Ce groupement poursuit un but non lucratif. Il peut être constitué par des établissements de santé publics ou privés, des établissements médicosociaux, des centres de santé et des pôles de santé, des professionnels médicaux libéraux exerçant à titre individuel ou en société. Il doit comprendre au moins un établissement de santé. Un groupement de coopération sanitaire de moyens peut être constitué pour organiser ou gérer des activités administratives, logistiques, techniques, médicotéchniques, d'enseignement ou de recherche. Il peut également être constitué pour réaliser ou gérer des équipements d'intérêt commun ; il peut, le cas échéant, être titulaire à ce titre de l'autorisation d'installation d'équipements matériels lourds. Enfin, un GCS peut être constitué pour permettre les interventions communes de professionnels médicaux et non médicaux exerçant dans les établissements ou centres de santé membres du groupement ainsi que des professionnels libéraux membres du groupement. Il peut être constitué avec ou sans capital. La convention constitutive, déterminant les modalités d'organisation et de fonctionnement du groupement, est soumise à l'approbation du directeur général de l'agence régionale de santé, qui en assure la publication (art. L. 6133-3 du Code de la santé publique). Ce groupement acquiert la personnalité morale à dater de cette publication. Le GCS de moyens est une personne morale de droit public. Dans ce cas précis, soit il est constitué exclusivement par des personnes de droit public, ou par des personnes de droit public et des professionnels médicaux libéraux, soit si la majorité des apports au groupement ou, s'il est constitué sans capital, des participations à ses charges de fonctionnement proviennent de personnes de droit public. Mais le GCS de moyens peut être une personne morale de droit privé. Dans ce cas-là, soit il est constitué exclusivement par des personnes de droit privé, soit si la majorité des apports au groupement ou, s'il est constitué sans capital, des participations à son fonctionnement proviennent de personnes de droit privé. Lorsqu'il est titulaire d'autorisations d'activités de soins, le groupement de coopération sanitaire est un établissement de santé. Le GCS de droit privé est érigé en établissement de santé privé, par décision du directeur général de l'agence régionale de santé.

La seconde forme du GCS est celle d'un établissement de santé. Ce qui est la nouveauté principale introduite par la loi HPST. Il revient au directeur général de l'ARS de décider d'ériger un GCS en établissement de santé. Le groupement est alors titulaire des autorisations d'activités de soins exercées par cet établissement. Il est une personne de droit privé, s'il est exclusivement composé de personnes de droit privé, soit si la majorité des apports ou des participations proviennent de personnes de droit privé... Il est de droit public, s'il est constitué exclusivement de personnes publiques ou par des personnes de droit public et des

soumises à autorisation en application des articles L. 6122-1 ou L. 6122-21 du Code de la santé publique.

Parmi les 1 000 entités juridiques publiques, selon l'article L. 6141-2, coexistent trois types d'établissements financés de manière identique mais qui se différencient selon leurs missions. Ainsi, 31 centres hospitaliers régionaux (CHR) assurent les soins les plus spécialisés à la population de la région ainsi que les soins courants à la population la plus proche. Les centres hospitaliers régionaux (CHR) ont une vocation régionale liée à leur spécialisation tout en assurant en outre les soins courants à la population proche. La majeure partie des CHR est aussi des centres hospitaliers et universitaires (CHU), centres de soins où, dans le respect des malades, sont organisés les enseignements publics médical, pharmaceutique et postuniversitaire. Les CHU participent également, sans préjudice des attributions des autres établissements de recherche et d'enseignement, à la recherche médicale et pharmaceutique et aux enseignements paramédicaux.

Environ 608 centres hospitaliers (CH), catégorie intermédiaire d'établissements, assurent la majeure partie de la prise en charge ; près de 90 d'entre eux sont spécialisés en psychiatrie. Enfin 343 hôpitaux locaux assurent pour l'essentiel une fonction d'accueil et de soins pour personnes âgées²⁰³. Ces derniers, destinés à assurer une offre de proximité, comportent exclusivement des activités de médecine, de soins de suite ou de réadaptation (SSR) et de soins de longue durée²⁰⁴.

Il est à noter que le service public hospitalier (SPH) englobe les établissements privés admis à assurer le service public hospitalier, souvent dénommés « participant au service public hospitalier » (PSPH) devenus avec la loi HPST, ESPIC²⁰⁵, ainsi que des établissements privés, nettement moins nombreux, ayant conclu un contrat de concession pour l'exécution du service public hospitalier²⁰⁶. S'y adjoignent les centres de lutte contre le cancer (CLCC) ; ceux-ci assurent certaines missions des établissements de santé et du service public hospitalier, dans le domaine de la cancérologie principalement²⁰⁷.

professionnels médicaux libéraux il est établissement public de santé. Les règles de fonctionnement sont alors celles de l'hôpital public. La seule exception concerne les instances. Il est érigé en établissement public de santé par décision du directeur de l'agence régionale de santé (art. L. 6133-7 du Code de la santé publique).

²⁰³ *Les établissements de santé – Un panorama pour l'année 2007*, coll. « Études et statistiques », DREES, publications annuelles.

²⁰⁴ Art. R. 6141-18 du Code de la santé publique.

²⁰⁵ Établissement de santé privé d'intérêt collectif.

²⁰⁶ Art. L. 6161-9 du Code de la santé publique.

²⁰⁷ Afin de prendre en compte la spécificité de l'ancien secteur dit PSPH, la loi « HPST » a créé une nouvelle catégorie d'établissements soumis à des obligations particulières : les établissements de santé privés d'intérêt collectif (ESPIC). Sont qualifiés d'établissements de santé privés d'intérêt collectif : les centres de lutte contre le

Le service public hospitalier concourt, au-delà des missions de l'ensemble des établissements de santé, à « l'enseignement universitaire et postuniversitaire et à la recherche, à la formation continue des sages-femmes et du personnel paramédical et à la recherche dans leurs domaines de compétence, aux actions de médecine préventive et d'éducation pour la santé et à leur coordination, [...] à l'aide médicale urgente et à la lutte contre l'exclusion sociale... »²⁰⁸.

Ainsi, les établissements publics ou privés du service public hospitalier ont pour mission de garantir « l'égal accès aux soins qu'ils dispensent. Ils sont ouverts à toutes les personnes dont l'état requiert leurs services. Ils doivent être en mesure de les accueillir jour et nuit, éventuellement en urgence, ou d'assurer leur admission dans un autre établissement assurant le service public [...]. Ils ne peuvent établir aucune discrimination entre les malades en ce qui concerne les soins. Ils ne peuvent organiser des régimes d'hébergement différents selon la volonté exprimée par les malades que dans les limites et selon les modalités prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur²⁰⁹. Seuls ces établissements peuvent comporter un service d'aide médicale urgente (SAMU)²¹⁰ et mettre en place des permanences d'accès aux soins de santé (PASS)²¹¹.

Qu'en est-il de l'établissement privé ?

B – L'offre de soins privée

Les établissements de santé privés sont soit à but lucratif, soit à but non lucratif. Dans ce dernier cas, ils sont généralement issus de mouvements religieux, caritatifs ou mutualistes.

Dans le cas des établissements à but lucratif, souvent dénommés « cliniques », plusieurs personnes morales peuvent coexister, à savoir, l'une possédant le patrimoine immobilier, l'autre assurant l'activité d'hospitalisation, d'autres encore organisant ou possédant des éléments du plateau technique. Cette spécificité sera abordée ultérieurement²¹².

cancer ; les établissements de santé privés gérés par des organismes sans but lucratif qui en font la déclaration auprès de l'agence régionale de santé (ARS).

²⁰⁸ Art. L. 6112-1 du Code de la santé publique.

²⁰⁹ Art. L. 6112-2 du Code de la santé publique.

²¹⁰ Art. L. 6112-5 du Code de la santé publique.

²¹¹ Art. L. 6112-6 du Code de la santé publique.

²¹² Titre I, chapitre I, section III.

Les établissements de santé privés sont au nombre de 2042 répartis en 1 151²¹³ établissements privés à but lucratif, souvent dénommés « cliniques privées » (1), 891 ayant un caractère non lucratif²¹⁴ (2).

1. Des établissements privés lucratifs, plus représentatifs quantitativement

Les établissements à but lucratif constituent en droit, soit des sociétés civiles ou commerciales²¹⁵, soit, de plus en plus, des groupements d'intérêt économique (GIE)²¹⁶. Ils sont alors des personnes morales de droit privé. Bien que soumises à un régime juridique de droit privé, ils doivent se plier, dans l'intérêt de la santé publique, à une réglementation de plus en plus coercitive. Ils sont majoritaires au sein du secteur privé, puisqu'ils sont au nombre de 1151.

2. Des établissements non lucratifs

Les établissements à but non lucratif sont administrés par des collectivités très différentes : fondations²¹⁷, associations²¹⁸ et fédérations, sociétés mutualistes²¹⁹, caisses de Sécurité sociale, congrégations religieuses²²⁰, Croix Rouge française. La plupart d'entre eux participent au service public hospitalier, dont les vingt centres de lutte contre le cancer²²¹.

Cette répartition sera abordée plus précisément, et revue ultérieurement, mais il est à noter que de nombreux établissements de santé privés, en particulier à but lucratif, sont

²¹³ Sources Irdes Eco-Santé, Mars 2011.

²¹⁴ Parmi ces sept cent quatre-vingts, vingt sont en charge de la lutte contre le cancer, précédemment abordé.

²¹⁵ Société en nom collectif, en commandite simple, anonymes (SA) ou anonymes à responsabilité limitée (SARL).

²¹⁶ Les GIE (Groupement d'intérêt économique) ont été créés par une ordonnance de 1967 dont l'objet est la mise en œuvre des moyens propres à développer l'activité économique de leur membre ou en augmentant leur résultat. Ils n'ont pas le but de réaliser de profit, mais un but intéressé. Le législateur a conféré une large capacité d'action sur tout le terrain patrimonial.

²¹⁷ Loi n°87-571 du 23 juillet 1987 SUR LE DEVELOPPEMENT DU MECENAT, *JORF* du 24 juillet 1987 page 8255

²¹⁸ Les personnes morales qui n'ont pas de but lucratif peuvent être des associations qui sont régies par la loi du 9 juillet 1901. Elles sont déclarées comme bénéficiant de la personnalité morale, mais la capacité juridique est alors restreinte car la défense porte sur les intérêts pour lesquels elles ont été constituées. L'association peut être reconnue d'utilité publique et subir un contrôle de l'état. Enfin les associations non déclarées n'ont pas la personnalité morale, mais ont une existence légale. La capacité juridique est restreinte. On trouve ensuite une coopération et une mutuelle qui bénéficie d'un régime juridique libéral.

²¹⁹ Art. L. 111-1-13 Code de la mutualité.

²²⁰ Loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, *JORF* du 2 juillet 1901, p. 4025.

²²¹ Art. L. 6162 du Code de la santé publique. Au total, 573 ESPIC, et un peu plus de 300 non ESPIC, non lucratifs.

regroupés dans « des chaînes de cliniques ». [...] Ces chaînes sont aujourd’hui les principaux acteurs de la recomposition du paysage hospitalier privé.

Telle est la diversité de l’offre de soins en France, scindée dans un paysage bipolaire, public/privé. Cependant, malgré les difficultés qu’occasionne cette dichotomie, chacun des secteurs d’hospitalisation occupe une part importante ; et parce que l’hospitalisation privée en France tient une place privilégiée dans certaines de ces activités elle devient prépondérante dans l’offre de soins.

Paragraphe 2 – La place prépondérante de l’offre de soins privée

Aujourd’hui ce sont donc 2042 établissements de santé privés qui participent à l’offre de soins²²². Parmi ces 2042, un peu plus de 1 000 participent à ce que l’on appelle communément le secteur privé lucratif, et sont souvent dénommés « cliniques privées ». Pour mémoire, seul le secteur lucratif intéressera le cadre de ce travail. L’offre de soins privée est donc conséquente même si depuis le milieu des années 1990, le nombre d’établissements de santé s’est régulièrement réduit, essentiellement en raison de la disparition d’établissements privés. En effet, ces derniers, quel que soit leur statut juridique, ont vu leur nombre diminuer de près de quatre cent soixante-dix sous l’effet des réorganisations et restructurations qui ont affecté ce secteur.

Pourtant, l’hospitalisation privée occupe une part importante et incontournable dans l’offre de soins comme l’indiquent les différents éléments, issus du rapport Larcher²²³. L’offre de soins privée du secteur lucratif regroupant l’ensemble des secteurs d’activité aussi bien MCO²²⁴ que SSR²²⁵ ou psychiatrie est assurée par plus de mille établissements, qui délivrent des soins sur l’ensemble du territoire, soit 40 % du total des établissements de santé français.

Afin d’apprécier la place prépondérante de l’offre de soins privée en France, seront envisagés successivement, la capacité d’accueil proposée par l’hospitalisation privée aux

²²² *Les établissements de santé – Un panorama pour l’année 2007*, coll. « Études et statistiques », DREES, publications annuelles.

²²³ *Op. cit.*

²²⁴ Médecine, chirurgie, obstétrique.

²²⁵ Soins de suite et de réadaptation.

patients (A) et le nombre de patients pris en charge en fonction des disciplines exercées au sein d'établissement de santé privé (B).

A – Des évolutions multiples des capacités d'accueil

Comme le laisse apparaître le rapport Larcher²²⁶, l'hospitalisation privée occupe une place prépondérante dans l'offre de soins. « Les cliniques privées ne peuvent aujourd'hui apparaître, sauf situation particulière, comme un simple complément à l'offre de soins du service public hospitalier. La place qu'elles occupent désormais sur certains segments a fortement scellé leur inscription dans l'offre de soins. Ainsi, ce sont près des deux tiers de l'activité de chirurgie (et plus de 70 % pour l'hospitalisation partielle²²⁷), la moitié des séances de radiothérapie un tiers des séances de chimiothérapie²²⁸ et un tiers des journées d'accueil en soins de suite et de réadaptation²²⁹ qui sont réalisées par l'hospitalisation privée. Leur participation à la prise en charge des urgences (10 % des passages aux urgences²³⁰) et le développement d'actions de santé publique au titre des missions d'intérêt général marquent une nouvelle étape de leur évolution »²³¹.

Pourtant, de façon globale et tous secteurs confondus l'on assiste à une diminution du nombre d'établissements de santé, et en premier lieu du nombre d'établissements de santé privés, en fonction de leur activité (1). Cette diminution du nombre de structures de soins s'accompagne d'une diminution du nombre de lits. Toutefois on assiste, dans le même temps, à une double évolution au sein de l'offre de soins privée, à savoir une diminution continue des capacités d'hospitalisation à temps plein, en même temps que se produit une hausse importante du nombre de places d'hospitalisation à temps partiel, qui correspond à une spécificité de l'hospitalisation privée (2).

²²⁶ *Op. cit.*

²²⁷ En 2005, 58 % des séjours relevant d'une catégorie majeure de diagnostic de nature chirurgicale ont été pris en charge par les cliniques (51 % pour l'hospitalisation complète, 72 % pour l'hospitalisation partielle). Source : DREES, PMSI-MCO.

²²⁸ En 2005, les cliniques ont assuré 32 % des séances de chimiothérapie et 51 % des séances de radiothérapie. Source : DREES, SAE.

²²⁹ Source : DREES, SAE.

²³⁰ En 2004, les établissements financés hors dotation globale – cliniques pour l'essentiel – représentaient 17 % des sites d'urgence et 10 % des passages aux urgences. Source : DREES, SAE.

²³¹ LARCHER, Gérard, *Rapport de la commission de concertation sur les missions de l'hôpital*, présidée par M. Gérard Larcher, 2008, p. 22.

1. Une diminution du nombre d'établissements en MCO plus marquée pour le privé

Depuis le milieu des années 1990, le nombre d'établissements s'est continûment réduit. Tous statuts juridiques confondus, le nombre d'établissements a diminué de près de 470 (soit une diminution de 12,5 %) sous l'effet des réorganisations et restructurations qui ont affecté ce secteur.

Au 31 décembre 2005, 2 856 établissements ou entités juridiques sanitaires disposaient de capacités d'accueil en hospitalisation à temps complet (comptées en lits) ou à temps partiel (comptées en places), que ce soit en hôpital de jour, de nuit ou en chirurgie ambulatoire. Au total, ils offraient une capacité d'accueil d'un peu moins de 444 000 lits et 51 000 places.

La réduction du nombre d'établissements est pour l'essentiel due à la réduction du nombre d'établissements privés²³². Ces données ne font pas de distinction selon la discipline (MCO, psychiatrie, soins de suite et de réadaptation, soins de longue durée). Cependant, une étude publiée par la DREES en 2003²³³ analysait l'évolution du nombre d'établissements entre 1992 et 2001 selon le secteur et la discipline médicale. Cette étude n'a pas été réactualisée, le mélange entre les entités juridiques et les entités géographiques ne permettant pas de comparaison homogène (les établissements publics sont généralement pluridisciplinaires). Ainsi, sur la période 1992-2001, pour laquelle ces données sont disponibles, on observe une réduction du nombre d'établissements privés en MCO, alors que des établissements étaient créés pour le moyen séjour, le long séjour et la psychiatrie.

Cependant, si cette diminution du nombre d'établissements apparaît plus marquée en secteur MCO privé elle s'accompagne d'un double mouvement à savoir une diminution des hospitalisations à temps complet alors que dans le même temps le privé connaît une augmentation des hospitalisations partielles.

²³² Pour les établissements privés à but non lucratif, il semble exister un transfert en 1999 d'établissements non PSPH à établissements PSPH. Le nombre global d'établissements privés non lucratifs a diminué, sur la période, de 12,4 %.

²³³ *Les établissements de santé en 2001*, Publication 2003, DREES.

2. Une double évolution du nombre de lits et places

La diminution des hospitalisations à temps complet est plus due au développement de la chirurgie ambulatoire qu'à la diminution du nombre de lits disponibles. Ce transfert d'activité est encouragé par les contrats que signent tous les établissements de santé avec les ARS et conditionnent les modalités tarifaires à certains modes d'exercice.

2.1 Une diminution des capacités d'hospitalisation à temps plein

Entre 1992 et 2006, la capacité en hospitalisation complète s'est fortement réduite. Entre 1992 et 2006, 100 000 lits d'hospitalisation complète ont été supprimés (soit -18 %), tous secteurs confondus. La réduction est de 63 000 lits en MCO (soit -22 %), dont 31 000 lits pour les hôpitaux publics, 12 000 lits pour les établissements privés non lucratifs et 19 000 lits pour les cliniques privées. La réduction est de 31 000 lits en psychiatrie (soit -35 %). Pour le MCO, le mouvement a été plus marqué pour les établissements sous statut privé (-45 % pour le non lucratif, -25 % pour le lucratif) que pour les établissements publics (-18 %). Cette évolution traduit la suppression de capacités devenues excédentaires et l'évolution des modes de prise en charge, qui permet désormais d'assurer de nombreuses interventions sans hospitalisation à temps complet²³⁴.

La fermeture de ces lits s'est effectuée à un rythme assez régulier. Cette inflexion n'a pas touché toutes les disciplines de manière égale. Ainsi, le nombre de lits en court séjour (médecine, chirurgie et gynécologie-obstétrique – MCO) et en psychiatrie a diminué de façon importante, alors qu'il a augmenté en moyen séjour (soins de suite et de réadaptation). Après une augmentation jusqu'en 2001, les capacités d'accueil en long séjour diminuent, en particulier à la suite de la transformation en établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) de certaines unités.

Par ailleurs, la diminution globale du nombre de lits s'est également effectuée à des rythmes différents selon les secteurs d'hospitalisation puisqu'elle correspond à -7 % en dix ans dans le secteur public, et à -6 % dans les cliniques privées commerciales pour atteindre -18 % dans les établissements privés à but non lucratif.

²³⁴ LARCHER, Gérard, *op. cit.*, p. 83.

Ce mouvement, qui résulte en partie d'une volonté de suppression de lits devenus inutiles, traduit ainsi l'évolution structurelle des formes de prise en charge qui se tournent de plus en plus vers des alternatives à l'hospitalisation à temps complet.

2.2 Une hausse importante du nombre de places d'hospitalisation à temps partiel²³⁵

Depuis la fin des années 1980, une transformation des modes de prise en charge est en effet intervenue à la faveur des innovations en matière de technologies médicales et médicamenteuses, notamment en anesthésie. Un nombre croissant de procédures (interventions chirurgicales, explorations endoscopiques, etc.) a pu être effectué en dehors du cadre traditionnel de l'hospitalisation à temps complet. Entre 1998 et 2007, il s'est ainsi créé plus de 7 000 places d'hospitalisation à temps partiel en MCO, venant compléter les 14 000 places déjà existantes. En psychiatrie, le nombre de places est stable depuis 1998. Dans cette discipline, si le recours à l'hospitalisation partielle est ancien dans les secteurs public et privé à but non lucratif, l'émergence de ce type de structures dans les cliniques privées depuis quelques années n'a que peu d'influence sur le nombre total de places. En moyen séjour, près de 2 400 places ont été créées en dix ans. Durant cette période, la croissance du nombre de places a été assez continue dans les établissements publics et privés à but non lucratif ; dans les cliniques privées, ce mouvement s'est accéléré à partir de 2002.

La répartition des places par discipline reflète la spécialisation des différents types d'établissements. En 2007, 43 % des places d'hospitalisation à temps partiel en médecine, chirurgie et obstétrique (MCO) sont offertes par les cliniques, en particulier en anesthésie et en chirurgie ambulatoire²³⁶.

Les établissements privés à but non lucratif regroupent la moitié des capacités d'hospitalisation à temps partiel en moyen séjour, et 18 % des places en psychiatrie. Les hôpitaux publics offrent 81 % des places en psychiatrie ainsi que 47 % des places en court séjour avec une place prépondérante dans l'hospitalisation à temps partiel en médecine et en gynécologie-obstétrique.

²³⁵ *Les établissements de santé – Un panorama pour l'année 2006*, coll. « Études et statistiques », DREES, publications annuelles, p. 4.

²³⁶ *Les établissements de santé – Un panorama pour l'année 2006*, coll. « Études et statistiques », DREES, publications annuelles, p. 84.

En termes de capacités d'accueil, les cliniques regroupent environ 92 219 lits d'hospitalisation complète (dans le même temps les établissements publics regroupent en 2006, 285 203 lits d'hospitalisation complète), soit une taille moyenne, à dimension humaine, équivalente à un établissement de 74 lits, et 9 525 places dont 75 % de la capacité d'accueil en chirurgie ambulatoire. Il est à noter, qu'au-delà des innovations technologiques, la prise en charge ambulatoire est un mode de prise en charge moins coûteux pour l'assurance-maladie. En effet, une enquête nationale réalisée par la CNAMTS sur 5 interventions chirurgicales a démontré que « les séjours pris en charge en ambulatoire coûtent moins cher à l'assurance-maladie que les séjours pris en charge en hospitalisation complète. Ce différentiel est, selon les actes, entre 7 % et 26 % dans le secteur sous objectif national quantifié et entre 25 % et 51 % dans le secteur sous dotation globale ». Ce qui explique également une hausse importante du nombre de place en hospitalisation ambulatoire. Ce développement de la chirurgie ambulatoire est également encouragé par les ARS.

La place de l'hospitalisation privée s'apprécie également à partir d'un comparatif en termes d'activité.

B – La spécification de certaines activités, spécificité de l'établissement de santé privé

En 2008, les établissements de santé publics et privés situés en France ont enregistré un peu plus de 25 millions d'entrées et venues en hospitalisation complète ou partielle, soit une hausse de 1 % par rapport à 2007, à champ constant²³⁷. Les cliniques privées prennent en charge, chaque année, près de 7 millions de patients, et assurent 2 millions de passages aux urgences par an. Elles réalisent 60 % des interventions chirurgicales, 40 % des traitements anticancéreux, 33 % des accouchements, 30 % des séjours en soins de suite et de réadaptation (dont 40 % des séjours de personnes âgées de plus de 80 ans), 25 % des interventions cardiaques, 20 % des séjours psychiatriques pour ce qui est de l'hospitalisation complète, 30 % des traitements de dialyse, 80 % des séjours en chirurgie ambulatoire. L'activité chirurgicale est la discipline majoritairement exercée par les établissements privés (1). Toutefois, l'offre de soins privée gagne des parts de marché dans le SSR (2).

²³⁷ « L'activité des établissements de santé en 2008, en hospitalisation complète et partielle », *Études et Résultats*, n° 716, février 2010, DREES, p. 2.

1. Le partage de la médecine et l'obstétrique en majorité dans le public, et la chirurgie en majorité dans le privé²³⁸

Les activités de médecine et d'obstétrique sont pour les 2/3 assurées par les hôpitaux publics. Pour la chirurgie, les hôpitaux publics assurent 33 % de l'activité, contre près de 59 % pour les cliniques.

En 2006, les cliniques réalisent 47 % des admissions en chirurgie pour l'hospitalisation complète et 80 % des venues pour la chirurgie en hospitalisation partielle. Même si la chirurgie ambulatoire est notamment en plein essor dans les secteurs public (+13,6 %) et privé à but non lucratif (+ 11,4 %), qui gagnent des parts de marché sur le secteur privé à but lucratif (+2,7 %), celui-ci reste toujours très largement majoritaire pour l'hospitalisation partielle en chirurgie, où il accueille 67 % des séjours²³⁹.

Toutefois, si l'hospitalisation privée occupe une place prépondérante en MCO ce mécanisme s'accompagne d'une tendance à la spécialisation.

En effet, concernant l'activité de médecine, on constate une spécialisation des catégories d'établissements selon le groupe de produits. Les cliniques assurent une part de l'activité plus importante pour le vasculaire interventionnel, et une part de l'activité plus faible pour la psychiatrie, la toxicologie, les maladies infectieuses ou encore les maladies du système nerveux, et quasi nulle pour le VIH. Si les établissements privés lucratifs se positionnent plus vers le vasculaire interventionnel plus que vers la toxicologie (domaine de la prévention), c'est surtout parce ces spécialités sont les plus rentables. Cela fait l'objet d'un contrat avec l'ARS prenant en compte le prix par jour et par spécialité. Il est à noter que certains médicaments, dits « molécules coûteuses » sont des médicaments « réservés » au public (tel que la « Méthadone »).

Quant à la spécialisation de l'activité de chirurgie, on note la part élevée de l'activité assurée par les cliniques pour l'ORL, la stomatologie et l'ophtalmologie, supérieure à 70 % des séjours. La spécialisation est accrue pour les cliniques sur certains

²³⁸ LARCHER, Gérard, *op. cit.*, p. 86.

²³⁹ « L'activité des établissements de santé en 2008, en hospitalisation complète et partielle », *Études et Résultats*, n° 716, février 2010, DREES, p. 3.

actes²⁴⁰. Les cliniques se caractérisent également par une part plus importante des actes réalisés en ambulatoire.

Ainsi, l'activité MCO est devenue une activité prépondérante du secteur privé lucratif. Cependant, le secteur privé lucratif tend à développer aujourd'hui l'activité SSR pour en faire un deuxième secteur prépondérant de l'activité de l'hospitalisation privée.

2. L'activité de SSR en hospitalisation privée

En secteur privé l'activité de SSR se caractérise à la fois par une inégale répartition géographique sur l'ensemble du territoire, et une activité en hausse.

Ainsi, les 270 cliniques SSR privées regroupent 23 765 lits d'hospitalisations complètes, 1 079 lits d'hospitalisation partielle, et accueillent chaque année environ 250 000 patients soit 30 % des hospitalisations en SSR. Les établissements de SSR se sont installés, sur la base des injonctions réglementaires du décret du 9 mars 1956²⁴¹, en zone périurbaine ou rurale. Ils ont été ainsi amenés à devenir des plates-formes incontournables de l'organisation sanitaire se situant entre les établissements de court séjour, en amont, et les établissements ou services médicosociaux en aval. Ils ont ainsi un rôle à jouer dans la fluidité des filières d'amont et d'aval. Autour de ces « pôles de référence », des flux de patients locaux, régionaux et même extrarégionaux se sont constitués. Les missions de ces établissements peuvent être sans aucun doute assimilées à celles des hôpitaux locaux, car ils dispensent le même service médical rendu. Leur rayonnement économique et social constitue parfois un élément clef du bassin de population au sein duquel ils se sont implantés. La répartition des lits de SSR est inégale sur le territoire, mais tend à se corriger progressivement par le rééquilibrage de l'offre entre les régions et par une meilleure distribution des structures au sein de chaque région.

Par ailleurs, l'activité de soins de suite et de réadaptation (SSR) des établissements de santé est en hausse. Ainsi, tous modes d'hospitalisation confondus, plus de trois millions

²⁴⁰ Ainsi, les cliniques assurent :

- 73,7 % des amygdalotomies, végétations et drains transtympaniques ;
- 75,8 % des cataractes ;
- 74,7 % des arthroscopies ;
- 66,3 % de la chirurgie de la main et du poignet.

²⁴¹ Décret n°56-284 du 9 mars 1956 complétant le décret 461834 du 20-08-1946 modifié, fixant les conditions d'autorisation des établissements privés de cure et prévention pour les soins aux assurés sociaux

d'entrées sont enregistrées, soit une augmentation de 6,7 % par rapport à 2007. Cette activité poursuit ainsi sa progression entamée depuis plusieurs années. Depuis 2002, le nombre d'entrées a augmenté de 36,2 %.

Cette activité est réalisée pour plus des deux tiers en hospitalisation partielle qui gagne ainsi de plus en plus de terrain sur l'hospitalisation complète. En effet, en 2008, le nombre de venues en SSR augmente de 8,7 % en hospitalisation partielle contre 2,4 % en hospitalisation complète. Cette hausse de l'activité se retrouve quel que soit le type d'établissements.

Cependant l'évolution est plus importante dans les cliniques privées (+11,9 % de venues supplémentaires) que dans les établissements publics et les établissements de santé privés à but non lucratif (respectivement +4,3 % et +9,5 %). Les capacités évoluent en conséquence : dans l'ensemble des établissements de santé, 7 500 places sont ainsi consacrées aux SSR au 1^{er} janvier 2009. En hospitalisation complète, 30 millions de journées ont été réalisées, soit une hausse de 2 %, pour un total de près de 98 000 lits²⁴².

Si l'on fait un comparatif avec le secteur public, l'activité de soins de suite se partage à peu près également entre secteur public et secteur privé : 46 % des séjours ont lieu en établissement public, 28 % en cliniques privées et 26 % en établissement privé à but non lucratif, mais dans les cliniques privées, les nombres de séjours et de journées réalisées en soins de suite augmentent respectivement de 7,7 % et 6,2 %.

Enfin, le secteur privé assure en grande partie la réadaptation fonctionnelle. En effet, trois séjours sur quatre ont lieu dans des établissements privés. Ces derniers enregistrent par ailleurs les plus fortes hausses d'activité. Le nombre de séjours augmente de 11,0 % dans les cliniques privées et de 8,1 % dans les établissements privés à but non lucratif alors que l'activité du secteur public reste quasiment stable (+0,9 %).

Les établissements privés à but non lucratif prennent en charge près de la moitié des séjours en réadaptation fonctionnelle (47 %). Bien que leur activité augmente moins rapidement que celle des cliniques privées lucratives, ces établissements restent les principaux acteurs de cette discipline.

²⁴² Le régime des autorisations en SSR est en cours de modification, à la suite de la parution de décrets en avril 2008. Elle ne sera plus organisée en deux sous-disciplines – soins de suite et réadaptation fonctionnelle – mais sera décomposée en dix activités en fonction des catégories d'affection et selon trois types de prises en charge (enfant, adolescent et adulte). Ces décrets n'ont pas été appliqués dans les établissements de santé au titre de l'année 2008. C'est la raison pour laquelle, dans cette publication, les résultats restent ventilés en soins de suite, d'une part, et en réadaptation fonctionnelle, d'autre part.

CONCLUSION DE LA SECTION II

Afin d'aborder le statut du patient hospitalisé en établissement de santé privé, il était nécessaire d'apprécier la place qu'occupait l'hospitalisation privée au sein du paysage sanitaire français. Ces quelques données chiffrées témoignent de la place prépondérante de l'hospitalisation privée dans l'offre de soins. Elle propose un plateau technique pour le MCO et étend son activité de plus en plus vers le champ SSR. Elle occupe une place dominante en ce qui concerne l'hospitalisation ambulatoire. Son caractère lucratif l'oblige à se spécialiser en offrant aux patients les spécialités les plus rentables, pour elle, ce qui a pour conséquence de pas être présente sur certaines activités proposées par l'hospitalisation publique. Ainsi, l'activité de soins de longue durée est essentiellement prise en charge dans les établissements publics (neuf journées sur dix y sont réalisées), le reste de l'activité étant enregistré dans des établissements privés à but non lucratif et de façon marginale dans les cliniques privées. Il en est de même en ce qui concerne l'activité psychiatrique²⁴³.

Toutefois, deux éléments méritent d'être retenus. D'une part, une diminution du nombre de structures privées alors que dans le même temps on assiste à une hausse du nombre de places d'hospitalisation à temps partiel. D'autre part, l'activité privée tend à se spécialiser. Ces deux caractéristiques seront abordées lors des prochains développements de ce travail, car elles ne seront pas sans conséquences sur la condition du patient hospitalisé.

²⁴³ Les 160 cliniques psychiatriques privées regroupent 12 000 lits d'hospitalisation de psychiatrie générale et spécialisée, d'hospitalisation partielle et de soins de suite et postcure. Ils accueillent chaque année 100 000 patients de toute catégorie sociale, emploient 10 000 salariés dont 6 000 soignants, assurent la continuité des soins vingt-quatre heures sur vingt-quatre avec le concours de 1 000 psychiatres et généralistes, et gèrent 20 % des hospitalisations psychiatriques.

CONCLUSION DU TITRE PRÉLIMINAIRE

À l'issue de l'ensemble de ces développements intéressant aussi bien l'hospitalisation que le patient et les droits du patient, qu'en est-il des droits du patient hospitalisé en établissement privé de santé ? L'unité du droit devait être consacrée. La loi du 4 mars 2002²⁴⁴ y procède : les droits de la personne malade ne varient plus selon les modalités de sa prise en charge sanitaire. Si le dualisme juridictionnel est maintenu, l'unité du droit est assurée.

S'intéresser donc aux droits du patient en fonction de son lieu d'hospitalisation semble donc être superfétatoire. Pourtant, cela constitue la problématique de ce travail. En effet, la dualité de notre système de santé persiste, et ce, malgré les tentatives des pouvoirs publics de les rendre complémentaires. La difficulté rencontrée réside dans le fait que ces deux entités public/privé sont bien distinctes dans leur mode de fonctionnement, et conserve des spécificités. Il était donc logique de s'intéresser aux conséquences engendrées par ces spécificités. Le statut du patient, à travers les droits exercés au sein de l'établissement de soins privé en constitue l'interrogation principale.

²⁴⁴ *Op. cit.*

TITRE I

LA SPÉCIFICITÉ DE L'ÉTABLISSEMENT DE SANTÉ PRIVÉ ET LA CONDITION CONTRACTUELLE DU PATIENT

Comme cela vient d'être exposé, la France dispose d'un système de santé mixte public et privé. Dans l'offre de soins proposée aux patients cohabitent hospitalisation publique et hospitalisation privée. Le patient dispose, ainsi, du libre choix de son lieu d'hospitalisation, et c'est le Code de déontologie médicale et le Code de la santé publique²⁴⁵, qui procurent au patient ce choix entre un secteur public représenté par les hôpitaux publics et un secteur privé. Mais ce choix n'est pas le seul que doit réaliser le patient au moment de son hospitalisation, puisqu'il est de plus possible au sein du secteur privé de distinguer, le secteur privé non commercial du secteur privé commercial. L'offre de soins est donc variée au sein du secteur privé lui-même. Afin de limiter le cadre de ce travail, on a délibérément choisi de traiter exclusivement de l'établissement de santé privé commercial dont la spécificité privée et commerciale, le différencie, totalement, de l'établissement public de santé. Tenter de déterminer le statut du patient hospitalisé en établissement de soins privé c'est avant tout pouvoir distinguer les différences de prise en charge. Cette appréciation ne peut se faire que par une comparaison public et privé.

Ainsi, la possibilité pour le patient de pouvoir choisir, lors de son hospitalisation entre établissement public et établissement privé, implique-t-elle pour lui des droits différents, et de façon plus générale une condition de patient hospitalisé différente ?

Afin d'apporter une première réponse, et pour permettre d'appréhender la spécificité privée de l'établissement de santé et ses conséquences sur la condition du patient hospitalisé, on envisagera tout d'abord les spécificités de l'établissement de santé privé (chapitre I) en ce qu'elles permettent éventuellement de comprendre pourquoi le patient choisit d'être hospitalisé en établissement de santé privé. Dans un deuxième temps seront envisagées les conséquences éventuelles qu'entraîne la nature privée de l'établissement de santé sur la condition juridique du patient hospitalisé (chapitre II).

²⁴⁵ Article L. 1110-8 du Code de la santé publique : « Le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé est un principe fondamental de la législation sanitaire ».

LES SPÉCIFICITÉS DE L'ÉTABLISSEMENT DE SANTÉ PRIVÉ

Les établissements privés à but lucratif sont au nombre de 1151²⁴⁶ et comptent 93 812 lits, en France métropolitaine. Ils sont le plus souvent constitués sous forme de sociétés de personnes ou de capitaux, au sein desquelles s'exerce l'activité libérale des praticiens. Cette particularité de fonctionnement, est une des spécificités de l'établissement de santé privé, parmi d'autres, qui seront abordées dans ce premier chapitre. Ces spécificités constituent-elles, pour autant, un des critères de choix du patient ?

Ces spécificités contribuent à faire de l'établissement de santé privé, « un objet de gestion non identifié »²⁴⁷, qualification utilisée par certains auteurs, parce qu'il présente une complexité à la fois économique, organisationnelle et juridique. Cette complexité, fruit de l'histoire, est la résultante, de toutes les spécificités qui constituent, aujourd'hui l'établissement de santé privé. Ainsi, la structuration de l'établissement de santé privé tout au long de son histoire, constitue-t-elle la première de ces spécificités (section I) ; cette évolution historique au cours des années a engendré, à son tour, des spécificités à la fois économiques (section II) et juridiques (section III), qui ont eu et ont des conséquences sur la condition du patient.

²⁴⁶ Source Irdes Eco-Santé France Mars 2011 corrélée avec le site « hôpital.fr », édité par la fédération hospitalière de France, dernière mise à jour 2010.

²⁴⁷ CLAREVANNE, Jean-Pierre, PIOVESAN, David, « La clinique privée, un objet de gestion non identifié », *Revue française de gestion*, 2003/5, n° 146, p. 143.

SECTION I

La structuration de l'établissement de santé privé, fruit de l'initiative mercantile : Du pèlerin au patient

Depuis l'instauration de nouvelles institutions par la révolution de 1789, et l'apparition d'institutions hospitalières publiques, des établissements d'hospitalisation privés, fruits de l'initiative mercantile ou philanthropique, ont été créés.

En effet, la fin du xix^e siècle et le début du xx^e voient apparaître un type nouveau d'établissement de santé privé, en l'occurrence, la clinique (paragraphe 1), qui ne va cesser de se développer et de se diversifier. Mais, face à l'augmentation des dépenses de santé, aux évolutions technologiques et aux besoins des patients, de plus en plus exigeants, les établissements de santé privés ont dû, dès la seconde moitié du xx^e siècle, se regrouper afin de mutualiser leurs moyens et d'offrir, ainsi, au patient un plateau technique concurrentiel avec celui du secteur public (paragraphe 2).

Paragraphe 1 – La « clinique », fruit d'une histoire ancienne

La structuration du marché des cliniques est le fruit de l'histoire des médecins et des cliniques qu'ils ont fondées. Ainsi, depuis leur naissance, les cliniques privées sont un lieu d'innovations organisationnelles au sein duquel les modes d'actions collectives ne cessent de se transformer sous l'impulsion première d'un acteur central, le médecin²⁴⁸. À chaque génération de médecins correspond une nouvelle génération de formes organisationnelles. Selon Schumpeter²⁴⁹, les médecins insatisfaits des anciens modes d'exercice, créent de nouveaux modes d'organisation, de nouveaux supports organisationnels à leur activité rompant avec les principes et les modes de faire anciens.

Aujourd'hui le paysage des cliniques s'est considérablement modifié. Ce qui explique peut-être que l'on préfère employer le terme d'établissement de santé privé plutôt que celui

²⁴⁸ CLAREVANNE, Jean-Pierre, PIOVESAN, David, « La clinique privée, un objet de gestion non identifié », *Revue française de gestion*, 2003/5, n° 146, p. 143-153.

²⁴⁹ SCHUMPETER, Joseph, *Théorie de l'évolution économique, recherches sur le profit, le crédit, l'intérêt et le cycle de la conjoncture*, Paris, Dalloz, 2001.

de clinique. Si cette évolution s'est faite sous une impulsion économique et juridique, elle s'est également réalisée en raison de la pression exercée par les patients, toujours plus exigeants en matière de qualité et de sécurité des soins.

Ainsi, le paysage sanitaire français est-il passé d'un mode d'exercice, le plus souvent familial à ses origines (A) à un exercice, aujourd'hui, le plus souvent, en groupe (B).

A – De la clinique de famille...

Même si l'histoire de l'établissement de santé privé se confond le plus souvent avec celle de l'hôpital, établissement public de santé, l'établissement de santé privé est apparu le premier (1) et a connu toute une série de transformations au cours de l'histoire (2). C'est non le statut mais la condition du patient qui apparaît déjà comme un critère de ce choix entre les différentes structures créées.

1. Du grec *kliniké* au latin *clinicus*

L'étymologie du terme clinique vient du grec *kliniké* ou *kliné* qui signifie « lit » et s'applique en premier lieu aux études cliniques faites auprès et sur les malades alités. Les établissements de soins étaient conçus, alors, pour la réalisation de ces études²⁵⁰. Selon les définitions données par le *Larousse Universel* et le *Robert de la langue française*, le terme « clinique » viendrait du latin *clinicus* (adjectif et nom) et du grec *klinicos* qui signifie être couché.

Toutes les évolutions que va connaître l'établissement de soins privé, tout au long des siècles, vont avoir une influence sur la condition du patient. En effet, de la condition de « pèlerin » en, passant par celle de « pauvre », et de malade nécessitant des soins, le patient va devenir, à son insu, une source de profit pour l'établissement de soins privé permettant à ce dernier, s'il en a les moyens de privilégier le confort pour se faire soigner.

²⁵⁰ BARDOUL, Jacques, *Médecins et cliniques ; les médecins dans leurs rapports juridiques avec les cliniques*, Thèse Paris, déc. 1950, p. 6.

2. Des hospices à l'avènement de la clinique : De la prise en charge populaire du soin à la prise en charge d'une clientèle aisée

C'est sous l'impulsion, entre autres de la Basiliade, sorte de clinique créée, en Cappadoce, par saint Basile au iv^e siècle pour héberger pauvres et malades, que de multiples maisons identiques se sont développées, financées par l'Église et par des particuliers. Le Code de Justinien au vi^e siècle reconnaît ces institutions, comme des personnes morales distinctes de l'Église ou de l'État. L'idée est alors d'éviter de « transformer l'hospitalisation en un service public souvent trop lourd à supporter pour les finances de l'État »²⁵¹. C'est ainsi que, à l'époque carolingienne, le recueil d'Ansegise²⁵² traite également des établissements en les dissociant selon les hôtes reçus, malades, infirmes, orphelins ou nourrissons. Au Moyen Âge, l'idée de servir l'autre prédominant toujours, deux types d'établissements coexistent alors. D'une part, les établissements destinés à l'hébergement des pauvres et des pèlerins, classiquement appelés hospices, d'autre part les établissements plus tournés vers la réalisation du soin, classiquement appelés hôtel-Dieu.

2.1 Les hospices, hébergements pour les pauvres et les pèlerins, uniquement

Les hospices concernent l'hébergement sans véritables soins. On peut distinguer, ainsi, les *loci religiosi*, des *loci privati*. Les premiers, se comptant par dizaine dans les villes, sont des maisons ou des propriétés privées que des propriétaires font bâtir ou cèdent. Une chapelle manifeste souvent l'aspect religieux des lieux. À l'inverse, les *loci privati* ou *hospitalia privata* n'ont pas de chapelle et ne sont pas soumis à l'autorisation de l'évêque. Ainsi, l'initiative privée et charitable est à l'origine de ces établissements [...].

2.2 Les hôtels-Dieu, pour les personnes malades, seulement

Les hôtels-Dieu, quant à eux, répondent davantage à l'idée d'établissement de santé, puisque les soins *stricto sensu* sont réalisés dans les hôtels-Dieu. Ils hébergent des malades. Leur mission de soins est néanmoins loin d'être exclusive puisqu'ils aident aussi orphelins ou

²⁵¹ IMBERT, Jean, *Histoire des hôpitaux en France*, 7^e éd. Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1996, p. 7-8.

²⁵² Ansegise, abbé de Lobe, selon quelques-uns, ou selon M. Baluze, abbé de Fontenelles, a fait le premier un recueil des règlements contenus dans les capitulaires de Charlemagne et de Louis le Débonnaire ; ce recueil est partagé en quatre livres, et a été approuvé par Louis le Débonnaire et par Charles le Chauve.

vieillards. Pour l'ensemble de ces fonctions, ces établissements bénéficient de financements par des particuliers.

Ce n'est que plus tard, que naissent les maisons de santé. La création de ces maisons n'a plus pour cause l'abnégation individuelle ou l'altruisme, mais la recherche personnelle de l'élévation de l'âme. En effet, en fondant un établissement, le bienfaiteur s'assure de gagner son paradis »^{253, 254}.

2.3 L'intervention grandissante de l'État

Ce n'est qu'à partir de 1799, que le Premier Consul (Bonaparte) autorise la création de lits grâce à la contribution de donateurs. En effet, la charité publique est très développée mais nominative. Cependant, si cette période s'avère très courte, elle laisse place, à l'Empire et à l'Europe napoléonienne, qui dès 1806, voit la création d'établissements de soins privés autorisée par l'Empereur. C'est alors l'immixtion de l'État dans le monde de la santé. Toutefois, cette intervention de l'État n'est pas considérée comme étant la première puisque l'on a pu retrouver les prémices du contrôle de l'État dès le Moyen Âge, les fondations créées, alors, n'obtenant leur existence réelle, que grâce à une reconnaissance des autorités administratives.

Avec le temps, selon B. Michel-Xiste, le contrôle imposé par Napoléon devient moins strict et peu à peu les règles s'assouplissent. L'État se dégage de ce contrôle en allouant une dotation financière insignifiante aux établissements privés. « Les établissements tenus par des congrégations religieuses restèrent soumis à l'œil vigilant de l'État. Les congrégations (communautés catholiques, juives ou protestantes) disposèrent d'une souplesse de gestion appréciable ainsi que d'une organisation avec un personnel mobile. Comme les associations, les congrégations religieuses du ^{xx}^e siècle relèvent de la loi du 1^{er} juillet 1901 et bénéficient du même régime. Brièvement, elles n'ont pas besoin d'apports pour exister (à la différence des sociétés commerciales) ; elles ont un objet civil et ne doivent pas avoir comme objectif le partage des bénéfices. Elles ne peuvent pas faire de spéculations immobilières »²⁵⁵.

²⁵³ C'est ce que l'on appellera « l'étape de l'élévation personnelle ». L'exemple que l'on peut citer est celui des hospices civils de Beaune, en Bourgogne (l'un des plus célèbres hôtel-Dieu) ; sur l'acte de fondation de l'établissement, Nicolas Rolin, l'instigateur, précise que le salut personnel est la motivation de la réalisation.

²⁵⁴ LANTRES, Olivier, *La responsabilité des établissements de santé privés*, Thèse de droit privé : Université de Poitiers, le 29 octobre 1999, Les Études hospitalières, coll. « Thèse », éd. 2001, p. 22.

²⁵⁵ MICHEL-XISTE, Barbara, *Les relations juridiques entre les praticiens de santé, les cliniques privées et les patients*, Thèse soutenue à l'université de Poitiers, le 4 avril 2000, Les Études hospitalières, coll. « Thèse », 2001, p. 75.

2.4 L'avènement de la « clinique » : Contre paiement, le droit du patient au confort

Ce n'est qu'à la fin du xix^e siècle et au début du xx^e que l'on voit apparaître un type nouveau d'établissement de santé privé, la clinique. À la différence des maisons existant auparavant, elle est fondamentalement orientée vers le soin délivré contre paiement, mais elle est également orientée vers le confort. Ce dernier critère sera un des premiers critères de choix du patient durant ces années-là, et perdurera. Il constituera le premier critère de « recrutement de la clinique ».

Ces cliniques sont alors constituées pour la plupart par des médecins. Les premières cliniques, au sens actuel du terme, sont créées par des chirurgiens et des obstétriciens, et sont réputées pour leur confort et leur plateau technique²⁵⁶. Ainsi est-il possible d'avancer que la clinique privée à but commercial est apparue au xix^e siècle pour une clientèle aisée, capable de payer les honoraires et les frais de séjour. Les cliniques créées avant la Première Guerre mondiale comme dans l'immédiat après-guerre sont des extensions du cabinet individuel du médecin sous la forme de miniplateaux techniques. Elles sont fondées pour la plupart par des médecins de famille, créant à côté de leur cabinet une annexe pour recevoir leurs patients en permanence. Ce sont des hôtels particuliers qui servent à ces fins²⁵⁷. Ces petites cliniques, construites sur le modèle de la *clinique villa*²⁵⁸, c'est-à-dire cabinet au rez-de-chaussée, clinique à l'étage, logistique en sous-sol, sont le produit de la chirurgie scientifique et technicienne naissante. Le médecin demeure seul dans son exercice professionnel. La clinique est alors une entreprise individuelle régie par le droit civil, qui permet au médecin d'exercer son métier. Elle fait souvent partie du patrimoine personnel des fondateurs, ce qui par ailleurs présente de très nombreux inconvénients lors des faillites. Ces spécialistes, en raison de la technicité de leur art, ont besoin d'une infrastructure importante pour accueillir leurs patients ; elles constituent donc leur outil de travail et contribuent au prolongement de l'activité des praticiens libéraux exerçant en cabinet. Cet outil facilite la réunion de spécialistes, l'examen et les soins des patients. Les cliniques permettent d'éviter les contagions et sont, alors, beaucoup moins encombrées que les hôpitaux. Enfin, le fonctionnement administratif apparaît plus simple que celui des hôpitaux et permet d'avoir un personnel bien formé, efficace et compétent.

²⁵⁶ MAILLARD, Christian, *La liberté des hôpitaux dans l'histoire*, RSFHH, n° 80, 4/1995, p. 36.

²⁵⁷ LANTRES, Olivier, *op. cit.*, p. 30.

²⁵⁸ CLAVERANNE J.-Pierre, PIOVESAN David, *op. cit.*, p. 143-153.

Mais, si les cliniques sont à l'origine de petites entreprises individuelles, émanant le plus souvent d'initiatives privées, où le confort pour le patient l'emporte sur le soin, elles vont devoir, petit à petit se regrouper sous l'effet conjugué de plusieurs facteurs afin de former des groupements de cliniques privées et répondre ainsi aux demandes des patients de plus en plus exigeants et faire face à la concurrence de l'hôpital public.

B –Au groupe de cliniques

À l'origine, les cliniques pouvaient être regroupées en quelques catégories, telles que les congrégations religieuses, les établissements créés par des industriels et des sociétés mutualistes, les associations, les fondations et enfin les cliniques privées à but lucratif créées pendant l'entre-deux-guerres. Mais, petit à petit, on va assister à une « démocratisation » de l'établissement de soins privé, qui, bien que privilégiant le confort, reste orienté vers le soin. Cela se concrétise, tout d'abord, par des structures qui deviennent plus importantes aussi bien en termes de capacité que d'activités (1) et qui vont finir par se regrouper (2).

1. De la clinique à la polyclinique : La rentabilité devient la priorité

Entre 1945 et la fin des années 1960, les cliniques privées appartiennent traditionnellement à un praticien actionnaire qui engage d'autres médecins, et ce, afin d'assurer l'équilibre financier grâce au reversement d'une partie de leurs honoraires. La nécessité d'agrandir le plateau technique et de le moderniser sous l'effet du progrès de la médecine, amène d'autres médecins libéraux, le plus souvent de la même spécialité, à rejoindre cette clinique afin de mutualiser leurs ressources financières et en particulier leur capacité d'investissement face à des équipements technologiques dont le coût a fortement augmenté. Ce passage de l'exercice individuel à l'exercice collectif scelle la naissance de la clinique privée en tant qu'organisation. C'est la clinique caractérisée par *l'intuitu personae* qui associe les médecins. Il n'y a pas, encore, de « technostructure », c'est-à-dire qu'il n'y a pas de cadres dirigeants distincts des propriétaires, ni de fonction de contrôle de gestion. Cela se traduit, dans les cliniques au capital très fermé, par la réunion d'une assemblée générale ordinaire annuelle ou d'un conseil d'administration qui se résume à un pur exercice formel dénué de tout contenu (dont la forme la plus courante est la signature formelle des

procès-verbaux), les décisions essentielles ayant été prises à d'autres moments, entre associés. Ce fonctionnement est inhérent à la concentration du capital entre quelques mains et à la volonté de maximiser l'intérêt de ces quelques membres, puisque l'entreprise leur appartient.

Ce n'est que vers les années 1960, que le paysage des cliniques va connaître, une nouvelle évolution. De la clinique d'une dizaine de lits, la clinique devient polyclinique. La polyclinique constitue alors une structure de taille conséquente, puisqu'elle comporte en 1983 environ « 156 lits en Belgique, 110 lits en Italie, 80 lits en Allemagne, 70 lits en France, 33 lits en Angleterre²⁵⁹ et la tendance est à l'augmentation du nombre de lits. Le directeur de la clinique, à la fois praticien et administrateur, devient un directeur à part entière. Il devient le maillon entre le pouvoir financier qui s'exerce dans l'entreprise, et les médecins. À ce titre c'est quotidiennement qu'il règle les conflits et rend les arbitrages. Historiquement, cette fonction était liée au chirurgien dominant dans la clinique [...] la fonction consistant essentiellement en la gestion du personnel et de l'économet. Les relations avec le corps médical étaient assurées par le médecin propriétaire, qui était intégré à l'équipe médicale. Mais la fonction va évoluer en raison de deux facteurs : le développement de l'établissement « clinique » en tant que tel [...] et l'intervention des groupes. Ainsi, le directeur de la clinique doit-il assurer le lien entre plusieurs parties que représentent le groupe, les médecins, le personnel et... les patients.

Petit à petit l'extension de la clinique devenue polyclinique ne va pas suffire à satisfaire la meilleure prise en charge des patients au moindre coût. L'établissement de soins va devoir mutualiser ses moyens et se restructurer.

2. De la polyclinique au groupe

Avec l'avènement des années 1980 l'on assiste, donc, à une nouvelle évolution qui va correspondre à la modernisation des cliniques *via* un investissement en plateaux techniques (scanners, endoscopies...), et au recrutement de gestionnaires « professionnels » remplaçant les chirurgiens propriétaires. C'est le commencement de la transmission des cliniques à des groupes financiers. Il s'agit d'une première phase de restructuration, ou le gestionnaire devient un « administratif » à part entière. Mais une seconde phase de restructuration va

²⁵⁹ « L'avenir de l'hospitalisation privée dans le marché commun », *Hospitalisation privée*, n° 234, octobre 1983, p. 30.

marquer les années 1990²⁶⁰ avec des fermetures, des regroupements, des conversions d'activités et surtout le développement de la chirurgie ambulatoire. C'est l'ère des restructurations.

Paragraphe 2 – Les restructurations hospitalières, l'apparition des groupes, et le développement de la chirurgie ambulatoire : Mieux soigner au meilleur coût

Bien que le paysage de l'hospitalisation privée « à but lucratif » français reste très marqué par le modèle de la clinique de taille réduite détenue par un ou plusieurs médecins ou leurs familles, ce secteur se voit traversé par un mouvement de concentration qui fait chuter le nombre de ces établissements. On assiste à la fois à des fusions de cliniques et à la constitution de groupes hospitaliers privés qui se font et se défont à la faveur de mouvements de rachat, dans un double objectif de répondre à l'offre de soins tout en étant concurrentiel de l'hôpital public.

Bien qu'ils aient un objectif commun qui est celui de soigner dans les meilleures conditions de qualité et de sécurité, et ce au moindre coût, ces établissements de santé, qu'ils soient publics ou privés entament des restructurations (A), dont les modalités de regroupement sont diverses (B).

A – Des restructurations pour une meilleure prise en charge des patients

Si les établissements de santé privés sont effectivement libres de se restructurer afin de répondre notamment aux contraintes économiques auxquelles sont soumises toutes les entreprises privées, cette liberté est encadrée par un dispositif juridique strict destiné à permettre aux pouvoirs publics de réguler l'offre de soins hospitalière publique et privée.

Les raisons de ces restructurations du secteur hospitalier privé sont alors nombreuses²⁶¹ (1) et obéissent à des logiques différentes (2).

²⁶⁰ Le groupe Générale de santé en est un exemple. 1987 : La Compagnie générale des eaux crée Générale de santé pour répondre au besoin identifié d'une offre de soins complémentaire à celle de l'hospitalisation publique. De 1987 à 1997 : Générale de santé se constitue en rachetant les petits groupes de cliniques existant à l'époque, qu'elle rationalise progressivement.

²⁶¹ CORMIER, Maxence, *Statut juridique des établissements de santé privés*, Lamy Droit de la santé, étude n° 217, 2000, n° 217-7.

1. Des causes multiples

En premier lieu les restructurations s'expliquent par la nécessité de moderniser les établissements les plus vétustes et pour l'ensemble des établissements de respecter les nouvelles formes d'implantation et les nouvelles conditions techniques de fonctionnement fixées par décret²⁶². Ces normes concernent notamment les activités de dialyse, de réanimation, de chirurgie cardiaque, de médecine d'urgence pour ne citer que les dernières activités de soins pour lesquelles les décrets ont créé ou réformé les conditions techniques de fonctionnement auxquelles elles sont soumises.

En deuxième lieu, les restructurations ont pour origine l'évolution des techniques et des pratiques médicales. C'est notamment le cas des progrès des techniques chirurgicales qui ont conduit à une réduction notable des durées moyennes de séjour et au développement des activités de chirurgie ambulatoire.

En troisième lieu, l'évolution des besoins de santé de la population liée notamment à son vieillissement justifie également nombre de restructurations réalisées depuis moins de dix ans. À cela s'ajoutent les pénuries de professionnels de santé que connaissent d'ores et déjà certaines spécialités médicales (pédiatrie, néphrologie, anesthésie, obstétrique...).

Enfin, l'apparition depuis le milieu des années 1980 de chaînes de cliniques en France, constitue l'essentiel des plus grosses opérations de restructuration que le secteur hospitalier privé a connu depuis le début des années 1990²⁶³. Des groupes comme « la Générale de santé » ou encore « Capio » sont ainsi à l'origine de nombreux rachats d'établissements et des principales opérations de regroupements réalisées au cours des dix dernières années²⁶⁴.

Mais, en fonction des orientations stratégiques qu'adoptent ces groupes, des logiques de restructurations différentes s'affrontent.

²⁶² Art. L. 6123-1 et L. 6124-1 du Code de la santé publique. CA Besançon, 18 juin 1996, SARL clinique de l'Est, n° 95/536 ; CA Dijon, 6 juillet 2004, Varloteaux c/ SA clinique de Chenove, n° 03/01680.

²⁶³ CHABRUN-ROBERT, Catherine, « Vers de nouveaux rapports médecins-cliniques ? », *Le Concours médical*, 12 avril 1986, p. 1166 ; L. Heinrich et F. Valerian, *La santé marchande – Cliniques commerciales et commerce de cliniques*, ENSP, éd. 1991, p. 59 et suiv. ; M. Harichaux, « Indépendance des médecins et nouvelles structures de l'hospitalisation privée », *RDSS*, 1990, p. 463 ; G. Mémeteau, « Une innovation dans la gestion des établissements de soins privés : les chaînes de cliniques », *RDSS*, 1986, p. 618.

²⁶⁴ CORMIER, Maxence, « Quels impacts de la planification et des autorisations sanitaires sur les contrats d'exercice ? », *RGDM*, n° 21, 2006, p. 27-28.

2. Des logiques de restructurations différentes pour un objectif commun de rentabilité

Deux logiques de restructurations vont alors s'affronter (1) pour un intérêt commun (2), celui de la rentabilité.

2.1 L'affrontement de deux grandes logiques

La première vise à proposer une offre de soins large sur un périmètre géographique limité. Les groupes privés d'hospitalisation qui suivent cette voie comprennent au plus une chaîne d'établissements et leur activité se situe majoritairement dans le champ des spécialités de médecine, chirurgie et obstétrique (MCO), mais couvre aussi les soins de suite et de réadaptation (SSR), voire l'accueil de personnes âgées.

La seconde consiste pour un groupe de cliniques à acquérir une dimension nationale dans le champ plus limité de l'hébergement et des soins de suite pour les personnes âgées. Ces activités appartiennent à deux champs distincts, le médicosocial et le sanitaire, qui sont soumis à des réglementations et des instances de régulations très différentes. Elles apportent une offre aux besoins de santé et d'aide face à la dépendance du quatrième âge dont la démographie est en pleine explosion. Si l'heure dans le secteur MCO est encore à la réduction des capacités mesurées en nombre de lits, en revanche, le secteur des établissements d'hébergement des personnes âgées dépendantes permet aux groupes privés une croissance organique d'autant plus forte que les acteurs historiques n'y répondent qu'insuffisamment, comme cela fut démontré précédemment.

Cependant, quelques acteurs peuvent prétendre à ne pas choisir entre ces deux logiques, régionales ou de spécialisation. C'est le cas, par exemple de Générale de Santé, qui vise à augmenter sa part du marché de l'hospitalisation privée, notamment par croissance externe.

Mais, si les différents groupes d'hospitalisation privée visent des objectifs de regroupement différents, ils ont un intérêt commun qui est celui de la rentabilité.

2.2 Un intérêt commun de rentabilité

L'intérêt de constituer un groupe, réside dans le regroupement d'établissements quels qu'ils soient, réalisant ainsi des économies d'échelle. Les établissements deviennent plus rentables, et permettent de financer l'acquisition de plateaux techniques plus performants offrant aux patients une prise en charge de meilleure qualité tout en conservant ou acquérant un pouvoir d'attractivité pour les professionnels.

a) La rentabilité comme premier objectif économique de l'établissement de santé privé

Regrouper des établissements permet la mise en commun de moyens et la centralisation des achats. En achetant un produit en quantité supérieure au fournisseur, le prix à l'unité de celui-ci se trouve réduit. Il en est de même pour les équipements médicaux, informatiques et administratifs²⁶⁵. Divers services sont, dès lors, proposés aux cliniques, tel que conseil en gestion, en financement, services de facturation. La rentabilité constitue, comme pour toute entreprise l'objectif premier de l'établissement de santé privé.

b) La technologie comme premier objectif d'attractivité de l'établissement de santé privé

Mais l'intérêt pour un établissement de santé privé d'appartenir à un groupe est de pouvoir bénéficier, également, d'un capital important permettant des investissements. Les cliniques appartenant à des groupes peuvent investir plus aisément dans des appareils médicaux de haute technologie, des appareils performants qui garantissent une plus grande sécurité de prise en charge pour le patient et attirent ainsi des médecins de haut niveau.

Bien que ce travail intéresse l'hospitalisation privée commerciale, il n'en demeure pas moins que son développement fait appel le plus souvent à un comparatif avec

²⁶⁵ CRISTOL, Danielle, *La concurrence entre le service public hospitalier et les cliniques privées*, Thèse Nice, décembre 1993, p. 333.

l'hospitalisation publique. Dans ce cas précis des restructurations, si l'établissement public est plus étranger à la notion de rentabilité, et plus enclin à parler d'optimisation l'hospitalisation publique fait également l'objet de restructuration. Cependant, selon l'établissement de santé considéré, les modalités de regroupement sont alors diverses.

B – Des modalités de regroupements différentes selon le statut juridique de l'établissement

Bien que des modalités de regroupements existent également entre établissements publics, les finalités en sont différentes. Cette différence s'explique par la spécificité juridique de chacune des parties et illustre la dichotomie qui anime depuis de longues années le système de santé français. Alors que ces restructurations s'accompagnent de nombreux mouvements capitalistiques, obéissant par là même à une logique industrielle pour l'établissement privé (1), la recomposition est plus progressive et contrainte pour les établissements publics (2).

1. Une logique industrielle pour l'établissement de santé privé

Si par le passé, l'histoire sanitaire a connu des regroupements d'établissements de santé privés, il est facile de montrer que la générosité du passé est remplacée par la rentabilité d'aujourd'hui. Une logique industrielle anime ces groupes, entraînant de nombreux mouvements de capitaux qui adoptent, en fonction de leurs orientations stratégiques, différentes modalités de regroupement.

1.1 De nombreux mouvements capitalistiques caractérisent le secteur privé lucratif

Une fraction du secteur de l'hospitalisation privée est entrée dans l'ère de la finance et de l'internationalisation.

On assiste à des introductions en bourse, à des augmentations de capital, à des offres publiques d'achat (OPA), au développement à l'étranger, à une soumission des opérations des règles concurrentielles, à des fusions et des acquisitions par des groupes, des fonds d'investissements, ou des holdings financiers français et étrangers.

Cette concentration fait reculer le mode d'organisation en fédération de PME des pionniers au profit du renforcement des fonctions centrales (et des échelons régionaux) caractéristiques des groupes intégrés²⁶⁶.

Dans une logique industrielle, des plates-formes administratives (comptabilité, paie, achats, système d'information...) et logistiques sont constituées et des fonctions sont externalisées (restauration, blanchisserie, stérilisation...).

De plus, la montée des exigences en matière de sécurité et de qualité incite fortement au développement de « politiques de groupe » en matière de formation, d'accréditation et de démarche qualité, d'échanges de pratiques. C'est la politique d'amélioration de la prise en charge du patient par l'amélioration de la qualité et de la sécurité des soins²⁶⁷.

Quels que soient les logiques stratégiques et les mouvements de capitaux induits, les modalités de regroupement offertes aux établissements privés pour se restructurer sont multiples.

1.2 Des modalités d'acquisition différentes

Dans le secteur privé le rachat d'un établissement de santé lucratif peut se faire de deux façons. Soit le futur acquéreur rachète la société d'exploitation du fonds de commerce (la clinique) dans sa globalité, soit il ne rachète qu'une partie du fond de commerce, et

²⁶⁶ L'absorption de Medidep qui avait opté pour la décentralisation par le groupe Korian, en constitue l'illustration la plus récente.

²⁶⁷ Introduite au sein du système de santé français par l'ordonnance du 24 avril 1996 et par le décret n° 97-311 du 7 avril 1997, la procédure d'accréditation a pour objectif de s'assurer que les établissements de santé développent une démarche d'amélioration continue de la qualité et de la sécurité des soins délivrés aux patients. Cette procédure, initialement conduite par l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé (ANAES), est désormais prise en charge par la Haute Autorité de santé. La loi du 13 août 2004 qui crée la Haute Autorité introduit aussi un changement de vocable : la « certification » des établissements de santé remplace « l'accréditation » (qui est réservée à l'accréditation des médecins et équipes médicales).

L'article L. 6113-3 du Code de la santé publique prévoit que la procédure d'accréditation « conduite par la Haute Autorité de santé, vise à porter une appréciation indépendante sur la qualité d'un établissement ou, le cas échéant, d'un ou plusieurs services ou activités d'un établissement, à l'aide d'indicateurs, de critères et de référentiels portant sur les procédures, les bonnes pratiques cliniques et les résultats des différents services et activités de l'établissement. »

L'ANAES a d'abord opté pour une démarche d'accréditation centrée sur la qualité du fonctionnement logistique de l'hôpital et de la prise en charge du malade, à l'exclusion des pratiques cliniques, c'est-à-dire de la qualité de l'acte médical lui-même. Une communication en conseil des ministres du 5 mars 2003 indique que la procédure d'accréditation doit évoluer dans le sens d'une plus grande médicalisation des critères. Le rythme auquel les établissements doivent obtenir puis renouveler leur accréditation est également accélérée.

Par ailleurs, la loi de financement de la sécurité sociale pour 2003 a créé la Mission nationale d'expertise et d'audit hospitaliers (MEAH). Les missions conduites par la MEAH visent à faire émerger une meilleure organisation des activités hospitalières. Son programme de travail annuel est arrêté par le ministre de la Santé.

n'exploite que « les droits aux lits », c'est-à-dire les autorisations d'activité. En effet, depuis la création de la carte sanitaire par la loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970²⁶⁸, le nombre de lits hospitaliers en France est contingenté, et toute création est soumise à autorisation ; si une clinique veut accroître sa capacité d'accueil, elle peut avoir intérêt à acheter des lits. Elle n'achète, alors, que des autorisations, qu'elle peut transférer, opérant alors un regroupement. Ces regroupements doivent être eux-mêmes autorisés, l'État conditionnant souvent ces autorisations à une réduction du nombre d'autorisations d'exploitation de lits.

En revanche, les modalités de regroupement des établissements publics sont bien différentes, peut-être parce que plus contraintes et inhabituelles jusque-là.

2. Une logique de « défense » pour l'établissement public de santé

Contrairement au caractère offensif, stratégique et partenarial dans les établissements privés commerciaux, les recompositions sont progressives, plus lentes et plus contraintes dans les établissements publics. Ainsi, les fusions d'établissements publics sont plus dans une logique de défense, et se déroulent entre des établissements vulnérables qui partagent au moins autant leurs difficultés que leurs atouts. Si l'on prend pour exemple, les établissements publics qui ont abandonné leurs activités d'obstétrique ou de chirurgie, l'on constate que ce sont des établissements de petite taille, dont les capacités ont été maintenues à bout de bras avant l'opération de conversion, et qui connaissent la fin progressive de leurs activités chirurgicales et obstétricales. À l'inverse, les établissements privés qui ont abandonné l'obstétrique sont plutôt de gros établissements de chirurgie, qui ont fait le choix de renforcer, en échange, leur position par une spécialisation de leurs activités en chirurgie et de maintenir ainsi leurs capacités là où leurs homologues, les réduisaient. Ainsi, contrairement aux établissements publics, les fusions d'établissements privés se déroulent entre établissements plutôt bien établis, dont les capacités sont supérieures à celles des autres, et qui, en se rapprochant parviennent à les maintenir. Ces constats sont renforcés par une étude récente²⁶⁹ précisant, « qu'en France entre 1995 et 2005, près de deux établissements sur trois (60 %) ont été impliqués dans une opération

²⁶⁸ Loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière, *JO* du 3 janvier 1971, p. 00074.

²⁶⁹ Étude Dexia, *Dix ans de recompositions hospitalières en France*, janvier 2009.

de recomposition. Pour autant 80 % des établissements n'ont connu qu'une seule opération sur la période, contre seulement 20 % qui en ont connu plus d'une.

On peut distinguer deux grandes catégories d'opérations. D'un côté, les opérations qui concernent un seul établissement. Elles comprennent les fermetures, les réductions significatives de capacités, ou encore les extensions importantes de capacités. Parmi ces opérations menées solitairement, il y a eu 199 fermetures, soit 17 % du total des opérations, qui ont concerné essentiellement de très petits établissements privés, et 426 conversions (37 %), notamment en chirurgie et obstétrique.

Il est possible de leur opposer les opérations de partenariat, qu'il s'agisse de fusions, regroupements, ou de partage d'activités. Ces opérations de partenariat étant bien plus lourdes, en termes de négociations, de gestion et d'investissement, elles sont moins nombreuses. On recense néanmoins 158 fusions (14 %), 64 regroupements sur site (6 %), et 99 coopérations et redistributions d'activité (9 %). Ces opérations de type partenarial ont finalement engagé plus de 700 établissements (712 exactement), et l'on peut donc dire que si elles ont été presque deux fois moins nombreuses que les opérations plus courantes de conversion, elles n'en ont pas moins été structurantes sur le paysage de l'offre hospitalière.

Plus de la moitié (51 %) des opérations de recomposition a touché des établissements privés commerciaux, alors même que ces derniers ne représentaient pas plus de 41 % des établissements présents en moyenne sur la période. Les recompositions concernent donc proportionnellement moins les établissements publics (34 %) que privés. Ceci est particulièrement vrai pour les fermetures évidemment mais aussi pour les opérations de fusions ou de regroupements ».

Si les modalités de regroupement sont différentes selon qu'elles intéressent le secteur privé ou le secteur public, leur objectif est pourtant le même, celui de mutualiser les moyens à un coût moindre, tout en offrant au patient la meilleure prise en charge qui soit.

CONCLUSION DE LA SECTION I

La dualité du système de santé français est le fruit de l'histoire. Dès l'origine, on assiste à une double offre de soins, à savoir l'hospitalisation publique, qui accueille sans contrepartie et le secteur privé, qui dès sa création sélectionne les patients mis à contribution financière en orientant sa prise en charge plus vers le confort de ce dernier que vers le soin. On est donc passé de l'établissement qui accueille des pèlerins à l'établissement qui accueille des patients. L'avènement de la clinique introduit la notion de confort contre paiement, constituant en cela le premier critère de sélection des patients. Le patient, n'est plus alors une préoccupation en tant que malade, objet de soins, mais devient une source de profits pour l'établissement de soins privé.

Mais, face aux progrès médicaux, le patient va devenir de plus en plus exigeant, occuper une place centrale amenant l'établissement de soins, et plus particulièrement la clinique, à mutualiser ses moyens afin de lui permettre d'investir dans des équipements de plus en plus performants et offrir ainsi aux patients le meilleur plateau technique qui soit. Mais, ce système repose avant tout sur des logiques économiques confortées par l'histoire et la place prépondérante occupée, aujourd'hui, par l'hospitalisation privée ne peut être ignorée par le patient, lors de son hospitalisation. Pour autant, ces logiques économiques confortées par les spécificités économiques que confère la nature privée de l'établissement de soins ne font qu'aggraver cette situation duale, public/privé offerte au patient devant se faire hospitaliser.

SECTION II

Les spécificités économiques de l'établissement de santé privé, entreprise privée, au service d'un client, le patient

La dualité publique/privée est le fruit de l'histoire. Les conséquences n'en sont pas anodines, notamment au plan économique, cette dualité se trouvant confortée par le fonctionnement économique spécifique des établissements privés (paragraphe 1). En effet, la clinique est de plus en plus assimilée à une entreprise privée en raison de ses impératifs de rentabilité alors que l'objectif principal devrait être la meilleure prise en charge du patient au moindre coût, même pour une clinique privée à but lucratif. Cette problématique a perduré jusqu'en 2003 avec le financement de l'établissement privé qui reposait sur une tarification mixte à la journée pour l'hospitalisation et à l'acte pour les honoraires des médicaux encadrée par l'objectif quantifié national (OQN). Ce mode de financement ne pouvait qu'exacerber la dualité publique/privée et les pouvoirs publics ont tenté d'y remédier, en soumettant tous les établissements de santé à une tarification à l'activité (paragraphe 2).

Paragraphe 1 – L'établissement de santé privé, une entreprise privée

L'établissement de santé privé, a été décrit, jusqu'ici, comme une entreprise, dont l'objectif principal est celui de la rentabilité. Cette hypothèse va servir de cadre aux développements futurs de ce travail, afin d'aborder la spécificité économique de l'établissement de santé privé et de l'envisager comme une entreprise de haute technologie (B) où la main-d'œuvre est rare (A), et dont l'activité est spécialisée et programmée (C). Ces particularités de l'établissement de soins ne seront pas neutres dans leurs conséquences sur la condition du patient hospitalisé en établissement de soins privé.

A – L'établissement de santé privé est d'abord une entreprise de main-d'œuvre, rare et donc chère

L'établissement de santé privé est une entreprise de main-d'œuvre comme en témoignent les charges de personnel qui représentent en moyenne 50 % des charges d'exploitation d'une clinique privée (1), employant une main-d'œuvre chère et de plus en plus rare pour certaines catégories (2).

1. Une entreprise de main-d'œuvre

La ressource première de l'établissement de santé quel qu'il soit reste ses professionnels, nécessaires à la prise en charge des patients. Or le statut privé de l'établissement conditionne le statut des intervenants ainsi que les règles de gestion du personnel.

1.1 Une dichotomie publique/privée que l'on retrouve dans le statut des différents professionnels

Le personnel des établissements de santé bénéficie de statut très variable selon les établissements où ils exercent. Alors que les médecins intervenant dans les établissements publics sont très majoritairement salariés, puisque les universitaires, professeurs des universités-praticiens hospitaliers (PU-PH) et maîtres de conférence-praticiens hospitaliers (MCU-PH) sont, pour une partie de leur activité, des fonctionnaires de l'éducation nationale et que l'activité des praticiens hospitaliers (PH) en fait des contractuels de droit public. Dans les établissements privés lucratifs, les médecins ont très majoritairement un statut d'exercice libéral et perçoivent généralement directement la rémunération correspondant aux actes médicaux qu'ils réalisent.

De même les personnels non médicaux des établissements de santé publics relèvent principalement de la fonction publique hospitalière, mais peuvent aussi être des personnels non fonctionnaires, tels que contractuels à durée déterminée ou indéterminée.

Au contraire, les personnels des établissements privés quant à eux relèvent de conventions collectives distinctes selon le statut privé de l'établissement. Ils sont salariés

contractuels de droit privé. Ils peuvent être salariés de l'établissement de santé privé lui-même ou du médecin ou de la société de médecin qui intervient au sein de l'établissement de santé privé.

Si l'on retrouve une dichotomie en termes de « statuts » des professionnels intervenant au sein des établissements de santé selon leur appartenance au public ou au privé, il en est de même en ce qui concerne la gestion des ressources humaines.

1.2 Une dichotomie de traitement dans la gestion des personnels

La gestion des ressources humaines de l'établissement de santé privé s'emploie à faire travailler ensemble des personnels dont les employeurs sont différents. Ainsi, une multitude de micros entreprises gravitent au sein de la clinique, société d'exploitation. Si le médecin peut être salarié, il est le plus souvent libéral. Les modes d'exercice constituent le support juridique de l'activité individuelle des médecins libéraux qui emploient, eux-mêmes des salariés travaillant au sein de la clinique société d'exploitation. C'est le cas du chirurgien ayant constitué sa SEL²⁷⁰ ou SCP²⁷¹ ou SELARL²⁷² et employant une infirmière instrumentiste. Si cette situation apparaît totalement transparente pour le patient lors de son hospitalisation, en ce qui concerne l'organisation et la délivrance des soins, en revanche, elle sera déterminante en termes de responsabilité et d'indemnisation de ce dernier²⁷³. Cet impact en termes de responsabilité et de droit à réparation pour le patient sera étudié ultérieurement.

Ainsi, la gestion des ressources humaines de la clinique s'emploie à faire travailler ensemble des personnels dont les employeurs et les statuts sont différents, alors qu'en établissement public de santé, les professionnels de santé qu'ils soient fonctionnaires ou contractuels de droit public ont un seul employeur qui est l'État, ce qui peut paraître plus facilitant et explique, peut-être que les effectifs soient plus importants dans le secteur public.

²⁷⁰ Société d'exercice libéral.

²⁷¹ Société civile professionnelle.

²⁷² Société d'exercice libéral à responsabilité limitée.

²⁷³ Voir *infra*, titre II, chapitre I.

1.3 Des effectifs plus nombreux dans les hôpitaux publics

Les effectifs sont plus élevés dans le secteur public pour toutes les catégories de personnel, sauf pour le personnel médicotechnique²⁷⁴. Le nombre d'infirmiers dans les CHR/U est 60 % plus élevé que dans les cliniques chirurgicales. Cet écart diminue lorsqu'on compare toutes les catégories d'établissements publics mais demeure significatif : le nombre d'infirmiers spécialisés dans les établissements publics est 50 % supérieur à celui du privé et le nombre d'infirmiers non spécialisés est de 20 % supérieur.

Si l'on compare les effectifs soignants pour les activités chirurgicales selon les différentes catégories d'établissements, on constate qu'il y a presque deux fois plus d'infirmiers par intervention en CHR/U que dans le secteur privé à but lucratif²⁷⁵. Pour autant, est-ce à dire que le patient est mieux soigné à l'hôpital public ?

Il n'existe malheureusement pas de données pertinentes et comparables permettant de mesurer les répercussions que peuvent avoir ces différences d'effectifs et de composition du personnel médical sur la qualité des soins fournis, cela permettrait d'estimer les marges d'efficience existantes sans remettre en cause la qualité.

Mais comme tout le secteur hospitalier, l'établissement de santé privé se trouve confronté à une pénurie de personnel. La main-d'œuvre devient donc rare, et chère, mais cependant plus chère pour le privé que pour le public.

2. Une main-d'œuvre plus chère pour le privé que pour le public

Dans le domaine sanitaire, donc aussi bien pour l'hôpital public que pour l'établissement de santé privé, les ressources humaines sont rares. À cela plusieurs explications.

²⁷⁴ Source SAE 2006 : 15.6 ETP pour 1 000 lits installés pour le privé toutes catégories confondues, contre 6,0 ETP pour 1 000 lits installés, pour le public/ privé toutes catégories confondues.

²⁷⁵ *Les établissements de santé – Un panorama pour l'année 2006*, coll. « Études et statistiques », DREES, publications annuelles.

2.1 Une pénurie organisée

« Cette pénurie de personnels qualifiés a été organisée. Ainsi, les quotas d'entrée dans les instituts de formation en soins infirmiers ont été volontairement fixés en dessous des besoins exprimés, afin d'anticiper une volonté politique de réduction du nombre de lits, et ce, dans le cadre des politiques de restructurations. Cela devait aboutir en cinq ans à une réduction de plus de 7 % de la capacité d'accueil du secteur privé, alors que la réduction des lits du secteur public n'a pas dépassé 3 % »²⁷⁶.

Dans le même temps les établissements de santé ont dû faire face à la mise en œuvre de la durée hebdomadaire légale du travail à 35 heures et au renforcement des normes de présence en personnel de soins que cela a engendré. En ce qui concerne la mise en place des lois dites « Aubry »²⁷⁷, le calendrier a été différent entre les établissements privés et publics. Ce décalage de calendrier dans la mise en œuvre des 35 heures constitue également, une explication à une main-d'œuvre plus chère pour le privé que pour le public.

2.2 Une mise en place de la limitation du temps de travail à 35 heures plus rapide dans le privé que dans le public

Le secteur privé a débuté la mise en place des 35 heures hebdomadaires de travail en même temps que les autres entreprises d'activités commerciales, c'est-à-dire dès le 1^{er} janvier 2000. Il a bénéficié d'aide sous la forme d'allègement de charges sociales. Le secteur public, quant à lui, a obtenu des engagements de la part des tutelles pour la création de postes sur trois ans, tout en précisant que l'aménagement et la réduction du temps de travail (ARTT) dans les établissements publics de santé faisant l'objet d'un protocole d'accord signé le 27 septembre 2001 par le gouvernement et quatre organisations syndicales. Ces dispositions, sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2002 pour le personnel de jour et le 1^{er} janvier 2004 pour le personnel de nuit.

Par ailleurs, la gestion de la main-d'œuvre, quelle qu'elle soit, n'entraîne pas les mêmes coûts selon qu'elle intéresse le secteur public ou le secteur privé. Ce sont ces différences de coûts qui expliquent une main-d'œuvre plus chère pour le privé que pour le public.

²⁷⁶ LE SCOLAN, Stan, Pellet, REMI, *Hôpitaux et cliniques les nouvelles responsabilités*, Paris, Economica, 2003.

²⁷⁷ Loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail (dite loi Aubry) et loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail.

2.3 Des charges en personnel plus lourdes pour le privé que pour le public

Bien que les charges de personnel apparaissent plus lourdes pour le privé que pour le public, la comparaison est cependant à relativiser en ce qui concerne les charges de personnel et les écarts de salaire.

a) *La masse salariale*

Concernant les charges de personnel, elles constituent le principal poste de dépenses pesant sur les établissements de santé.

Si la masse salariale représente en 2007 les deux tiers des charges des hôpitaux publics et près de 45 % des charges des cliniques privées ex-OQN, ces deux proportions ne sont cependant pas directement comparables car elles ne recouvrent pas exactement le même champ. D'une part elles incluent les salaires des médecins dans les établissements publics mais pas les honoraires que perçoivent les médecins dans les cliniques ex-OQN. D'autre part, quelle que soit la nature des activités considérées en dehors de l'activité de soins *stricto sensu*, le secteur privé externalise certaines tâches (blanchisserie, restauration, etc.) dans des proportions beaucoup plus élevées que le secteur public, ce qui fait mécaniquement baisser la masse salariale²⁷⁸. Ainsi, en 2007, les cliniques privées ont plus souvent recours à des prestataires extérieurs pour certaines de leurs activités que les établissements publics, puisque 90 % externalisent la fonction « restauration, linge et déchets », pour partie ou en totalité, et 75 % les prestations techniques telles que la maintenance, les réparations ou la sécurité des bâtiments. Enfin, 50 % externalisent les activités médicot techniques (radiologie, laboratoire, blocs, etc.). Au contraire, seulement 25 % des établissements publics gèrent la fonction « restauration, linge et déchets » en réseau, et 20 % la fonction « achats, approvisionnements ».

Cependant, le coût du personnel soignant dans les cliniques privées représente 50 % des charges d'exploitation²⁷⁹. La Cour des comptes²⁸⁰, dans son rapport public sur la Sécurité sociale, de septembre 2002, a observé que, de 1995 à 2000, les dépenses de personnel des hôpitaux publics avaient augmenté de 16 % en francs courants, contre 14 %

²⁷⁸ CORDIER, Marie, *Hôpitaux et cliniques en mouvement : changement d'organisation de l'offre de soins et évolution de l'attente des patients*, Études et Résultats n° 633, DREES, avril 2008.

²⁷⁹ *Les établissements de santé – Un panorama pour l'année 2005*, coll. « Études et statistiques », DREES, publications annuelles.

²⁸⁰ Rapport annuel de la Cour des comptes, parution février 2003.

pour l'ensemble des dépenses. Dans son rapport de 2006²⁸¹, elle indique que les dépenses de personnel se sont élevées à 38 milliards d'euros en 2004, représentant 67 % des charges d'exploitation des hôpitaux et 26 % des dépenses de l'assurance-maladie de l'exercice²⁸².

b) Le salaire

Ceci s'explique en partie par un salaire net annuel moyen pour un emploi à temps complet plus élevé dans le secteur public que dans le secteur privé²⁸³. À caractéristiques identiques des salariés, des établissements de santé publics offrent des rémunérations horaires nettes plus élevées que les établissements privés (hors médecins). Cependant, il est nécessaire de prendre en compte les effets de structure, telle que la taille des établissements, qui varie fortement selon le mode de financement²⁸⁴. En ce qui concerne les établissements privés anciennement sous dotation globale (ex-DG), les salaires horaires nets versés aux personnels en 2007 apparaissent « toutes choses égales par ailleurs » inférieurs de cinq à sept points aux salaires versés dans les établissements publics de taille comparable²⁸⁵.

Enfin, il est à noter, aussi, que les taux de cotisations salariales sont très différents entre les établissements publics et les établissements privés, avec de plus faibles cotisations sociales dans les structures publiques²⁸⁶ et ceci aussi bien dans les domaines de l'assurance santé que de la prévoyance et la retraite.

Si l'établissement de santé est une entreprise nécessitant une main-d'œuvre importante, et chère de par sa rareté mais également de par sa spécialisation pour certaines catégories de personnels, cela s'explique aussi en raison de la concurrence s'exprimant dans une

²⁸¹ Rapport annuel de la Cour des comptes, mai 2006, p. 7.

²⁸² Les dépenses de l'assurance-maladie de 2004 se sont élevées à 143,6 milliards d'euros (source : rapport de la Cour des comptes sur la sécurité sociale – septembre 2005).

²⁸³ *Les établissements de santé – Un panorama pour l'année 2007*, coll. « Études et statistiques », DREES, publications annuelles, p. 96.

²⁸⁴ Ainsi, parmi les établissements de petite taille, ce sont les salariés des établissements publics qui sont les mieux rémunérés : en 2007, leurs salaires nets « sont toutes choses égales par ailleurs » supérieurs de 9,5 points à ceux des établissements privés anciennement sous objectif national quantifié (ex-OQN). Cet écart est d'autant moins marqué que les établissements sont de grande taille : « toutes choses égales par ailleurs », il s'établit à 6 points en 2007 entre les grandes cliniques privées et les établissements publics comparables (entre 350 et 1 000 salariés).

²⁸⁵ *Les établissements de santé – Un panorama pour l'année 2007*, coll. « Études et statistiques », DREES, publications annuelles, p. 44.

²⁸⁶ *Les établissements de santé – Un panorama pour l'année 2007*, coll. « Études et statistiques », DREES, publications annuelles, p. 31 et suiv.

demande accrue de matériels très performants car les établissements de santé sont devenus, également, des entreprises de haute technologie, qui se doivent d'être concurrentiels et attractifs par rapport à l'offre de soins publique.

B – L'établissement de santé privé est une entreprise de haute technologie

Cette évolution vers la haute technologie s'est faite en plusieurs temps. Tout d'abord, par une déconcentration des innovations technologiques entre tous les établissements de santé (1). Par la suite, face aux coûts d'investissement, les établissements ont dû, mutualiser leurs moyens (2).

1. Des innovations technologiques déconcentrées

Si les années 1960 ont nécessité des innovations immobilières et architecturales avec la construction de nouveaux bâtiments adaptés aux préceptes et aux contraintes de la médecine moderne, les années 1970-1980 se sont caractérisées par la déconcentration et l'essaimage des innovations technologiques. Mais cette phase s'estompe progressivement au profit d'une troisième forme d'innovation technologique ; ces dernières sont désormais intégrées au sein des établissements et partagées avec d'autres professionnels de santé du fait des investissements importants qu'elles nécessitent. Ce sont les restructurations hospitalières dans un but de mutualisation des moyens.

2. Vers une mutualisation de moyens

Les innovations technologiques, au-delà de l'amélioration des soins et du diagnostic qu'elles procurent pour le patient, nécessitent une nouvelle organisation afin de répondre aux nouvelles pratiques qu'elles induisent et aux attentes des patients.

La concentration de matériels de plus en plus sophistiqués en un même lieu consacre en revanche le rôle central du plateau technique qui constitue souvent un « goulet d'étranglement » dans la prise en charge. Dès lors, l'optimisation de son fonctionnement passe par la recherche de performances organisationnelles internes mais aussi par le partage du plateau technique avec d'autres acteurs du monde de la santé.

Alors que l'hôpital public a les moyens d'avoir un plateau technique diversifié, l'établissement privé de santé, lui, a dû se spécialiser afin d'offrir un plateau technique performant et concurrentiel du plateau technique de l'hôpital public. Il a, par là même, spécialisé son activité et donc son personnel.

C – Une entreprise dont l'activité est économiquement spécialisée et programmée

La spécificité privée et la finalité lucrative de l'établissement de santé privé, entraînent une organisation spécifique ayant pour conséquence une plus grande spécialisation (1) et une activité programmée (2).

1. Une plus grande spécialisation de l'activité, en établissement de santé privé

Comme toute entreprise privée, les cliniques privées sont gérées selon une logique de marché, et accueillent, essentiellement, contrairement aux hôpitaux publics des clients programmés, dans le cadre d'une spécialité. Cette spécialisation tend à se renforcer sous l'influence de la réglementation d'une part, et des incitations liées à la tarification d'autre part.

Dans ce système dual, certains hôpitaux ou cliniques bénéficient de niches importantes dans des domaines où la technique évolue plus vite que la nomenclature professionnelle. Aussi, peut-on constater que le plateau technique joue un rôle central dans cette spécialisation, puisque les établissements offrant des services de haute technologie exercent une forte attraction.

Ainsi, en 2007, les cliniques privées ont réalisé plus de la moitié de l'activité chirurgicale dont plus des deux tiers de celle réalisée en ambulatoire. La chirurgie est l'activité principale des établissements privés à but lucratif ; c'est aussi une des activités qui nécessite un plateau technique très important. Elle représente 54 % de leur activité de médecine, chirurgie et obstétrique (MCO). La part des cliniques privées est prépondérante

pour plusieurs groupes d'activités, et est supérieure à 70 % pour les interventions ophtalmologiques ou encore certaines interventions ORL et stomatologiques²⁸⁷.

2. Une activité programmée

Hôpitaux et cliniques recrutent leur clientèle, par les urgences à travers leur réseau de correspondants médecins de ville, ou directement en raison de sa spécialisation et de sa réputation. Par ailleurs, une forte demande se manifeste pour les urgences, dont le rythme croît de 6 % par an, au profit de l'hôpital, alors que les cliniques recrutent surtout par les praticiens de ville pour des séjours programmés.

Ces caractéristiques d'entrée des patients créent un fort biais dans les conditions de concurrence entre les deux secteurs. En effet, alors que l'hôpital public, en dehors de l'hôpital local, dispose d'un service d'urgence, en raison de sa mission de service public, cela n'est pas toujours le cas pour l'établissement privé de santé. En effet, l'activité d'urgence est une activité soumise à autorisation qui n'est pas accordée à tous les établissements privés. Par ailleurs, en raison de sa spécificité économique, et de la nécessité de rentabilité, l'établissement privé fonctionne surtout avec une activité programmée, voire spécialisée. Par conséquent, le plus souvent, lorsque les établissements privés disposent de service d'urgence, il s'agit d'urgences spécialisées, pour une spécialité rentable, telle que par exemple les urgences de la main, ou les urgences obstétricales lorsque l'établissement dispose d'un service de maternité²⁸⁸. Selon la DREES, la médecine d'urgence est prise en charge essentiellement par le secteur public. 75 % des structures des urgences relèvent en effet de ce secteur tandis que 20 % d'entre elles relèvent du secteur privé à but lucratif. La quasi-totalité des SMUR²⁸⁹ (98 %) sont implantés dans des établissements publics tandis que les SAMU²⁹⁰ sont exclusivement publics²⁹¹.

²⁸⁷ *Les établissements de santé – Un panorama pour l'année 2007*, coll. « Études et statistiques », DREES, publications annuelles, p. 110.

²⁸⁸ Voir *infra*, titre II, chapitre I, section I.

²⁸⁹ Structure mobile d'urgence et de réanimation.

²⁹⁰ Service d'aide médicale urgente.

²⁹¹ *Les établissements de santé – Un panorama pour l'année 2007*, coll. « Études et statistiques », DREES, publications annuelles, p. 130.

Cette activité tendant à la spécialisation et se prêtant, par conséquent, plus à la programmation ne sera pas sans conséquences pour le patient lors de son choix de l'établissement de soins. Cela sera évoqué plus avant dans ce travail.

L'établissement de santé privé peut, alors, être envisagé comme une entreprise privée, aussi bien au regard de la main-d'œuvre, que de son activité qu'il veut la plus rentable possible ; ainsi, calcule-t-il le coût le plus bas pour un service de qualité, ce qui tend à le différencier de l'hôpital public. En revanche, présente-t-il une spécificité, qui tendrait à le rapprocher de l'hôpital au plan de son financement, puisque le financement de l'établissement de santé privé lucratif n'est pas un financement privé.

Paragraphe 2 – Une entreprise privée dont les dépenses sont encadrées par les pouvoirs publics

C'est l'État, qui dès la fin de XIX^e siècle a assuré l'essentiel du financement des hôpitaux et hospices publics. Le système du prix de journée fixé par le préfet a représenté une source de financement durable jusqu'en 1945, date à laquelle la branche maladie de la sécurité sociale a constitué la source principale de financement directe ou indirecte des hôpitaux publics et des cliniques privées, sur la base du prix de journée versé par les caisses d'assurance-maladie, mais dont le montant était arrêté par le préfet²⁹². En effet, compte tenu de la création de la sécurité sociale en 1945, de sa généralisation à partir de 1981 et de son caractère universel depuis la loi du 27 juillet 1999²⁹³, le sort financier des établissements de santé est intimement lié à celui de l'assureur social obligatoire.

Pourtant, les pouvoirs publics, malgré cette caractéristique, garderont une dichotomie de financement, reflet de la dualité publique/privée qui va s'exercer dans les faits (A). Face à une augmentation des dépenses de santé de plus en plus importante, les pouvoirs publics, ont proposé différentes tentatives de régulation, qui n'ont que conforté cette dichotomie de financement entre établissements de santé. Cependant, cette pluralité de financement tend à disparaître avec la mise en œuvre de la tarification à l'activité ou T2A (B), mode de financement imposé à tout établissement de santé indifféremment de son statut.

²⁹² BONNICI, Bernard, « La réforme du financement des établissements de santé », *La Gazette du Palais*, n° 5, 6 et 7 juin 2007, p. 157 à 158.

²⁹³ *Op. cit.*

A – Une dichotomie de financement pour un objectif commun

Bien que la tarification unitaire en fonction du nombre de journées d'hospitalisation ait permis le développement des hôpitaux français depuis l'après-guerre, ses effets pervers ont conduit (1) les gouvernements successifs à freiner l'évolution des dépenses en encadrant plus strictement les budgets hospitaliers et en cassant ce mécanisme d'ajustement automatique des recettes sur des dépenses non contrôlées (2) et ceci dès 1978, lorsque la crise économique et les difficultés de financement de la protection sociale sont apparues.

1. Le financement des établissements publics de santé, ou un financement du tout compris à la T2A

Jusqu'à la mise en œuvre de la T2A, les établissements publics de santé fonctionnaient, tout d'abord, avec un prix de journée, qui n'était pas dénué de conséquences pour le patient, notamment en termes de durée d'hospitalisation. Par la suite, et face, notamment aux effets pervers du prix de journée a été instituée la dotation globale.

1.1 Le prix de journée ou « le tout compris » pour le patient, tarification mise en œuvre jusqu'en 1983 dans les établissements publics

Jusqu'en 1983, tous les établissements hospitaliers, publics et privés, facturaient leurs frais d'hospitalisation sur la base d'un prix de journée²⁹⁴ qui trouve son fondement juridique dans le décret n° 58-1202 du 11 décembre 1958²⁹⁵ relatif aux hôpitaux et aux hospices publics²⁹⁶. Ce financement couvrait l'ensemble des dépenses de fonctionnement : hébergement, frais de personnel, médicaments, produits sanguins, utilisation des salles d'opération. Le principe du prix de journée était donc celui « d'un tout compris » sans

²⁹⁴ Dont l'origine remontait à une circulaire du 26 mars 1888.

²⁹⁵ Décret n° 58-1202 du 11 décembre 1958²⁹⁵ relatif aux hôpitaux et aux hospices publics, *JO* n° 106 du 6 mai 2001, p. 7175.

²⁹⁶ Ce décret met en évidence la façon dont le prix de journée est estimé *ex ante*, puis la possibilité de révision en cours d'exercice, et enfin l'affectation du résultat de l'année. Ce tarif journalier était facturé selon les cas, et pour tout ou partie, aux caisses d'assurance-maladie, aux sociétés mutualistes, aux services d'aide sociale ou au malade.

grande signification. Deux personnes hospitalisées pour des pathologies différentes, mais qui passaient dans les mêmes services et dont la durée de séjour était identique, étaient identiquement facturables bien que n'ayant pas bénéficié de soins ou d'actes identiques. Ni la nature, ni l'intensité des soins délivrés à chacun et liées à la spécificité de la pathologie, n'intervenaient dans la facturation.

Le prix de journée n'est pas sans conséquence pour le patient, avec, notamment, un allongement de la durée d'hospitalisation pour le patient et pour l'établissement un facteur d'aggravation des dépenses de santé.

a) Un allongement de la durée d'hospitalisation du patient

Remboursé *a posteriori* par l'assurance-maladie, ce prix de journée était calculé, *a priori*, en fonction d'un prix de revient prévisionnel résultant de la division des dépenses prévisionnelles par le nombre de journées prévues. Ce système avait pour conséquence des stratégies de maximisation du taux d'occupation, l'intérêt des établissements de santé étant de conserver le plus longtemps possible les malades en état d'hospitalisation afin d'augmenter le nombre de journées pour accroître leurs recettes, puisque l'assurance-maladie remboursait automatiquement les journées supplémentaires au prix fixe déterminé *a priori*. Ce mécanisme incitait, ainsi, l'établissement de santé à allonger la durée moyenne de séjour des patients pour obtenir finalement un nombre de journées supérieur à ses prévisions, l'écart étant générateur de recettes nettes. Cet allongement de la durée de séjour n'était pas forcément lié à la nature de la pathologie dont souffrait le patient. La pathologie n'étant qu'un argument pour justifier une hospitalisation plus longue du patient, lui-même dépourvu de pouvoir de décision en la matière.

L'hôpital avait naturellement tendance à minimiser l'activité prévue et à prévoir une ample augmentation des coûts, ce qui lui permettait d'aboutir à une forte augmentation de son prix de journée.

La conséquence majeure pour le patient quel que soit son lieu d'hospitalisation était son maintien inutile en secteur d'hospitalisation. Pour autant cette durée de séjour

prolongée n'était pas sans risque pour lui, puisque plus un patient reste hospitalisé plus son risque de contracter une infection nosocomiale²⁹⁷ est grand.

Par ailleurs, ce mode de financement était inflationniste pour le financeur, l'assurance maladie.

b) Un financement inflationniste quel que soit le statut de l'établissement de santé

Ce mode de tarification a été jugé « inflationniste » quel que soit le statut de l'établissement, dans la mesure où il pouvait inciter des établissements à prolonger indûment le séjour des patients. Le financement par prix de journée a favorisé l'expansion des dépenses hospitalières et a conduit à atteindre un seuil de financement difficilement supportable pour la collectivité. La question s'est donc posée de juguler la dérive des dépenses de santé, ce qui s'est fait principalement à travers le financement par dotation globale.

Ainsi, le financement des hôpitaux publics, assuré par le régime du prix de journée, a été remplacé par la loi du 19 janvier 1983²⁹⁸ portant diverses mesures relatives à la sécurité sociale et le décret du 11 août 1983²⁹⁹ par la procédure de la dotation globale de financement plus connue sous l'appellation de budget global.

Dès lors, les modes de financement vont distinguer deux types de financement. D'une part, le système dit de la « dotation globale », s'applique aux établissements publics, aux établissements privés participant au service public hospitalier et, à partir de 1996, aux autres établissements privés à but non lucratif ayant opté pour ce régime. L'évolution de la

²⁹⁷ La lutte contre les infections nosocomiales, c'est-à-dire celles contractées au sein des établissements de santé, mobilise des moyens spécifiques. Le Code de la santé publique prévoit ainsi que tous les établissements doivent constituer un comité de lutte contre les infections nosocomiales (CLIN) et remplir annuellement un bilan standardisé des activités de lutte contre ces infections. Depuis 2004, des indicateurs sont élaborés à partir de ces bilans et sont publiés annuellement par le ministère en charge de la santé. En 2007, les résultats des indicateurs du tableau de bord des infections nosocomiales (IN) ont été rendus publics pour 2 807 établissements de santé de France métropolitaine et des DOM. Le plus haut niveau de performance a été atteint par 86 % des établissements en matière de prévention des infections nosocomiales, par 25 % pour la consommation de produits hydroalcooliques et par 58 % en matière de bon usage des antibiotiques. Une surveillance épidémiologique des patients opérés est réalisée par 85 % des établissements.

²⁹⁸ Loi n° 83-25 du 19 janvier 1983, portant diverses mesures relatives à la sécurité sociale, *JORF* du 20 janvier 1983, complétée par le décret n° 83-260 du 31 mars 1983, *JO* du 1^{er} avril 1983.

²⁹⁹ Décret n° 83-744 du 11 août 1983 relatif à la gestion et au financement des établissements d'hospitalisation publics et privés participant au service public hospitalier.

dotation globale y est encadrée par un taux directeur, les dépenses annuelles d'un établissement ne devant pas dépasser le budget prévisionnel qui lui est alors alloué. D'autre part, presque tous les autres établissements et notamment l'ensemble des établissements privés à but lucratif relèvent, quant à eux, du régime de l'objectif quantifié national (OQN), annuellement intégré à l'objectif national des dépenses d'assurance-maladie (ONDAM).

1.2 Le financement par dotation globale des établissements publics de santé

La loi n° 83-25 du 19 janvier 1983³⁰⁰, portant diverses mesures relatives à la sécurité sociale a introduit, dans son article 4, la création d'un forfait journalier supporté par les personnes admises dans les établissements hospitaliers. Elle a surtout, dans son article 8, donné naissance à la dotation globale. Le budget global sera appliqué dès 1984 aux CHR et dès 1989 à l'ensemble des hôpitaux.

La dotation globale se définissait³⁰¹, en application de l'ancien article R. 714-3-26 du Code de la santé publique, comme « la part des dépenses obligatoirement prises en charge par les régimes d'assurance-maladie » qu'il s'agisse des dépenses de soins ou (sauf en long séjour) des dépenses d'hébergement. Elle ne couvrait donc ni les frais exposés à l'occasion de l'hospitalisation des malades non assurés sociaux, ni la part des frais non prise en charge par la sécurité sociale. Parmi ces derniers figuraient le forfait journalier et le ticket modérateur³⁰². La dotation globale était versée aux établissements par des caisses

³⁰⁰ Loi n° 83-25 du 19 janvier 1983, portant diverses mesures relatives à la sécurité sociale, *JORF* du 20 janvier 1983, complétée par le décret n° 83-260 du 31 mars 1983, *JO* du 1^{er} avril 1983.

³⁰¹ La dotation globale était égale à la somme, pour une année, de deux éléments, que sont la différence entre d'une part la totalité des charges d'exploitation du budget général (sauf les annulations de titres de recettes sur exercices antérieurs), et, d'autre part, la totalité des recettes d'exploitation autres que la dotation globale, et le montant des « forfaits annuels de soins » dispensés en unités de soins de longue durée.

³⁰² Chaque année, l'établissement recevait une enveloppe budgétaire globale, « la dotation globale de financement », versée par douzième chaque mois par les organismes d'assurance-maladie, indépendamment du niveau d'activité constaté mensuellement. Cette enveloppe, fixée *a priori*, était destinée à couvrir la part des dépenses prises en charge à titre obligatoire par les régimes d'assurance-maladie. La dotation globale couvrait ainsi l'ensemble de l'activité de l'établissement et était prédéterminée. Les prestations financées par la dotation globale étaient les prestations en hospitalisation complète, partielle ou à domicile, les prestations relatives à la chirurgie ambulatoire, les consultations et soins externes, les forfaits de soins des unités et centres de soins de longue durée, l'activité de sectorisation psychiatrique ainsi que les dépenses relatives aux frais concernant l'acquisition des objets de gros appareillage, l'IVG et les frais de transport des services médicaux d'urgence et de réanimation (SMUR). En début d'exercice, une enveloppe annuelle de crédits était allouée à l'hôpital, déterminée, pour l'essentiel, en fonction de son budget antérieur et de ses prévisions d'activité. Cette dotation budgétaire évoluait par l'intermédiaire d'un taux directeur, défini au niveau national, jusqu'en 1996.

Alors que l'assurance-maladie remboursait *ex post* les dépenses de l'hôpital dans le système du prix de journée, l'hôpital pouvait désormais dépenser le montant du budget de l'année précédente augmenté d'un

d'assurance-maladie, dites caisses pivot, la répartition de cette charge étant faite entre les différents régimes d'assurance-maladie en fonction du nombre de journées d'hospitalisation et de leurs ressortissants³⁰³.

L'ordonnance du 24 avril 1996³⁰⁴ portant réforme de l'hospitalisation publique et privée prévoyait que le montant annuel des dépenses hospitalières des établissements publics et privés financés par dotation globale soit désormais déterminé en fonction de l'ONDAM fixé par la loi de financement pour la sécurité sociale, avant d'être réparti en dotations régionales limitatives.

Il incombe, alors, à l'Agence régionale d'hospitalisation de fixer la dotation globale et d'approuver le budget de chaque établissement³⁰⁵. À cet effet, chaque directeur d'ARH recevait une dotation régionale au caractère limitatif, calculée selon des critères prenant en compte les besoins de la population, les orientations des schémas régionaux d'organisation sanitaire, des priorités de santé publique, les activités et les coûts des établissements et des objectifs de réduction des inégalités de ressources entre régions/établissements.

La création de l'ONDAM, cadre financier global s'impose, désormais, aux établissements.

Si le système du budget global, même associé au taux directeur, s'est révélé un outil circonstanciel de régulation macroéconomique des dépenses hospitalières, il a cependant montré, vers la fin des années 1990, des insuffisances ; insuffisances liées à l'absence de lien

taux directeur et versé sous forme d'une dotation globale de financement par douzièmes mensuels. Un prix de journée restait toutefois calculé pour permettre la facturation de certaines prestations.

³⁰³ Art. L. 174-2 et R. 174-1-2 du Code de la sécurité sociale.

³⁰⁴ Ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée.

³⁰⁵ Chaque année, l'établissement recevait une enveloppe budgétaire globale, « la dotation globale de financement », versée par douzième chaque mois par les organismes d'assurance-maladie, indépendamment du niveau d'activité constaté mensuellement. Cette enveloppe, fixée *a priori*, était destinée à couvrir la part des dépenses prises en charge à titre obligatoire par les régimes d'assurance-maladie. La dotation globale couvrait ainsi l'ensemble de l'activité de l'établissement et était prédéterminée. Les prestations financées par la dotation globale étaient les prestations en hospitalisation complète, partielle ou à domicile, les prestations relatives à la chirurgie ambulatoire, les consultations et soins externes, les forfaits de soins des unités et centres de soins de longue durée, l'activité de sectorisation psychiatrique ainsi que les dépenses relatives aux frais concernant l'acquisition des objets de gros appareillage, l'IVG et les frais de transport des services médicaux d'urgence et de réanimation (SMUR). En début d'exercice, une enveloppe annuelle de crédits était allouée à l'hôpital, déterminée, pour l'essentiel, en fonction de son budget antérieur et de ses prévisions d'activité. Cette dotation budgétaire évoluait par l'intermédiaire d'un taux directeur, défini au niveau national, jusqu'en 1996.

Alors que l'assurance-maladie remboursait *ex post* les dépenses de l'hôpital dans le système du prix de journée, l'hôpital pouvait désormais dépenser le montant du budget de l'année précédente augmenté d'un taux directeur et versé sous forme d'une dotation globale de financement par douzièmes mensuels. Un prix de journée restait toutefois calculé pour permettre la facturation de certaines prestations.

étroit établi entre le niveau réel d'activité des établissements et l'allocation de ressources du fait de l'absence d'indicateurs d'activité médicale reconnus et insuffisances liées à l'absence de prise en compte de la dichotomie publique/privée. Il devenait donc urgent de réguler les dépenses des établissements de santé d'autant que l'établissement de santé privé, était, quant à lui, resté au prix de journée.

2. Le financement de l'hospitalisation privée à but lucratif jusqu'à la mise en œuvre de la T2A

Le secteur privé d'hospitalisation non financé par une dotation globale (comprenant les établissements privés à but lucratif ou « cliniques commerciales » et les établissements de santé non lucratifs), a conservé jusqu'à la mise en œuvre de la tarification à l'activité un mode de tarification mixte « à l'acte » pour les médecins libéraux et « à la journée ».

Les dépenses de ces établissements étaient encadrées par « un objectif quantifié national » (OQN), montant annuel pris en charge par les régimes obligatoires d'assurance-maladie des frais d'hospitalisation des établissements privés non régis par la dotation globale.

2.1 Du forfait journalier à l'OQN

Le financement des établissements privés à but lucratif a pendant longtemps reposé sur un forfait journalier couvrant les frais de séjour, les soins infirmiers et les frais pharmaceutiques courants et divers forfaits³⁰⁶.

La loi du 3 juillet 1970³⁰⁷ va mettre en place un dispositif conventionnel innovant entre les établissements privés à but lucratif, les cliniques, l'État et l'assurance-maladie³⁰⁸. Chaque

³⁰⁶ Médicaments coûteux, utilisation des salles d'opération, frais complémentaires tels que prothèses ou produits sanguins...

³⁰⁷ Loi n° 71-525 du 3 juillet 1971 relative aux rapports entre les caisses d'assurance-maladie et les praticiens et auxiliaires médicaux. Cette loi fixe les règles régissant les rapports entre chacune des professions de santé et les caisses sous formes de conventions nationales passées entre les caisses nationales (CNAM, CANAM, MSA) et les syndicats définis comme représentatifs des professions concernées. Renouvellement tous les quatre ans mais faisant l'objet d'avenants annuels.

³⁰⁸ Une convention nationale de l'hospitalisation privée conclue par une ou plusieurs organisations syndicales représentant les établissements privés et les caisses nationales d'assurance-maladie fixait pour cinq ans le cadre des relations entre les caisses et les établissements à l'instar des conventions régissant les professions de

année, dans la convention nationale était alors défini un objectif quantifié national (OQN) des établissements non financés par dotation globale, constitué par le montant annuel des frais d'hospitalisation dans ces établissements pris en charge par les régimes obligatoires d'assurance-maladie dont le contenu était fixé par décret.

Ce mécanisme était une forme d'enveloppe globale, mais seulement partielle, puisque l'OQN traduit un taux d'évolution négocié et en cas d'écart par rapport à l'objectif les prix sont ajustés en conséquence. Cependant, il est à noter que les honoraires médicaux échappent à l'OQN ; de plus chaque établissement a toujours intérêt à accroître son activité puisqu'en cas de dépassement de l'objectif, l'ajustement est réparti sur l'ensemble des cliniques. Là encore, on notera que le patient est absent de la réflexion et le financement est conçu dans l'intérêt de l'établissement de soins, puisque ce dernier aura tout intérêt à accroître son activité.

Depuis un décret du 22 février 1972 pris en application de la loi du 31 décembre 1970, la fixation des tarifs se faisait dans le cadre d'une convention individuelle entre la caisse régionale d'assurance-maladie et l'établissement. À partir de 1978 seulement, un modèle national de conventionnement a été mis en place.

L'ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996³⁰⁹ mettra un terme au régime conventionnel auquel elle a substitué un régime « sous contrat ». À ce titre, ce sont les ARH et non plus les organismes d'assurance-maladie qui contractent avec les établissements à but lucratif. On assiste alors à une régionalisation du financement des établissements privés. Une annexe annuelle à la convention nationale devait prévoir les modalités de répartition de l'enveloppe par région et par période en fonction de la nomenclature de prestations, entre les divers établissements³¹⁰.

La loi n° 99-1140 du 29 décembre 1999 de financement de la sécurité sociale pour 2000, instaurera un accord bipartite liant exclusivement l'État et les cliniques privées.

Ces dispositifs ont, comme dans le secteur public, été remplacés par la tarification à l'activité.

santé libérales. Cette convention établissait la convention type qui devait lier chaque clinique aux régimes d'assurance-maladie en vertu de l'article L. 162-22 du Code de la sécurité sociale et la nomenclature des prestations d'hospitalisation hors honoraires médicaux.

³⁰⁹ *Op. cit.*

³¹⁰ Art. L. 162-22-3 du Code de la sécurité sociale.

2.2 Une tarification mixte à l'acte et à la journée

Le secteur privé d'hospitalisation non financé par une dotation globale a conservé, jusqu'à la mise en œuvre de la tarification à l'activité, un mode de tarification mixte « à l'acte » et « à la journée ».

Le régime de tarification à la journée s'appliquait alors, comme celui qui lui a succédé aujourd'hui, uniquement aux prestations « hospitalières » (hébergement, gestion administrative...) fournies directement par les établissements. En conséquence, ils ne régissaient pas, et c'est encore le cas aujourd'hui, les honoraires médicaux et les rémunérations des personnels que les praticiens prenaient directement en charge, y compris les examens de laboratoire. Il en allait de même pour les honoraires des auxiliaires médicaux à l'exception des soins infirmiers, et les frais de fourniture des produits sanguins labiles, des médicaments dérivés du sang, d'objets de gros appareils et de certains médicaments dispensés dans des conditions particulières.

a) Actes et prestations facturés par le médecin

Ces actes et prestations étaient en effet facturés indépendamment, à l'acte ou à la prestation, par les prestataires et théoriquement payés séparément par le malade. Les praticiens facturaient leurs honoraires, par l'intermédiaire le plus souvent de l'établissement, selon le tarif conventionnel ou avec un dépassement d'honoraires. Pour la détermination de leurs honoraires, ils devaient se référer à la Nomenclature Générale des Actes Professionnels selon des tarifs dits opposables et remboursables par l'assurance maladie. Ils doivent procéder « avec tact et mesure, en tenant compte de la réglementation en vigueur, des actes dispensés ou de circonstances particulières »³¹¹, ces dernières pouvant être la situation personnelle du patient pour les dépassements d'honoraires. Les honoraires rémunérant les praticiens sont la contrepartie de l'acte médical effectué. Toutefois ils servent aussi au paiement par ces professionnels des frais de fonctionnement liés à leur activité libérale au sein de l'établissement de santé privé (mise à disposition de matériels, de locaux et de personnel). En effet, les praticiens doivent supporter les charges produites par la mise à disposition de moyens humains et matériels par l'établissement pour leur exercice.

³¹¹ Article 53 du Code de déontologie.

b) Le paiement des honoraires par le patient

S'agissant du paiement des honoraires et conformément aux règles applicables à la médecine de ville, il demeure, aujourd'hui comme hier, à la charge du patient, ou des organismes d'assurance maladie (exonération du ticket modérateur). Ainsi que, le cas échéant, le montant des dépassements d'honoraires lorsque le praticien exerce en « secteur II ».

Jusqu'à l'introduction, par la loi n° 2003-1199 du 18 décembre 2003³¹² de financement de la sécurité sociale pour 2004, d'un nouveau mode de financement des établissements de santé dénommé « tarification à l'activité » (plus couramment appelé « T2A ») tendant à instaurer une tarification commune à l'ensemble des établissements de santé, les règles de tarification et de prise en charge des frais d'hospitalisation dans les hôpitaux publics (établissements publics de santé) et assimilés³¹³ et les cliniques privées (autrement appelées établissements privés à but lucratif) étaient différentes. Elles ont évolué en fonction des modifications législatives et réglementaires apportées au fonctionnement et au financement des établissements de santé.

Jusque-là existaient principalement deux systèmes de financement des établissements de santé, publics et privés, en France. D'une part, le budget global, créé en 1983, qui s'appliquait à l'ensemble des établissements publics et à une majeure partie des établissements privés non lucratifs, que ceux-ci participent ou non au service public hospitalier³¹⁴. D'autre part, un système de paiement mixte au séjour, combinant rémunérations par prix de journée et paiement à l'acte qui concernait les établissements privés à but lucratif et à visée commerciale et un peu plus d'une centaine d'établissements à but non lucratif.

Comme on avait voulu faire de la dotation globale, antérieurement versée aux établissements publics, un outil de régulation des dépenses³¹⁵, les cliniques financées par des tarifs journaliers, étaient soumises, quant à elles, à un dispositif de régulation prix/volume faisant intervenir une enveloppe globale, l'objectif quantifié national (OQN).

³¹² Loi n° 2003-1199 du 18 décembre 2003 de financement de la sécurité sociale pour 2004, *JORF* 19 décembre 2003.

³¹³ , C'est-à-dire les établissements privés à but non lucratif participant au service public hospitalier ou ayant opté, en application de l'article 25 de l'ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996³¹³ portant réforme de l'hospitalisation publique et privée, pour la dotation globale de financement)

³¹⁴ L'évolution des dotations globales de financement (DGF) était encadrée par un taux d'évolution national et annuel fixé par le gouvernement.

³¹⁵ Voir *supra*.

Ceci constituait un système de régulation qui visait à contrôler, d'une année sur l'autre, l'évolution des tarifs de journée et des actes en fonction des volumes d'activité réalisés l'année précédente tout en mettant en œuvre une contractualisation développée au niveau régional entre les agences régionales de santé et les établissements.

Mais quel que soit le mode de financement et quel que soit le statut de l'établissement de santé, à aucun moment, la condition du patient, n'a été prise en compte dans la définition des modalités de financement des établissements de soins. Bien au contraire, comme en témoigne le prix de journée, ou certes, il était nécessaire de réformer, du fait d'une durée d'hospitalisation trop longue, mais non pas en considération du patient, mais en considération de la tendance des établissements à allonger le temps d'hospitalisation afin de générer de l'activité et donc un financement en conséquence !

Si l'entrée en vigueur de la T2A³¹⁶ a rendu caduque une partie de ces dispositifs, cette nouvelle modalité de financement ne semble pas pour autant remettre en cause ce dernier constat.

Insérée dans le plan Hôpital 2007, la mise en œuvre de la tarification à l'activité se présente comme une réforme majeure du mode de financement des établissements de santé puisqu'elle concerne tous les établissements de santé, qu'ils soient publics ou privés, exerçant des activités de médecine, chirurgie, obstétrique ; elle se substitue aux mécanismes de financement jusqu'alors en vigueur dans les différentes catégories d'établissements de santé.

B – Vers la fin de la dichotomie de financement avec la mise en œuvre du financement à l'activité

En 2005 un système de tarification à l'activité (T2A) a été introduit pour financer les établissements de santé. Ainsi, depuis 2005, l'activité de court séjour des hôpitaux publics et privés est financée par cette tarification à l'activité (T2A) qui a pour but de fonder le

³¹⁶ On rappellera que la dotation globale, rebaptisée dotation annuelle complémentaire (D. n° 2005-30, 14 janvier 2005, art. 9-III : *Journal officiel*, 16 janvier 2005) dans le cadre de la réforme introduite par la loi n° 2003-1199 précitée, continue de s'appliquer pour la partie non financée par la T2A jusqu'à ce que cette dernière couvre la totalité des activités, ce qui est théoriquement prévu pour 2012.

financement des établissements en fonction de leur activité, décrite par Groupes homogènes de séjours (GHS).

La T2A couvre la totalité de l'activité des établissements privés depuis 2005, mais a été appliquée de manière progressive dans le secteur public pour couvrir l'activité de court séjour (médecine, chirurgie, obstétrique) de ces établissements.

Désormais les établissements publics et privés sont financés dans le cadre d'une même enveloppe, l'objectif des dépenses d'assurance-maladie, commun aux activités de médecine, chirurgie obstétrique et odontologie (ODMCO). La régulation doit donc être commune à l'ensemble de ces établissements.

Ce nouveau mode de financement est présenté comme un facteur de modernisation des établissements de santé dont les ressources étaient constituées, comme cela vient d'être abordé, soit par une dotation globale tenant faiblement compte de l'activité réelle (secteur public), soit par des tarifs de prestations fortement segmentés et peu harmonisés³¹⁷.

Applicable à tous les établissements (1), il est également présenté comme un facteur d'homogénéisation du financement des établissements de santé quel que soit leur secteur d'appartenance public ou privé. Son principe repose sur un financement des établissements en fonction de leur activité mesurée par groupe homogène de malades (2).

1. Champ d'application, selon l'article L. 162-22-6 du Code de la sécurité sociale

La définition exacte du champ de la tarification à l'activité est donnée par l'article L. 162-22-6 du Code de la sécurité sociale introduit par la loi n° 2003-1199 du 18 décembre 2003³¹⁸.

1.1 Les établissements concernés

Deux principaux modes de financement des établissements de santé coexistent désormais, qui sont déterminés à la fois par les disciplines exercées et accessoirement par

³¹⁷ JEGOU, Jean-Jacques, avis n° 58, Sénat, présenté au nom de la Commission des finances sur le projet de loi de financement de la Sécurité sociale pour 2005 adopté par l'Assemblée nationale, sess. ord. 2004-2005, accessible sur le site du Sénat : [http : //www.senat.fr](http://www.senat.fr).

³¹⁸ *Op. cit.*

leur statut juridique. D'une part, la T2A a été introduite dans les établissements publics et ex-PSPH financés antérieurement par dotation globale et dans les établissements privés à but lucratif jusqu'alors rémunérés par des prix de journée et des forfaits techniques, d'une part. Elle rémunère alors l'activité de soins produite dans les disciplines de médecine chirurgie et obstétrique (MCO) quels que soient le statut de l'établissement et le type d'activité (hospitalisation complète, partielle, à domicile, structure de dialyse) à l'exception des hôpitaux locaux³¹⁹, des établissements militaires³²⁰ et pénitentiaires³²¹. D'autre part, pour les établissements sous objectif quantifié national (OQN), le reste de l'activité demeure financé selon le modèle d'allocation des ressources actuellement en vigueur. Concernant les autres disciplines (SSR) psychiatrie et long séjour, elles sont appelées à connaître un mode de financement similaire à la T2A, mais demeurent pour l'instant financées selon un mode différent qu'il s'agisse d'établissements publics et privés (ex-PSPH) avec une dotation annuelle de financement (DAF)³²² ou d'établissements privés à but lucratif (facturation de prix de journée).

1.2 Activités concernées

Le champ d'application de la tarification à l'activité touche l'ensemble des établissements publics et privés³²³ – mais est limité aux activités de MCO (médecine, chirurgie, obstétrique) quelles que soient leurs modalités : hospitalisation avec ou sans hébergement, hospitalisation à domicile ainsi que les consultations et soins externes. Pour le secteur privé, les honoraires médicaux restent cependant financés en sus des éléments de la tarification à l'activité.

L'article L. 162-22-8 du Code de la sécurité sociale précise que certaines activités de médecine, chirurgie, obstétrique, peuvent bénéficier d'un financement conjoint sous la

³¹⁹ Pour les hôpitaux locaux, l'exclusion n'est cependant pas complète puisqu'ils sont concernés par une partie du dispositif à travers une enveloppe forfaitaire qui s'intègre à l'enveloppe « Missions d'Intérêt Général et d'Aide à la Contractualisation ».

³²⁰ Les établissements du service de santé des armées, les établissements nationaux de Fresnes et l'Institut national des invalides.

³²¹ Ainsi que des centres hospitaliers de Guyane, Mayotte et Saint-Pierre-et-Miquelon jusqu'à leur intégration dans le régime de financement de droit commun.

³²² Pour les établissements publics et les autres établissements privés, dans un souci de cohérence et de simplification et afin de préparer l'extension progressive de la tarification à l'activité aux activités non MCO, une « dotation annuelle de financement » se substitue au dispositif actuel de la dotation globale.

³²³ Art. L. 162-22-6 du Code de la sécurité sociale.

forme de tarifs de prestations d'hospitalisation et d'un forfait annuel, si elles sont exercées dans les établissements publics de santé, les établissements de santé privés à but non lucratif admis à participer au SPH ou ayant opté pour la dotation globale de fonctionnement, et les établissements de santé privés autres que ceux susmentionnés ayant conclu un contrat d'objectifs et de moyens avec l'ARH, et qui, par leur nature, nécessitent la mobilisation de moyens importants, quel que soit le volume d'activité réalisé. Sont ainsi provisoirement exclus du champ de la « T2A », les domaines de la psychiatrie, des soins de suite ou de réadaptation qui demeurent financés, dans les établissements publics de santé et les établissements de santé privés à but non lucratif admis à participer au SPH ou ayant opté pour la dotation globale de financement, par une dotation annuelle de financement dont le montant est arrêté par l'État ³²⁴ et réparti après accord entre tous les régimes ayant une organisation financière propre. À défaut d'accord entre les régimes, l'État fixe cette répartition ³²⁵. Cette dotation est versée pour le compte de l'ensemble des régimes d'assurance-maladie par la caisse primaire d'assurance-maladie dans la circonscription de laquelle est implanté l'établissement. Toutefois, par convention entre les régimes, ce rôle peut être rempli par une caisse relevant d'un autre régime ³²⁶. Les soins de longue durée sont également exclus du champ de la « T2A » et demeurent financés selon le modèle d'allocation des ressources antérieurement en vigueur.

2. Le principe du financement lié à l'activité

Le principe général est que des groupes homogènes de séjours (GHS) sont rémunérés dans ce cadre sur la base d'un tarif forfaitaire national. Ce paiement forfaitaire est complété pour certains établissements par une ou des dotations, destinés à prendre en compte notamment la dispensation de médicaments particulièrement coûteux ou certaines missions particulières d'intérêt général.

Ainsi, trois modalités de financement directement liées à l'activité réalisée sont définies. En tout premier lieu le paiement d'un tarif par séjour (dit groupe homogène de séjour-GHS) ; le paiement d'un tarif par prestation pour les activités de consultation et les actes externes d'urgence ; enfin, le paiement de certaines fournitures, en plus des tarifs de

³²⁴ Art. L. 174-1 du Code de la sécurité sociale.

³²⁵ Art. L. 174-2, al. 2 du Code de la sécurité sociale.

³²⁶ Art. L. 174-2 du Code de la sécurité sociale.

prestation (certains médicaments dits coûteux et les dispositifs médicaux implantables [DMI] comme les prothèses). Une liste des molécules et des DMI concernés est établie par voie réglementaire³²⁷.

Viennent ensuite les modalités de financement mixte, pour certaines activités de soins, correspondant à un montant de ressources annuelles fixes, mais déterminé en fonction de l'activité réalisée. Un forfait annuel financera ainsi les coûts fixes liés aux urgences.

Des dotations forfaitaires annuelles sont prévues pour le financement des missions d'intérêt général et d'aide à la contractualisation (MIGAC). Cette enveloppe recouvre essentiellement les activités d'enseignement et de recherche.

La T2A est un système de financement des établissements de santé qui associe le paiement à l'activité réalisée, celle-ci étant définie par les épisodes de soins et la nature des actes réalisés.

De par le caractère inflationniste des dépenses de santé, les échecs des différentes tentatives de régulation, la T2A suscite beaucoup d'attente, en termes de solutions.

3. Les effets attendus d'une T2A

La T2A présente trois avantages théoriques. Tout d'abord, elle vise à améliorer la transparence puisqu'elle assure une plus grande transparence dans le financement des soins hospitaliers en liant le financement à la production des soins.

De plus, la T2A est perçue comme un mécanisme « équitable » dans la mesure où on paie le même prix pour un même service pour tous les fournisseurs de soins. Cette équité dépend toutefois de la fiabilité de la classification de l'activité en groupes tarifaires : il est impératif que cette classification soit suffisamment fine, et les groupes suffisamment homogènes, pour que les établissements qui attirent systématiquement les patients les plus lourds ne soient pas pénalisés. Il faut également prendre en compte les facteurs exogènes liés au contexte local et que les établissements ne contrôlent pas, car ils peuvent influencer fortement les coûts.

Enfin la T2A vise à améliorer l'efficacité, à la fois de chaque établissement individuellement et de l'ensemble du marché : elle introduit en effet une forme de compétition stimulant l'efficacité dans un contexte où ces pressions compétitives étaient

³²⁷ Il est prévu d'intégrer les DMI dans la T2A.

inexistantes jusqu'alors. Ceci suppose toutefois que les prix reflètent correctement les coûts des producteurs les plus efficaces.

La T2A a également pour objectif la suppression des disparités tarifaires actuelles non justifiées entre hospitalisation publique et privée.

Toutefois, il convient de préciser que la T2A comme mode de paiement n'a aucune vocation à assurer une couverture optimale des besoins ni à améliorer la qualité des soins. Au contraire, il est nécessaire de prévoir des mécanismes régulateurs additionnels pour garantir la qualité des soins et un accès territorial équitable, comme cela a été fait aux États-Unis (tels que certification et accréditation).

La tarification à l'activité constitue un financement mixte des établissements de santé publics et privés associant d'une part, une dotation pour assurer l'ensemble des missions de service public et, d'autre part, un dispositif médicalisé pour l'activité de soins qui prend en compte la nature et le volume d'activité réalisée, mesurée pour l'essentiel, sur la base des données issues du programme de médicalisation des systèmes d'information (PMSI) ; le but est de financer au plus près de la mobilisation des ressources nécessaires aux soins. Les séjours et prestations déclarés par les établissements de santé, publics et privés, donnent désormais lieu à une facturation principalement assise, dans son principe, sur une liste nationale de tarifs et de forfaits. Une fois encore, le patient est absent de cette réforme, et ne pourra subir que les effets générés par cette nouvelle modalité de financement.

Si le financement des établissements de santé, jusqu'en 2005, pouvait apparaître comme une spécificité, cette spécificité tend à être atténuée par la mise en œuvre de la T2A. Toutefois, si la T2A s'applique aux établissements anciennement sous dotation globale (publics et privés PSPH) ainsi qu'aux cliniques privées et se trouve régulée dans des objectifs communs aux deux secteurs d'établissements, elle présente des spécificités dans chacun des secteurs. Ainsi, le secteur privé ne perçoit que très peu de dotation MIGAC (moins de 1 % en 2007) et chaque secteur se voit appliquer des tarifs différents, ceux des cliniques n'incluant pas les honoraires perçus par les médecins comptabilisés par ailleurs dans les dépenses de soins de ville de l'ONDAM et non dans les dépenses hospitalières. Pour autant cette tentative de convergence du financement des établissements de soins, n'entame en rien la qualification d'entreprise de l'établissement de santé privé. En effet, l'établissement de santé privé se présentant comme une entreprise commerciale doit obéir aux logiques de

marché, et se positionner, sur un marché concurrentiel, ce qui semble possible au regard des développements précédents. Cette spécificité que constitue la concurrence dans le milieu de la santé semble, cependant être limitée.

Paragraphe 3 – Une entreprise privée paradoxalement concurrente de l'hôpital public

Un rappel historique permet d'établir qu'en France coexistent en fait un système de type « Beveridge » pour certaines activités de prévention (prévention maternelle et infantile, ou scolaire) et pour les hôpitaux publics (placés sous la tutelle de l'État, étroitement planifiés, dont les médecins sont salariés, et financés, jusqu'en 2003, par un budget global) et un système de type « Bismarck » pour la médecine de ville et les cliniques privées (payées à l'acte ou à la journée d'hospitalisation, jusqu'en 2003), organisé par contrat entre les régimes d'assurances maladie et les professions médicales. Cet ensemble figure parmi les plus diversifié d'Europe : la présence d'hôpitaux publics (les deux tiers des capacités) et de cliniques privées (un tiers) dont certaines, à but non lucratif, et d'autres, gérées selon une logique de bénéfice, offre, semble-t-il, toute liberté de choix à la population et aux médecins.

Une convention entre les syndicats médicaux représentatifs et les trois grands régimes d'assurance-maladie, fixe, environ tous les cinq ans, les honoraires et certaines conditions d'exercice des médecins ; elle doit, cependant, recevoir l'agrément du ministère de la Santé qui détermine la nomenclature des actes et fixe, in fine et sans toujours tenir compte du résultat de la négociation, les tarifs des actes applicables (remboursés) ; puis le contrôle en revient aux médecins-conseils de la CNAMTS.

Malgré cet encadrement, les établissements privés lucratifs, dont un des objectifs est de faire des bénéfices, sont gérés selon une logique de marché (A) ce qui a pour conséquence une certaine concurrence. Pour autant, si la particularité du secteur de la santé lui permet, paradoxalement, une concurrence, cette dernière s'en trouve toutefois limitée, de par le fort encadrement de ce secteur si particulier (B).

A – Une logique de marché

« La concurrence entre le secteur privé et le secteur public peut exister ; il serait hypocrite de l'occulter³²⁸ ... » Pourtant le mot concurrence est à peu près absent de la législation sanitaire française et de la jurisprudence afférente. Lorsqu'il est présent, c'est dans un but d'exclusion : « sont interdites au médecin toutes pratiques tendant à abaisser, dans un but de concurrence le montant de ses honoraires »³²⁹.

La tradition française repose en effet sur la conviction historique que les services de santé ne se déploient pas sur un marché concurrentiel, mais relèvent de la solidarité nationale : c'est pourquoi la concurrence n'a jamais été officiellement envisagée comme un moyen légitime de maîtrise des coûts, contrairement à ce qui se passe dans les autres secteurs économiques³³⁰.

Pourtant les services de santé, qu'ils soient publics ou privés, ont un coût, mais sont également, pour les établissements privés en tant qu'entreprise individuelle source de profits (1), reposant comme toute entreprise sur l'offre et la demande (2).

1. L'établissement de santé privé, source de profits

Comme le constate D. Truchet³³¹, les services de santé ont un coût considérable, mais ils peuvent être également source de profits ; rien ne s'oppose, *a priori*, à ce qu'ils aient un caractère lucratif. Le profit est l'assurance de la survie de l'établissement de santé privé. L'établissement de santé fonctionne bien comme en cela comme une entreprise privée³³².

Par ailleurs, les services de santé sont explicitement envisagés par le législateur comme formant « un système de santé », depuis la loi Kouchner du 4 mars 2002³³³. Le but général étant de faire travailler ensemble les éléments de ce système, et donc d'y organiser la concurrence et d'orienter vers la complémentarité, mais non la supprimer : les différents

³²⁸ Discours de M. J.-F. Mattei, ministre de la Santé, de la Famille, et des Personnes handicapées, lors de la présentation de « Hôpital 2007, un pacte de modernité pour l'hospitalisation », le 20 novembre 2002.

³²⁹ Art. R. 4127-67 du Code de la santé publique.

³³⁰ Les risques d'exclusion de la partie non solvable de la clientèle potentielle sont trop élevés pour que l'on ose y songer.

³³¹ Truchet, Didier, *Quels espaces de concurrence pour les services de santé*, RGDM, 2005, Hors série, p. 20.

³³² On peut comparer ce constat à ce qui a été dit précédemment, faisant déjà de l'établissement de santé privée une entreprise au sens commercial du terme.

³³³ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JO, 5 mars 2002, p. 4159.

« opérateurs », publics et privés, se disputent la même clientèle, ou, à tout le moins, la partie la plus rémunératrice de celle-ci. La France a en effet toujours refusé de faire de son système de santé un service public national monopolistique. L'illustration majeure en est l'affirmation et le maintien du droit du malade au libre choix de son médecin et de son établissement de santé. Les profits étant nécessaires à la survie de l'établissement de santé, son fonctionnement repose alors sur l'offre et la demande, comme toute entreprise privée.

Mais qu'est ce qui va faire que le patient choisira de se faire hospitaliser dans un établissement de santé privé plutôt qu'à l'hôpital public ?

2. Le modèle économique de l'établissement de santé privé repose sur l'offre et la demande

En principe, une économie de marché naît de la réalisation d'un équilibre entre l'offre et la demande, dans un environnement concurrentiel, par un ajustement du niveau des prix et du niveau de rémunération des facteurs de production. Cela fonctionne sur la base d'investissements d'origine privée.

Si l'on transpose ce principe à l'établissement de santé privé, on peut très bien en déduire que la clinique voit son économie reposer sur les lois du marché, notamment celle de l'offre et de la demande, entre, d'une part l'offre technologique que l'établissement propose avec son plateau technique, et, d'autre part, la demande du patient, qui par le libre choix que lui confère la loi, souhaite bénéficier de la technologie de l'établissement de santé. Pour autant, le marché de la santé est-il un marché concurrentiel et y a-t-il une place pour la concurrence dans la médecine libérale ? Si la concurrence n'existe pas dans l'univers de la santé, alors le libre choix ne peut s'exercer, car la concurrence est l'élément indispensable à la diversité de l'offre. Or la liberté de choix du médecin comme de l'établissement de santé par le patient, est un principe fondamental. Par conséquent, de quelle manière le droit encadre-t-il cette concurrence ?

B – Une concurrence limitée

Un marché de la concurrence pure et parfaite est un marché qui satisfait à différents critères, nécessaires et impératifs dont la présence d'un grand nombre d'acheteurs et de vendeurs, une homogénéité des produits, une totale transparence (puisque tout se sait sur le marché), la libre entrée et sortie, et la libre circulation des facteurs de production. Les éléments permettant d'identifier un système concurrentiel sont essentiellement, la production, le mode de distribution et le prix.

Pourtant, si l'on tente d'appliquer ces critères à l'activité médicale, ils s'avèrent rapidement inopérants, limités à la fois par la Constitution (1) et le Code de la santé publique, la déontologie (2). Ainsi, le marché de la santé, régulé par les pouvoirs publics, et présentant de multiples spécificités, ne permet pas un ajustement des prix (3).

1. La non-concurrence au nom de l'obligation constitutionnelle

D'un point de vue théorique, la concurrence devrait permettre d'atteindre un objectif : la fidélisation de la clientèle ; pour le prestataire de soins, afin de l'assurer d'une part du marché et donc d'un revenu ; pour le consommateur, afin de lui assurer un choix et un moindre coût pour l'autre, ou au moins un meilleur rapport qualité/prix.

Or, une transposition au marché de la santé, est impossible car l'objet de la prestation, la santé du patient, interdit déontologiquement de pratiquer la médecine comme un commerce. En effet, en ce qui concerne le coût de la prestation, le libre jeu de la concurrence pourrait entraîner soit une envolée des prix soit des prestations au rabais, et par conséquent une médecine à deux vitesses, en totale rupture avec l'obligation constitutionnelle faite à la nation d'assurer à tous la protection de la santé.

Par ailleurs, l'obligation constitutionnelle d'assurer la protection de la santé se dédouble en deux impératifs complémentaires : l'égal accès aux soins pour tous et la prise en charge financière des prestations de santé par des mécanismes sociaux. Ainsi, l'introduction du tiers payant et le rôle de l'assurance-maladie modifient le schéma classique du libre jeu de la concurrence, où, dans un marché donné, la concurrence rend producteurs et consommateurs interdépendants.

Par ailleurs les comportements anticoncurrentiels sont interdits ou du moins limités (dénigrer un confrère...).

En outre, l'établissement de santé privé ne peut définir ses prix de vente.

2. Une concurrence limitée par le Code de la santé publique et le Code de déontologie

Habituellement, le mot « concurrence » est utilisé pour qualifier certains types de rapports entre entreprises pratiquant le commerce. Or selon, l'article R. 4127-19 du Code de la santé publique³³⁴, la médecine ne doit pas être pratiquée comme un commerce.

Par ailleurs, l'article L. 1111-8 du Code de la santé publique³³⁵, interdit « tout acte de cession à titre onéreux de données de santé, directement ou indirectement, y compris avec l'accord de la personne concernée ».

On peut ajouter, également, que le corps humain ne peut faire l'objet d'un droit patrimonial³³⁶. Cette disposition n'a nullement pour objet ou pour effet de placer les services de santé hors du commerce, mais elle induit un climat peu favorable au marché, et donc à la concurrence.

Enfin, le Code de déontologie, dans ses articles 2, 3, et 19³³⁷ présente la médecine comme une « mission », le médecin étant « au service de l'individu et de la santé publique » et respectant les « principes de moralité, de probité et de dévouement ». Aucune publicité n'est permise, et les prix sont fixés avec tact et mesure. Par ailleurs, le Code de déontologie exige des rapports confraternels et de ce fait limite l'existence de comportements concurrentiels ; il interdit donc l'exercice de la médecine comme un commerce.

Pourtant, le Conseil de la concurrence a, en 1991, décidé que les chirurgiens libéraux agissaient sur un marché des soins et constituaient des entreprises au sens de l'ordonnance

³³⁴ Ancien article 19 du Code de déontologie médicale.

³³⁵ Rédaction donnée par la loi n° 2004-810 du 13 août 2004, relative à l'assurance-maladie, *JO*, 17 août 2004, p. 14598.

³³⁶ Art. 16-1 du Code civil.

³³⁷ Article 2, du Code de déontologie médicale : le médecin, au service de l'individu et de la santé publique, exerce sa mission dans le respect de la vie humaine, de la personne et de sa dignité. Le respect dû à la personne ne cesse pas de s'imposer après la mort. Article 3, du Code de déontologie médicale : le médecin doit, en toutes circonstances, respecter les principes de moralité, de probité et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine. Article 19, du Code de déontologie médicale : 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.

du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence³³⁸. En 2002, le ministre de l'Économie a rappelé qu'il n'y a pas lieu de segmenter le marché de l'offre de soins hospitaliers, avec ou sans hébergement, selon que les établissements de santé sont publics, privés à but non lucratif ou privés à but lucratif »³³⁹.

Ceci serait justifié par l'identité des missions exercées par les établissements publics et privés, par leur soumission aux exigences d'hygiène, de sécurité et de régulation de l'Agence régionale de santé qui conclut avec les établissements de santé des contrats d'objectifs et de moyens, par l'existence de conventions passées avec l'assurance-maladie et, enfin, par la prise en charge sur le mode du tiers payant qui permet au patient de choisir son établissement de santé « sans considération économique ».

Ainsi, les établissements de santé privés tout comme par ailleurs, les établissements de santé publics, agissent pour une partie au moins de leurs activités, sur un même marché et sont susceptibles d'une concurrence prohibée par le Code de déontologie médicale.

3. La clinique ne peut définir ses prix de vente

Alors qu'une entreprise peut élaborer une stratégie fondée sur un ajustement entre les prix de vente et les coûts de production, la clinique privée est placée dans une situation de contrainte forte sur le prix de vente. Or, le secteur hospitalier privé insiste sur le caractère public de sa régulation. La quasi-totalité des paramètres de gestion sont contrôlés. Le secteur des établissements de santé privé commercial est un secteur cogéré en dépit de la nature des entreprises qui le composent.

Par ailleurs, si la concurrence résulte principalement des prix déterminés librement par des entreprises, nécessairement commerciales, on soulève déjà le conflit latent entre la position de la cour de justice des Communautés européennes, qui considère le cabinet médical comme une entreprise soumise au droit de la concurrence³⁴⁰, et la déontologie médicale française, qui interdit de pratiquer la médecine comme un commerce.

³³⁸ Décision n° 91-D-43, 22 octobre 1991, Honoraires des chirurgiens exerçant dans les cliniques privées du département de Lot-et-Garonne, BOCCRF, 26 novembre 1991, p. 319-320.

³³⁹ Lettre du ministre de l'Économie, 14 novembre 2002, Société Médi-Partenaires, BOCCRF, 20 mai 2003 n° 5, p. 250.

³⁴⁰ CJCE, 19 février 2000, Pavel Pavlov c.a. c/ stiching pensioenfond medische specialisten, affaires jointes C. 180/98 à C. 184/98, points 76-79, Rec., 1, 6451.

Quant à la liberté des prix, elle n'existe pas. La détermination des honoraires n'est pas libre, sauf exception du secteur 2 ; elle résulte depuis 1971³⁴¹ des conventions médicales conclues entre l'assurance-maladie et les syndicats de médecins. Par conséquent, la concurrence par les prix est étouffée par leur encadrement normatif et l'existence d'une couverture sociale.

Comme le souligne M. C. Le Pen³⁴², la rentabilité des cliniques est « une rentabilité négociée » qui fait l'objet d'un compromis.

Dès lors, il conviendrait de se poser la question de la concurrence comme moyen de régulation. Mais tel n'est pas l'objet de ce travail.

³⁴¹ Cf. Titre II, Chapitre II, Section I, p. 392

³⁴² Cité dans *Le Monde*, du 29 mai 2001.

CONCLUSION DE LA SECTION II

L'établissement de santé privé lucratif se distingue donc de l'établissement public de santé par de nombreuses spécificités, aussi bien structurelles, qu'économiques. Résultat de l'histoire, cette dualité s'est parfois trouvée confortée par les pouvoirs publics. C'est le cas en ce qui concerne le financement des établissements de soins, même si face à l'augmentation des dépenses hospitalières et à la volonté de maîtrise des dépenses de santé, les pouvoirs publics n'ont eu de cesse de réduire cette dualité publique/privée, depuis les années 1970, et plus récemment depuis 2003, par la réforme du financement des établissements de santé. Pour autant, cette tentative de convergence s'avère particulièrement difficile, du fait du caractère « privé commercial » de l'établissement de santé, qui s'il répond au caractère commercial se doit de faire du profit. Pour cela il doit se placer sur un marché concurrentiel. Si le marché concurrentiel respecte le libre choix de l'individu, en revanche, transposé au monde de la santé, il se heurte aux valeurs non-marchandes de la médecine. Pour autant, l'établissement de santé privé lucratif conserve cette similitude avec l'entreprise, qui lui confère un fonctionnement particulier, combinant à la fois des spécificités propres au mode de la santé et donc communes avec l'hôpital public, et des spécificités propres à une entreprise privée. Ceci a pour conséquence, d'engendrer des relations juridiques spécifiques privées entre les établissements de soins privés et leurs interlocuteurs.

Ainsi, si la spécificité économique est une des explications à la différence public/privé, l'établissement de santé privé se caractérise également par toutes les spécificités juridiques qui l'encadrent, et qui, tout comme les particularités économiques caractérisant l'établissement de soins privé, peuvent avoir une influence sur la condition du patient.

SECTION III

Les spécificités juridiques de l'établissement de santé privé

Aborder le statut du patient hospitalisé en établissement de santé c'est avant tout connaître la nature de son environnement hospitalier. Pour cela, il s'avère nécessaire d'en préciser les spécificités juridiques. Pour rappel, ce travail n'abordera que l'hospitalisation en établissement de santé privé commercial. Le plus souvent ces établissements, lorsqu'ils poursuivent un but lucratif, sont des entreprises constituées sous forme de sociétés constituant le cadre matériel (au sens d'instrument de travail) (paragraphe 2) au sein desquelles interviennent différents professionnels de santé par l'intermédiaire de contrats, différents selon leur « statut » (paragraphe 1).

Il est précisé, que les différentes problématiques contractuelles feront l'objet d'un développement spécifique abordé lors du titre II. Seuls seront abordés, dans cette partie, les contrats spécifiques à l'établissement de santé privé liant la clinique aux différents professionnels de santé. La problématique contractuelle n'est évoquée ici qu'afin d'illustrer la relation du professionnel libéral ou non libéral avec le domaine privé, en tant que spécificité juridique.

Paragraphe 1 – Le fonctionnement de l'établissement de santé privé est la résultante d'une multitude de contrats entre différentes parties prenantes

Le caractère privé de l'établissement de santé a une conséquence directe sur les différentes parties prenantes participant à la prise en charge du patient à savoir que toute relation entre l'établissement de santé et les différents intervenants prend obligatoirement la forme d'un contrat.

Ainsi, lorsque le patient fait le choix de se faire hospitaliser en établissement de santé privé, il est partie prenante de façon directe à minima de deux contrats distincts : il est lié avec le ou les médecin(s) par l'intermédiaire du contrat médical et avec l'établissement de santé par le contrat d'hospitalisation. Le caractère privé de l'établissement de soins a

également pour conséquence l'élaboration de relations contractuelles entre l'établissement de soins et les professionnels de santé. Il s'agit de contrats d'exercice pour les médecins libéraux et de contrats de travail pour les professionnels non médicaux et médicaux non libéraux.

Enfin, de manière non spécifique, puisque l'établissement public de santé y est également tenu, l'établissement de soins privé doit conclure avec l'ARS un contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens (CPOM). Ce contrat qui est obligatoire pour tout établissement de santé ne présente pas de spécificité pour l'établissement de santé privé ; il ne sera donc pas abordé³⁴³.

Ainsi, la situation des médecins exerçant au sein des établissements de santé privés peut prendre plusieurs formes. Les médecins des établissements de santé privés sont placés, de leur propre volonté, dans une situation contractuelle. Ils peuvent (tout en étant, le cas échéant, propriétaires ou actionnaires de l'établissement) être liés par un contrat d'exercice (A). Cette situation est la plus fréquente dans les établissements à but lucratif et peut se combiner avec la conclusion de contrats par lesquels les praticiens se regroupent entre eux. Mais ils peuvent également être salariés de l'établissement de soins, comme la plupart des autres professionnels. Ils sont liés, dans ce cas précis par un contrat de travail³⁴⁴ (B). Ce contrat de travail constitue également le lien contractuel unissant la plupart des professionnels non médicaux à l'établissement de soins privé.

A – Le contrat d'exercice, organise les modalités d'exercice avec les professionnels médicaux libéraux

Les établissements de santé privés sont dépourvus d'une organisation interne réglementée, telle qu'elle existe pour les établissements publics de santé. Cette autonomie pour fixer les règles de leur fonctionnement, médical, notamment, leur laisse en pratique une grande souplesse. Se pose, alors, plus particulièrement la question de la conciliation de l'indépendance professionnelle de chaque médecin, qui s'exprime dans le libellé des

³⁴³ Le CPOM a été institué par l'ordonnance du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée (art. L. 6114-1 du Code de la santé publique). Il a succédé au contrat pluriannuel prévu par la loi du 31 juillet 1991, dont il a élargi l'objet. L'ordonnance du 4 septembre 2003 (art. 7) en a modifié certaines caractéristiques. Son rôle est essentiel dans la gestion des établissements car il a pour objet de déterminer, dans le cadre d'une négociation engagée en principe tous les cinq ans avec l'autorité de tutelle, leurs objectifs et leurs ressources dans une perspective pluriannuelle. Il s'impose aussi bien à l'établissement public de santé qu'à l'établissement de santé privé.

³⁴⁴ De façon exceptionnelle.

contrats d'exercice, avec les impératifs de la qualité des soins, qui impose des procédures collectives d'organisation du travail médical et, plus généralement une coordination efficace et même contraignante de métiers complémentaires. Ainsi, la moindre intervention chirurgicale exige un chirurgien, un anesthésiste, une panseuse ou infirmière de bloc opératoire.

Il revient donc à chaque établissement de définir ses propres modes d'organisation, qui sont fixés pour l'essentiel, en clinique commerciale, par référence aux dispositions convenues dans les contrats d'exercice, et avec les autres professionnels, en conformité avec les conventions collectives.

À cet effet, l'article 83 du Code de déontologie médicale prévoit que « l'exercice habituel de la médecine sous quelque forme que ce soit au sein d'une entreprise, d'une collectivité ou d'une institution relevant du droit privé doit, dans tous les cas, faire l'objet d'un contrat écrit »³⁴⁵. L'établissement de soins privé commercial, étant assimilé à une entreprise, ceci implique que les médecins libéraux y exerçant leur activité soient liés à ce dernier par un contrat d'exercice. En effet, le médecin est placé dans une situation distincte selon qu'il exerce dans un établissement public ou privé de santé. Ainsi les droits et les obligations des médecins exerçant dans les établissements publics découlent du statut de ces personnels³⁴⁶, alors que les droits et obligations des médecins exerçant en établissements privés sont en règle générale appréhendés dans le cadre des relations contractuelles qui les lient à ces établissements. Ce sont les contrats d'exercice.

L'objet de ce travail n'est pas de développer le contrat d'exercice en tant que tel, mais d'en faire un rappel dans ses éléments les plus essentiels, afin de mettre en évidence la spécificité, dans l'organisation des soins en établissement de santé privé, et d'en apprécier les conséquences pour le patient hospitalisé.

En effet, l'exercice de la médecine dans le cadre d'un établissement de soins privés qui doit faire l'objet d'un contrat, repose sur un paradoxe que constitue son formalisme textuel (1). Acte conditionnant l'exercice du praticien libéral (2), il permet d'énoncer les droits et devoirs réciproques, de préciser l'ensemble des prestations envisagées et prévoit clairement les responsabilités et obligations réciproques de chacune des parties³⁴⁷(3). Si ce

³⁴⁵ Art. R. 4127-83 du Code de la santé publique.

³⁴⁶ Art. L. 4113-13 du Code de la santé publique.

³⁴⁷ Art. L. 4113 -9 du Code de la santé publique.

contrat d'exercice présente des caractéristiques propres à tout contrat, il n'en demeure pas moins présenter des spécificités induites par l'environnement hospitalier (4), qui en font une particularité.

1. Le paradoxe du contrat d'exercice, une protection pour le médecin

Le contrat d'exercice repose sur un paradoxe. Si l'obligation d'un contrat écrit entre la clinique et les praticiens résulte à la fois de dispositions réglementaires, déontologiques et conventionnelles, pour autant, l'absence d'écrit n'entraîne pas, la nullité du contrat.

1.1 Un contrat écrit, l'affirmation du principe

En application du principe de la liberté des conventions, les contrats sont conclus librement sans besoin d'autorisation et, sous réserve de ne pas contrevenir à l'ordre public, leur contenu est librement déterminé par les parties signataires qui sont tenues d'en respecter les stipulations.

Même si le contrat médecin/clinique relève du consensualisme, l'exigence d'un écrit est prévue par la loi. Par conséquent, tout praticien exerçant sa profession au sein d'un établissement de santé privé doit bénéficier d'un contrat écrit, contrat qui doit notamment satisfaire aux dispositions des articles 1134 et suivants du Code civil.

Entre l'établissement de santé privé et le praticien doit donc être passé un contrat écrit, dont le contenu est variable³⁴⁸.

À ces impératifs à dominante civiliste, se greffent des impératifs issus du droit de la santé et de la déontologie, puisque ce formalisme obéit à des règles légales et déontologiques.

³⁴⁸ Cass. 1^{re} civ., 27 janvier 1981.

1.2 Un écrit conforme aux impératifs déontologiques et légaux, qui protège le patient

Cet écrit obéit à des impératifs à la fois déontologiques et légaux.

a) Le nécessaire respect déontologique et légal

L'article 83 du Code de déontologie précise « l'exercice de la médecine au sein d'une institution de droit privé doit faire l'objet d'un contrat écrit ». Par ailleurs, l'article 77 de ce même code impose aux médecins la forme écrite de la convention sous peine de sanctions disciplinaires lorsqu'ils exerceront notamment dans une institution de droit privé. Il convient donc de noter que l'écrit est imposé en toutes circonstances, quelle que soit la nature ou la durée de la convention liant le médecin à l'établissement, qu'il s'agisse d'un simple contrat d'essai ou de remplacement, d'un praticien exerçant habituellement, d'un contrat de travail ou d'un contrat dit « de carrière », d'un contrat passé avec un médecin inscrit ou avec un étudiant stagiaire effectuant des gardes.

Tout comme l'article 83 du Code de déontologie médicale, l'article L. 4113.9 du Code de la santé publique, énonce que l'exercice habituel de la médecine, sous quelque forme que ce soit, au sein d'une entreprise, d'une collectivité ou d'une institution ressortissant au droit privé doit, dans tous les cas faire l'objet d'un contrat écrit. Pour autant, il n'existe pas de contrat type d'exercice en clinique privée, mais seulement un modèle de contrat ordinal proposé à ceux qui souhaitent l'utiliser. Facultatifs également, s'avèrent les « recommandations communes » de décembre 1974³⁴⁹ révisées le 24 février 1994³⁵⁰, rédigées par le Conseil de l'ordre et le Comité de liaison et d'action de l'hospitalisation privée (CLAHP)³⁵¹.

³⁴⁹ ALMERAS, Jean-Pierre, *Le protocole d'accord entre la profession médicale et l'hospitalisation privée*, Conc. méd., 4 janvier 1975, p. 97 ; Recommandations communes..., Conc. méd., 8 février 1975, p. 972.

³⁵⁰ Conc. méd., 25 juin 1994, p. 2069 ; Mémeteau, Gérard, *RDSS*, 1995, p. III.

³⁵¹ Les premières « recommandations communes » favorisant la rédaction des contrats entre praticiens et établissements privés datent du 10 décembre 1974.

Les recommandations sont le résultat d'un protocole d'accords signé entre les syndicats médicaux et les organisations professionnelles de l'hospitalisation privée en présence d'un représentant du Conseil national de l'ordre des médecins.

Des modèles de clauses ont été annexés au protocole et ces recommandations sont communiquées par chaque organisme à leurs adhérents au fur et à mesure de la conclusion des contrats.

La loi précise, que cette convention, quant à sa forme, doit être portée à la connaissance de l'Ordre³⁵².

b) Un contrat soumis au contrôle ordinal

La communication du document aux instances ordinales³⁵³, permet de vérifier que les principes déontologiques sont respectés et les clauses essentielles du contrat type sont imposées aux praticiens³⁵⁴ ; il s'agit d'un contrôle *a posteriori* qui ne peut conduire à l'annulation de l'acte soumis. Ceci suppose que contrats et avenants ont été passés au préalable par écrit. À défaut d'écrit, le praticien encourt un refus de son inscription au tableau par le Conseil de l'ordre qui peut également appliquer les peines disciplinaires de

Cependant, en raison de l'évolution de la jurisprudence et des problèmes juridiques posés par les conventions d'exercices, le CLAHP a émis le 24 février 1994 un ensemble de recommandations rénovant celles de 1974 relatives au contrat d'exercice libéral.

³⁵² Art. L. 4113-9 du Code de la santé publique exigeant que « les médecins, les chirurgiens-dentistes en exercice ainsi que les personnes qui demandent leur inscription au tableau de l'Ordre des médecins ou des chirurgiens-dentistes, doivent communiquer au conseil départemental de l'ordre dont relèvent les contrats et avenants ayant pour objet l'exercice de leur profession ainsi que s'ils ne sont pas propriétaires de leur matériel et du local dans lequel ils exercent ou exerceront leur profession, les contrats ou avenants leur assurant l'usage de ce matériel et de ce local ».

La communication prévue ci-dessus doit être faite dans le mois suivant la conclusion du contrat ou de l'avenant, afin de permettre l'application des articles L. 4121-2 et L. 4127-1 du Code de la santé publique. Tous les contrats et avenants dont la communication est exigée doivent être passés par écrit.

Les contrats et avenants dont la communication est prévue ci-dessus doivent être tenus à la disposition du ministre chargé de la santé par le conseil départemental de l'ordre des médecins ou par le conseil départemental de l'Ordre des chirurgiens dentistes. Toute personne physique ou morale passant un contrat avec un médecin ou un chirurgien dentiste doit le faire par écrit ».

Comme le précise également le Code de déontologie médicale, dans son article 83 : conformément à l'article L. 462 du Code de la santé publique (devenu depuis L. 4113-9), l'exercice habituel de la médecine, sous quelque forme que ce soit, au sein d'une entreprise, d'une collectivité ou d'une institution ressortissant au droit privé doit, dans tous les cas, faire l'objet d'un contrat écrit. Ce contrat définit les obligations respectives des parties et doit préciser les moyens permettant aux médecins de respecter les dispositions du présent code. Tout projet de contrat peut être communiqué au conseil départemental de l'Ordre, qui doit faire connaître ses observations dans le délai d'un mois. Toute convention ou renouvellement de convention avec un des organismes prévus au premier alinéa, en vue de l'exercice de la médecine, doit être communiqué au conseil départemental intéressé, de même que les avenants et règlements intérieurs lorsque le contrat y fait référence. Celui-ci vérifie sa conformité avec les clauses essentielles des contrats types établis soit par un accord entre le conseil national et les collectivités ou institutions intéressées, soit conformément aux dispositions législatives ou réglementaires. Le médecin doit signer et remettre au conseil départemental une déclaration aux termes de laquelle il affirmera sur l'honneur qu'il n'a passé aucune contre-lettre ou avenant relatifs au contrat soumis à l'examen du conseil ».

³⁵³ Toute convention ou renouvellement de convention avec un des organismes prévus au premier alinéa, en vue de l'exercice de la médecine doit être communiqué au Conseil départemental intéressé. Il en est de même en ce qui concerne les avenants et règlements intérieurs lorsque le contrat y fait référence.

³⁵⁴ Art. R. 4127-83 et 91 du Code de la santé publique, et L. 4113-9 du Code de la santé publique.

l'article L. 4124-6 du Code de la santé publique³⁵⁵. La finalité de ce type de contrainte est de permettre aux instances ordinales de vérifier la conformité des engagements des parties aux règles qui régissent l'exercice de la profession médicale, c'est-à-dire la conformité au Code de déontologie.

Toutefois, le praticien n'est pas tenu de communiquer un contrat qui n'a pas pour objet l'exercice de la profession médicale, comme la convention qui fixerait les modalités de sa participation à l'exploitation d'une clinique, notamment les statuts de la société commerciale.

En fait cette exigence est requise *ad probationem* (pour faciliter la preuve de son contenu) et non *ad validatem*³⁵⁶. Ainsi les médecins ont l'obligation de soumettre à l'Ordre des contrats et avenants dans le mois suivant la conclusion du contrat. L'ordre n'exerce son contrôle qu'après le commencement d'exécution du contrat.

Ceci constitue le premier paradoxe sur lequel repose le contrat d'exercice.

c) Le paradoxe de l'exigence d'un contrat écrit

Cependant, la jurisprudence possède un large pouvoir d'interprétation en admettant un contrat verbal, car, le défaut d'écrit en lui-même n'entraîne pas la nullité³⁵⁷. Ce qui constitue

³⁵⁵ L'Ordre est habilité à prendre à l'encontre du médecin une sanction disciplinaire, à savoir, l'avertissement, le blâme, l'interdiction temporaire ou permanente d'exercer, la radiation du tableau de l'Ordre.

³⁵⁶ CA Paris, 3 novembre 1994, *RDSS* 1995, p. 537, M. HARICHAUX.

³⁵⁷ CA Poitiers, 19 octobre 1988.

Les conseils départementaux n'ont pas qualité pour approuver les contrats communiqués par les médecins, et le seul fait d'exercer conformément aux clauses d'un contrat critiquées par le conseil départemental ne constitue pas une faute de nature à justifier une sanction disciplinaire (CE, 3 juillet 1970, Nguyen Van Phi long, rec. p. 460, 25 octobre 1974, Valtan et Allemandon, dr cdm 1974 n° 414).

L'obligation de communiquer au conseil de l'ordre les contrats est applicable à toutes les conventions, même si elles n'ont pas le caractère d'un contrat de travail et si la collaboration prévue ne constitue qu'une partie de l'activité professionnelle du médecin (CE sect ; 16 décembre 1960 – Colombel rec. P 713 ICP 1961 II 12174, note J. SAVATIER).

Les contrats contraires aux règles déontologiques ne sont pas nuls de ce seul fait. (Civ. 1^{re}, 18 avril 1961, JCP 1961 II 12184, note J. Savatier, *Bull. civ. I*, n° 210, p. 165).

Les tribunaux judiciaires n'ont pas à surseoir à statuer jusqu'à ce que les organismes professionnels aient examiné la validité du contrat au regard des règles déontologiques, l'action civile étant distincte de l'action disciplinaire (Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juillet 1958, D 1959 283 note J. BRETHE DE LA GRESSAYE).

L'obligation de communiquer les contrats n'est pas contraire au principe du libre choix du praticien (soc. 24 mai 1960, JCP 1961 II 12044, note J. SAVATIER, *Bull. civ. IV*, n° 562, p. 435).

La transmission tardive n'oblige pas le conseil à donner un avis défavorable (CE 19 février 1975, Henry RTDSS 1975, 323, obs. L. DUBOIS).

un deuxième paradoxe. Ainsi, si le contrat est resté verbal et que survient un litige devant le juge civil, celui-ci admet sa validité, mais alors il s'estime libre d'en interpréter le contenu³⁵⁸. Sur l'absence d'écrit non sanctionné par la nullité du contrat, le juge a considéré qu'une convention existait à partir du moment où un médecin exerçait son activité dans les locaux d'une clinique qui, en contrepartie, le faisait bénéficier de ses installations et de son personnel³⁵⁹. La preuve de l'existence d'un contrat peut être rapportée par la production de relevés d'interventions, le paiement des frais et les redevances réclamées par la clinique³⁶⁰. Pour autant, si le non-respect d'exigence d'écrit ne constitue pas une cause de nullité du contrat³⁶¹, il peut entraîner des sanctions disciplinaires.

Par ailleurs, le défaut de la communication n'est pas assorti de la nullité³⁶², ce qui constitue également un nouveau paradoxe... Enfin, il est à noter qu'un contrat qui serait contraire à certaines dispositions du Code de déontologie médicale ne serait pas nul de plein droit³⁶³ et le fait d'exercer libéralement au sein d'une clinique sur le fondement d'un contrat contraire à certaines dispositions de nature déontologique ne constituerait pas, en tant que tel, une faute³⁶⁴.

Enfin, il a été jugé que l'absence de réponse du médecin à l'envoi d'un contrat écrit conforme à la réglementation professionnelle rendait ce professionnel responsable de la rupture des conventions conclues avec l'établissement³⁶⁵. Mais selon la jurisprudence³⁶⁶, le refus d'un médecin de rédiger un contrat écrit ne peut constituer un juste motif de résiliation si les autres médecins expriment le même refus.

La partie du contrat non communiquée peut entraîner la nullité du contrat si elle est elle-même entachée d'illégalité (Bordeaux 15 janvier 1985, *Gazette du Palais*, 24 juillet 1985, Somm, P14 RTDSS 1986, p27 obs..L. Dubouis).

³⁵⁸ T. Poitiers, 28 avril 1982, JCP 1983, II, n° 20068.

³⁵⁹ Paris, 3 novembre 1994, SA Privé de Massy cf. David, *Juris-data*, n° 023531. En l'absence d'écrit, il peut être nécessaire pour le juge d'interpréter la volonté des parties. Un tel contrat se caractérise par « la volonté du médecin de concentrer son activité à l'intérieur de l'établissement et la volonté de celui-ci de lui permettre et faciliter cet exercice dans ses locaux habituels ».

³⁶⁰ Aix-en-Provence, 15 décembre 1994, clinique Saint-Georges c/ Raich, *Juris-data*, n° 048748).

³⁶¹ CA Poitiers, 28 avril 1982, JCP, 1983, 20068, obs. G. MÉMETEAU ; Soc., 15 décembre 1970, *Bull.*, V, n° 720.

³⁶² Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juillet 1958, Dalloz, 1959, 283 ; civ., 18 avril 1961, JCP, 1961, 12184, obs. J. SAVATIER.

³⁶³ Cass. 1^{re} civ., 18 avril 1961, JCP, 61, II, 12184.

³⁶⁴ CE, 3 juillet 1970, Rec. CE 460.

³⁶⁵ Paris 25^e ch. 5 juin 1981, *Juris-data*, n° 025106.

³⁶⁶ Paris 3 mars 1989, *RDSS* 1990, p. 106.

Ainsi, le recours à un certain formalisme s'impose, non pas pour la validité théorique de l'acte mais pour l'efficacité de l'acte. Cela signifie aussi que le contrat avec les cliniques n'est pas solennel, et ne nécessite pas la rédaction d'un écrit³⁶⁷.

L'exigence d'un écrit n'est qu'un simple moyen de preuve et n'intervient pas *ad validatem*³⁶⁸. D'autant, qu'il est à noter qu'aucun écrit n'est exigé et surtout réalisé dans le cadre du contrat médical et du contrat d'hospitalisation.

Cependant au-delà du respect de ces normes réglementaires, l'écrit permet de définir *a priori* et apparemment sans ambiguïté, les conditions d'exercer du praticien. Ainsi le contrat devra tenir compte d'éléments tels que le profil du praticien (spécialité, expérience, disponibilité...), des caractéristiques de la clinique (lieu, nombre de lits, réputation...), des apports respectifs de chacune des parties, qui auront des conséquences directes sur leurs obligations réciproques³⁶⁹. L'important contentieux dont font l'objet les contrats d'exercice démontre la nécessité d'un contrat écrit, et au regard des nombreuses restructurations que connaît le secteur privé lucratif, aucun médecin ne se risquerait à exercer sans contrat d'exercice. L'on assiste à l'affirmation d'un formalisme contractuel.

2. Les caractéristiques du contrat d'exercice

Le contrat d'exercice est nécessaire à l'exercice du médecin libéral en établissement de santé, et c'est parce qu'il est un contrat *sui generis*, conclu *intuitu personae* et présentant un caractère synallagmatique, que le contrat d'exercice peut être utilisé dans le monde de la santé.

2.1 Un contrat *sui generis*³⁷⁰

Le contrat d'exercice libéral est un contrat au sens de l'article 1101 du Code civil. En effet, il est une convention par laquelle plusieurs personnes vont s'obliger les unes envers les autres à faire, donner, ou à ne pas faire, quelque chose mais ce contrat a la

³⁶⁷ Cependant, subsiste une exception que constitue le contrat d'essai qui lui nécessite la rédaction d'un écrit.

³⁶⁸ Art. 83 du Code de déontologie.

³⁶⁹ Quels seront les moyens fournis par la clinique en termes de locaux, de personnels, de matériels... quelles seront les prestations soumises à redevance ; à quel prix ?...

³⁷⁰ CA Poitiers, 28 avril 1982, Paris, 8 avril 1987.

caractéristique fondamentale d’être un contrat *sui generis*³⁷¹, conclu en considération d’une situation juridique spécifique dont la singularité prévient tout classement dans une catégorie. Les tribunaux ont reconnu au contrat une autonomie juridique en le baptisant de contrat *sui generis* signifiant qu’il appartient à aucune catégorie spécifique de contrat³⁷². Ainsi, les textes n’exigent pas l’adoption d’un contenu prédéterminé.

Par ailleurs, le principe de la liberté contractuelle énoncée par l’article 1134 du Code civil s’applique aux contrats médicaux. Ainsi, les parties sont libres de définir les conditions de leur contrat. Toutefois, les contractants ne sont pas livrés à leur seule volonté et liberté contractuelle. « Ce principe de “liberté créative” est nécessairement tempéré par l’existence de règles qui jalonnent l’exercice d’une profession déjà réglementée, celle du praticien et le fonctionnement d’un établissement de santé chargé d’une mission de santé »³⁷³. Ainsi, le principe de l’autonomie de la volonté des contractants modéré par la nature même de l’acte dont il s’agit, un contrat au sens du Code civil régi dans ses étapes de formation et d’exécution par les dispositions posées notamment aux articles 1108, 1134 et suivants du Code civil. Cette liberté contractuelle se trouve, par conséquent, limitée, d’une part, par les dispositions déontologiques (appréciées par les conseils de l’ordre des médecins sous le contrôle du Conseil d’État) et, d’autre part, par les principes généraux du droit dont les tribunaux judiciaires se portent garant.

Le contrat d’exercice est également une convention conclue *intuitu personae*³⁷⁴.

2.2 Un contrat *intuitu personae*

Le contrat d’exercice libéral implique, par sa nature, la prise en considération de la qualité de chaque cocontractant *intuitu personae*. L’élément personnel intervient avec force au moment où la clinique et le médecin manifestent leur consentement à l’acte. Ce qui a pour conséquence que l’identité des personnes morales et physiques contractantes doit être décrite avec soin. Il paraît légitime que l’établissement souhaite connaître au mieux, le

³⁷¹ CA Toulouse, 27 janvier 2000, *Juris-data*, n° 109513.

³⁷² CA Paris du 8 avril 1987 : la Cour a pris parti sur la nature juridique d’un tel contrat, arrêt de la Cour de cassation du 22 octobre 1970, n° 69-12.715, Bernard c/ Erny et autre. Arrêt de la cour d’appel de Poitiers du 28 avril 1982.

³⁷³ DAVER, Corinne, « Existe-t-il un modèle de contrat, ou comment faire pour atteindre l’équilibre ? », *RGDM* n° 21, 2006, p. 12.

³⁷⁴ CA Toulouse, 27 janvier 2000, *Juris-data*, n° 109513, *op. cit.* ; CA Riom, 27 janvier 2002, *Juris-data*, n° 209354.

médecin qu'il s'apprête à recruter et réciproquement que le médecin, quant à lui, souhaite avoir des informations sur l'établissement dans lequel il souhaite exercer. Cette masse d'informations échangées entre les deux futurs contractants conduit à la qualification de leur relation par cette expression issue du latin mais constamment utilisée par la doctrine et la jurisprudence ; la convention est conclue *intuitu personae*, en considération de la personne. Il existe autant de rédactions ; de contrats possibles ; que de médecins et d'établissements de santé privés. Les textes imposés par les différentes représentations de praticiens, sont proches du contrat d'adhésion, et s'avèrent acceptables dans des conditions très différentes selon les parties en présence. En tout état de cause, l'*intuitu personae* impose de décrire l'identité des personnes et ce quelle que soit l'identité des personnes morales.

a) L'identité de l'établissement de soins, immatriculé au registre du commerce

Dans le cadre d'un établissement commercial seront mentionnés, sa forme, le montant de son capital social, le lieu de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés ainsi que le numéro correspondant³⁷⁵. Un établissement de santé privé est un ensemble organisé, contrôlé, ayant fait l'objet d'une répartition des capacités en plateau technique, en hospitalisation, en places ambulatoires souvent dans une contractualisation interne conforme au projet médical d'établissement établi en concertation avec la conférence médicale et dont les objectifs et moyens sont soumis à l'ARS pour accord.

b) L'identité du médecin

La mention de la qualité du médecin détermine aussi celle de ses remplaçants ou successeurs éventuels.

Comme cela fut abordé précédemment, le contrat médecin-établissement de santé n'est pas de ceux auxquels le législateur a imposé un écrit « *ad validatem* » sous peine de nullité. L'échange des consentements ne se trouve requis « *qu'ad probationem* ». La clinique et les

³⁷⁵ Si l'établissement de santé privé ne relève pas de ce statut (congrégation religieuse, association à but non lucratif), les caractéristiques de l'identité juridique seront également précisées.

médecins impliqués dans le débat pourront en conséquence établir l'accord qui rendra opposable l'existence de l'exclusivité par tous moyens.

Enfin, le contrat d'exercice présente un caractère synallagmatique.

2.3 Un contrat synallagmatique

Comme tout contrat, le contrat d'exercice présente un caractère synallagmatique car il fait naître des obligations, à la charge de chacune des parties. L'on constate une interdépendance des obligations, l'obligation d'exercice du médecin est la cause des obligations acceptées par la clinique.

Si les contrats conclus entre médecins et cliniques privées relèvent de la liberté des parties, le contrat d'exercice doit obligatoirement définir les obligations respectives des parties et préciser les moyens permettant aux médecins de respecter leurs obligations déontologiques, notamment en ce qui concerne le respect du secret professionnel et le principe fondamental de l'indépendance professionnelle. Ces obligations caractérisant le contrat *sui generis* se doivent d'être respectées ; ceci est la contrepartie directe de la notion de partenaire. Il constitue en cela une protection pour le médecin et une sécurité pour l'établissement de soins.

a) Le contrat d'exercice, une obligation d'exercice pour le médecin, une sécurité pour la clinique et le patient

L'exercice par le médecin de son art dans la clinique constitue le fond du contrat. Il en forme la prestation caractéristique en l'absence de laquelle soit le contrat n'existe pas faute d'objet, soit il doit être requalifié. Sa substance tient à la fois, à la disponibilité du médecin, à son engagement à dispenser des soins dans la clinique qui pour sa part héberge ses clients pour les soigner, ce qui constitue sa raison d'exister, tout comme celle de l'hôpital public³⁷⁶ et enfin à une acceptation des conditions générales de l'organisation des soins³⁷⁷. L'ensemble de ces obligations, seront abordées, sous la forme de la continuité des soins, à

³⁷⁶ L. 6113-1 et L. 6111-1 et L. 6111-2 du Code de la santé publique.

³⁷⁷ CA Paris, 12 décembre 1986. *Juris-data*, n° 027243.

laquelle est tenu tout praticien libéral en établissement de santé, tout comme il est tenu à l'obligation de redevance.

Concernant la continuité du service médical, ce dernier s'impose aux médecins dans l'acceptation des structures de l'établissement et des contraintes d'un travail en commun. Ils doivent prendre en considération les obligations et les exigences qui résultent de la gestion de l'établissement et qui tiennent à l'utilisation des mêmes locaux et des mêmes installations par d'autres praticiens, à la nécessité de respecter la législation du travail régissant le personnel salarié, à la réglementation des mesures d'hygiène et de sécurité en ce qui concerne l'entretien permanent des locaux mis à leur disposition³⁷⁸.

L'existence d'une continuité des soins est une nécessité. Elle doit permettre un accès, de manière continue, à des soins qui ne peuvent être différés. Elle constitue depuis longtemps une obligation commune des professionnels et établissements de santé, portée conjointement par les principes du service public et ceux de la déontologie des professions de santé. Les établissements privés à but lucratif ne sont pas assujettis à des obligations générales en ce domaine, sinon en gynécologie-obstétrique, anesthésie-réanimation et pédiatrie, disciplines pour lesquelles les contrats d'exercice des praticiens libéraux organisent la continuité des soins.

En effet, assurer la continuité de service est une clause au sein du contrat d'exercice en établissement de santé privé. Toutefois, cette « continuité de service » ne recouvre pas la même signification dans ces conséquences que la continuité de service, principe fondamental du service public³⁷⁹.

Ainsi, le médecin est tenu à une obligation d'exercice et de continuité du service, ainsi qu'au respect des règles communes de fonctionnement de l'établissement ; il doit accepter d'intégrer son horaire et son activité dans les nécessités d'ensemble de l'établissement

³⁷⁸ Cass. civ., Grenoble 29 janvier 1985, *Gazette du Palais*, 24-25 juillet 1985.

³⁷⁹ Le principe de continuité découle naturellement de la finalité du service public : créé pour répondre à un besoin d'intérêt général, il doit fonctionner de manière ininterrompue et permettre la « permanence des soins ». Ce principe implique le respect de contraintes rigoureuses en termes d'organisation et de fonctionnement. Cela se traduit par une obligation d'assurer la continuité du service de jour, de nuit et en urgence, ainsi que la continuité des soins y compris après la sortie du patient³⁷⁹ et notamment par l'organisation de gardes et astreintes. Ce principe fonde également les restrictions apportées à l'exercice du droit de grève par les personnels des établissements publics de santé en leur imposant le respect d'un service minimum destiné à assurer « le fonctionnement des services ne pouvant être interrompus, la sécurité physique des personnes, la continuité des soins et des prestations hôtelières aux patients hospitalisés et la conservation des installations et du matériel »³⁷⁹. Ce dernier point apparaît différent dans sa mise en œuvre en établissement privé de santé, où un patient hospitalisé pourrait être transféré ou voir son intervention déprogrammée du fait d'une grève.

hospitalier. Il doit, de ce chef, participer à l'organisation des gardes et des permanences, indispensables au maintien de la sécurité des malades et par là même au fonctionnement harmonieux et durable de l'entreprise. À cette fin, les contrats doivent prévoir, afin d'assurer la continuité du service, les modalités de remplacement du médecin, en cas d'absence légitime. Si le praticien exerce également en dehors de l'établissement, il doit prendre toutes les mesures pour que son service soit assuré et que la sécurité des malades ne soit pas compromise³⁸⁰. À défaut, l'établissement peut faire appel à un tiers lorsque son partenaire exclusif n'assure pas ses gardes³⁸¹, voire obtenir la résiliation du contrat aux torts du praticien³⁸².

La sanction du non-respect par l'une ou l'autre des parties de ces obligations contractuelles est, selon le droit commun, la résiliation du contrat aux torts de la partie fautive, avec toutes les conséquences qui doivent être tirées sur la participation financière éventuelle du médecin sur son exercice dans l'établissement.

De cette obligation principale du médecin de venir dispenser ses soins en clinique, découle celle de pratiquer dans le respect de la liberté thérapeutique.

Concernant l'obligation de redevance, elle est la contrepartie des services apportés par l'établissement au médecin pendant l'exécution de son contrat d'exercice. Elle se présente donc comme une conséquence de l'activité, ou plutôt des facilités consenties à l'activité. Elle constitue la contrepartie des prestations particulières servies par la clinique à son seul profit (mise à disposition par la clinique, de ses locaux, de ses équipements, de son matériel et de son personnel), qui oblige le médecin à servir une rémunération à l'établissement de soins, dite « redevance » en remboursement des frais engagés³⁸³.

Le régime de la redevance relève à la fois du droit des contrats et de la déontologie médicale. La redevance versée par le médecin à la clinique doit notamment respecter le principe de l'interdiction du partage des honoraires, posé à l'article L. 4113-5 du Code de la

³⁸⁰ CA Paris, 24 février 1984, JCP 1984, II, n° 20203.

³⁸¹ Paris, 12 décembre 1988, *RDSS*, 1989, p. 242.

³⁸² Poitiers, 15 janvier 1992, *Revue Juridique*. Centre-Ouest, 1992/10. 145.

³⁸³ La redevance n'est pas seulement la contrepartie financière normale des services fournis par la clinique aux médecins ; elle répond également à un impératif fiscal qui s'impose à chacun des partenaires. L'administration considère, en effet, que l'absence de versements d'honoraires de la part des praticiens signifie que ceux-ci bénéficient de prestations gratuites de la part de la société propriétaire de l'établissement. En cas de vérifications fiscales, celle-ci s'expose à voir réintégrer dans les bases de l'impôt sur les sociétés les redevances qu'elle aurait dû exiger du médecin. De leur côté, les médecins bénéficiaires de mise à disposition à titre gratuit peuvent également se voir redresser au titre des bénéfices non commerciaux, l'administration considérant qu'ils bénéficient d'avantages en nature qui doivent être évalués et réintégrés dans leur assiette de cotisation.

santé publique. Ce principe d'ordre public vise à préserver l'indépendance professionnelle du médecin. Un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation³⁸⁴ a dégagé les conditions de validité de la redevance au regard de la prohibition du partage des honoraires. En l'espèce, la validité de cette redevance « est légalement justifiée selon l'arrêt qui rejette la demande formée par un anesthésiste, tendant à la restitution du pourcentage perçu sur le montant brut de ses honoraires par la clinique où il exerçait son activité, en contrepartie des prestations qu'il en a reçues, dès lors que les juges du fond ont constaté que le remboursement à la clinique correspondait aux retenues pratiquées sur les honoraires bruts du praticien, en accord avec lui et comprenant ses frais professionnels sans qu'il ait été porté atteinte à la rémunération de sa propre activité médicale. Par cet arrêt la Cour de cassation rappelle que le montant de la redevance doit correspondre par sa nature et par son coût à un service rendu par la clinique au praticien. Ainsi, la Cour de cassation a décidé que la cour d'appel devait même en présence d'un accord des parties, « rechercher si le pourcentage correspondait exclusivement par sa nature et pour son coût à un service rendu au praticien »³⁸⁵. Ainsi, le principe de l'interdiction du partage des honoraires ne condamne pas le système de la redevance, mais il cantonne celle-ci dans des limites strictes afin de protéger l'indépendance professionnelle du médecin. La redevance est licite tant qu'elle n'excède pas la valeur des services rendus aux médecins et elle devient illicite lorsqu'elle excède la valeur de ces services puisqu'elle ampute alors la rémunération de l'activité intellectuelle. Il est à noter que la jurisprudence est constante depuis cet arrêt³⁸⁶.

b) L'obligation de l'établissement de santé privé de respecter les principes de la médecine libérale

L'établissement de santé privé doit avant tout respecter certains principes de la médecine libérale, qui représentent les conditions d'exercice du médecin. Ainsi, la charte médicale adoptée le 30 novembre 1927 a proclamé pour la première fois les droits des

³⁸⁴ Cass. ass. plén., 28 mai 1976 : *Bull. ass. plén.*, n° 8 ; JCP G. 1977, II, 18535, note R. Savatier. – V. A. DORSNER ET A. SCEMAMA, *Médecins et partage d'honoraires : aux frontières du possible et de l'impossible* : JCP G. 1979, I, 2929 ; M. Harichaux, *La rémunération du médecin*, Paris, Economica, 1979, préf. B. Oppetit, n° 473 et s. Cette décision a consacré une distinction entre honoraire brut et honoraire net : l'honoraire brut comprend les frais professionnels du médecin qui peuvent être reversés à la clinique pour rémunérer une prestation de la clinique au profit du médecin, alors que l'honoraire net constitue la rémunération de l'activité intellectuelle du médecin et ne peut être partagé.

³⁸⁵ Cass. 1^{re} civ., 3 février 2004, n° 01-14.650, M. Philippe Laval c/ Sté clinique du Val d'Olonne.

³⁸⁶ Cass. 1^{re} civ., 27 juin 2000, *Juris-data*, n° 002686, arrêt qui maintient le principe.

médecins, et ce faisant les quatre grands principes de la médecine libérale qui demeurent aujourd'hui encore applicables, à savoir³⁸⁷, le libre choix du médecin par le malade, le respect du secret professionnel, l'entente directe entre malade et médecin en matière d'honoraires et la liberté thérapeutique associée à la liberté de prescription. Il s'agit, donc, pour l'établissement de santé privé de garantir le principe d'indépendance professionnelle du médecin, et la liberté de prescription, et le droit à rémunération. À ces obligations, s'ajoutent pour l'établissement de soins privé l'obligation de mise à disposition des locaux, et la mise à disposition de personnel qualifié. Ces obligations à l'encontre des médecins correspondent pour certaines aux droits du patient inclus dans le cadre du contrat d'hospitalisation.

Concernant le principe d'indépendance du médecin, il est essentiel et affirmé dans les termes selon lesquels « le médecin ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit »³⁸⁸. Affirmé à l'article 5 du Code de déontologie médicale, codifié à l'article R. 4127-5 du Code de la santé publique, ce principe déontologique fondamental et reconnu d'ordre public civil doit être préservé. C'est d'ailleurs pour permettre au Conseil de l'ordre de vérifier le respect de cette indépendance que l'article L. 4113-9 du Code de la santé publique impose la rédaction d'un écrit³⁸⁹.

Ce principe offre ainsi au patient la garantie de ce que les propositions que le professionnel lui fera seront conformes à ses intérêts. Mais le principe d'indépendance professionnelle signifie aussi que le professionnel dispose d'une liberté par rapport au patient lui-même, à sa famille ou à ses proches³⁹⁰. Cette indépendance doit exister quelles que soient les formes d'exercice de l'activité professionnelle.

³⁸⁷ Cf. Juriclasseur protection sociale, fasc. 430-25. Ces principes ont ensuite été réaffirmés par le Code de déontologie médicale entré en vigueur le 28 juin 1947, D.147-1169, 27 juin 1947, JO 28 juin 1947.

³⁸⁸ Art. R. 4127-5 du Code de la santé publique.

³⁸⁹ 22 janvier 1990, décision n° 89-269 DC : Rec. Const. p. 33 ; ADJA 1990 473, note F. Benoît-Rohmer, droit social 1990-352, note X. Pretot ; *Revue de droit international privé* 1990-497, note M. Simon-Depitre ; *Revue française de droit administratif* 1990-406 note B. Genevois.

CE 30 avril 1997 : droit social 1997-845, étude X. Pretot ; RFD adm. 1997-474, conclusions. C. Mangue ; RJS 1997, n° 857 ; TPS 1997, comm. 217.

Conseil constitutionnel, 18 janvier 1978, décision n° 77-92, DC du 18 juin 1978 : Rec. Const p. 21 ; RD Public 1978. 834, chronique L. Favoreux.

³⁹⁰ Principe expressément affirmé par l'article L. 111063 du Code de la santé publique introduit par la loi HPST qui dispose que « Hors le cas d'urgence et celui où le professionnel de santé manquerait à ses devoirs d'humanité, le principe énoncé au premier alinéa du présent article ne fait pas obstacle à un refus de soins fondé sur une exigence personnelle ou professionnelle essentielle et déterminante de la qualité, de la sécurité ou de l'efficacité des soins.

L'indépendance du médecin est à la fois une indépendance technique (les prestations techniques du professionnel, ses choix thérapeutiques) et une indépendance morale que constitue la faculté d'acceptation ou de refus d'un patient (article 39 du Code de déontologie, sous réserve de l'exercice abusif de ce pouvoir). Elle est également éthique, car à aucun moment la clinique ne peut imposer au médecin l'accomplissement d'actes que sa morale personnelle réprouverait³⁹¹.

Par conséquent, le médecin reste libre de ses prescriptions. L'article 8 du Code de déontologie médicale, codifié à l'article R. 4127-8 du Code de la santé publique dispose que « dans les limites fixées par la loi, le médecin est libre de ses propres prescriptions qui seront celles qu'il estime les plus appropriées en la circonstance. Il doit, sans négliger son devoir d'assistance morale, limiter ses prescriptions et ses actes à ce qui est nécessaire à la qualité, à la sécurité et à l'efficacité des soins. Il doit tenir compte des avantages, des inconvénients et des conséquences des différentes investigations et thérapeutiques possibles ». Cette liberté de prescription résulte du principe d'indépendance professionnelle et constitue une sécurité pour le patient, puisque le médecin exerce son art en référence à ses connaissances et sa pratique, les recommandations de bonnes pratiques sans devoir en référer à l'établissement de soins. Ce principe est essentiel à l'exercice de la médecine libérale ou salariée. Il est le socle de la relation de confiance entre le médecin et son patient, et la base d'une absence de discrimination dans l'exercice de cet art, la garantie de l'indépendance professionnelle. La liberté de prescription signifie que le médecin est libre dans le choix de ses prescriptions, de ses actes, selon la science et sa conscience. « Personne ne peut, en droit, le contraindre à une décision qu'il n'approuverait pas. Parallèlement, dans l'exercice de son art, il n'a d'autorisation à demander à personne »³⁹².

Enfin, ce principe d'indépendance interdit à l'établissement de santé d'inclure une clause de rendement dans les contrats d'exercice. Dans les établissements de santé privés, où la plupart des médecins exercent à titre libéral, le respect de l'indépendance du praticien doit se concilier à la fois avec les nécessités de rentabilité et de pérennité de l'établissement. Ainsi, les contrats conclus par les médecins avec l'établissement où ils exercent ne peuvent prévoir de dispositions qui porteraient atteinte à l'indépendance de leurs décisions, à leur obligation au secret médical ou à la qualité de leurs soins. Ils ne peuvent pas davantage lier

³⁹¹ Exemple : article L. 2212-8 du Code de la santé publique, relatif à l'IVG.

³⁹² Truchet, Didier, « L'intervention publique dans le domaine de la santé. La décision médicale et le droit », *AJDA* n° 9, 1995, p. 612.

leur rémunération ou la durée de leur engagement à des objectifs de productivité ou de rendement horaire³⁹³. L'article 92 du Code de déontologie déclare qu'« un médecin ne peut accepter que dans le contrat qui le lie à l'établissement de santé ou il est appelé à exercer figure une clause qui, en faisant dépendre sa rémunération ou la durée de son engagement de critères liés à la rentabilité de l'établissement, aurait pour conséquence de porter atteinte à l'indépendance de ses décisions ou à la qualité de soins »³⁹⁴. Si tel était le cas, cela pourrait assimiler la pratique du médecin à une activité commerciale, or, comme cela a été écrit précédemment, la médecine ne peut s'exercer comme un commerce.

Il est cependant possible de prévoir contractuellement un taux d'occupation minimal de lits. Par référence au modèle du contrat de l'UHP « le médecin s'efforcera d'obtenir et de maintenir dans les lits une occupation convenable devant satisfaire à des dispositions normales de gestion », mais ce n'est à sa charge qu'une obligation de moyens³⁹⁵ ; l'établissement de santé ne peut imputer à un médecin une insuffisance de « remplissage » de son service.

Ainsi, en a-t-il été jugé en date du 6 avril 1992 que « la clause contractuelle invoquée avait seulement pour but d'autoriser la clinique à engager un autre praticien dans le cas où le gynécologue ne pourrait assurer seul une certaine occupation des lits et ne pouvait obliger le médecin à ce taux d'occupation illicite portant atteinte à l'indépendance du praticien.

L'interdiction d'une clause de rendement ne doit pas faire obstacle à la préoccupation légitime des cliniques d'assurer la pérennité de leur exploitation.

De même, la Cour de cassation a déclaré que « c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel a décidé que la clause litigieuse n'était pas construite d'une quelconque obligation de moyen ou de résultat, mais qu'elle avait pour objet de tirer les conséquences d'une situation de fait selon que les taux d'occupation convenus étaient atteints ou non et, dans ce dernier cas, d'autoriser un second chirurgien à exercer en même temps que M.B ; qu'ainsi cette clause dépourvue de toute contrainte à l'égard des contractants ne peut être illicite, ni en elle-même ni au regard des principes que le médecin doit respecter en toutes circonstances ; que le moyen ne peut, donc être accueilli en aucune de ses branches »³⁹⁶.

³⁹³ Art. 95 et 97 du Code de déontologie et art. R. 4127-95 et R. 4127-97 du Code de la santé publique.

³⁹⁴ MÉMETEAU, Gérard, « Contrats entre médecins et cliniques », *RDSS*, 2000, p. 204.

³⁹⁵ Les arrêts de la cour d'appel de Reims, en 1992, et de la cour d'appel de Poitiers en 1982.

³⁹⁶ Cass. 1^{re} civ., 28 mai 1991, n° 89-19.688 ; *RTD sanit. et soc.* 1999, p. 756.

Afin que le médecin puisse exercer son art en toute indépendance professionnelle, l'établissement de soins doit mettre à sa disposition tous les moyens matériels et humains nécessaires. Le contrat d'exercice prévoit les modalités de mise à disposition de personnel compétent et le droit d'accès aux locaux, afin de permettre l'exercice de la médecine.

Tout d'abord, la clinique se met ainsi en mesure de satisfaire à son obligation conventionnelle, vis-à-vis du médecin, en mettant à disposition des patients un personnel qualifié³⁹⁷.

À ce titre, « si une clinique ne peut être tenue pour responsable des conséquences des actes médicaux pratiqués dans ses services et doit, en raison de ses obligations contractuelles vis-à-vis du malade qu'elle reçoit, veiller à ce que les soins prodigués le soient par des médecins ayant une formation professionnelle suffisante », elle engage sa responsabilité en cas de contractualisation avec un praticien « n'ayant pas l'expérience professionnelle voulue » par le Code de déontologie et l'article L. 359 du Code de la santé publique³⁹⁸.

Dans ses rapports avec le médecin cocontractant, cette obligation se traduit également par celle de ne présenter que des auxiliaires ayant les qualités requises pour assister le praticien utilement dans son travail. Il ne peut s'agir que d'une obligation de résultat, du moins quant à la vérification des diplômes et à l'absence de fautes professionnelles antérieures.

Les difficultés inhérentes à l'utilisation du personnel sont liées à la mise en jeu de la responsabilité des parties. Tout d'abord, la mise en jeu de la responsabilité du commettant sur la base de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil³⁹⁹ « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre ou des choses que l'on a sous sa garde ». La jurisprudence a jugé que le médecin pouvait être considéré comme le commettant du personnel, dès lors qu'il n'est pas exécutant mais assistant dans la tâche qu'il accomplit (intervention chirurgicale, par exemple), sur le critère de l'ordre donné⁴⁰⁰.

³⁹⁷ L'article 3 du modèle de contrat de l'Ordre des médecins stipule cette mise à disposition.

³⁹⁸ Art. L. 359 du Code de la santé publique, abrogé. Sur l'obligation de personnel diplômé, Art. L.4131-1 du Code de la santé publique.

³⁹⁹ 1384 du Code civil : « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre ou des choses que l'on a sous sa garde ».

⁴⁰⁰ Cass. 1^{re} civ., 15 novembre 1955, D. 1956, 113 ; note J. SAVATIER ; JCP 1956, II-9106, note RODIERE.

La Cour de cassation a pu constater qu'une clinique avait délibérément privé le médecin de l'assistance du personnel infirmier, pour le contraindre à participer financièrement sur des bases qu'elle entendait lui imposer et juger que la clinique avait ainsi commis une faute grave justifiant la résolution du contrat à ses torts⁴⁰¹.

La mise en jeu de la responsabilité du médecin libéral sera abordée plus en détail dans le titre II⁴⁰².

Par ailleurs, la clinique s'oblige à offrir au médecin un ensemble de prestations et en premier lieu un droit d'accès à ses locaux, condition *sine qua non* de la possibilité d'apport des soins. Ce droit est lié à la conclusion du contrat et ne dépend nullement de la détention de parts des diverses sociétés constituant l'entreprise. Il implique la faculté d'aller et venir dans les divers services, du moins médicaux, et de bénéficier, soit seul soit en alternance avec d'autres praticiens, d'un local pour accueillir des malades et consulter, de telle façon que les exigences du secret professionnel soient respectées. La mise à disposition des locaux et du matériel constitue par elle-même l'obligation principale de la clinique. La clinique s'oblige à un standard de qualité en rapport avec l'exercice médical considéré⁴⁰³, ainsi qu'à l'entretien, la modification et l'actualisation desdits locaux et matériels au regard de la réglementation et de la sécurité des malades⁴⁰⁴.

La mise à disposition de locaux ne peut toutefois être entendue comme relevant d'un contrat de location. En effet, outre les locaux, le médecin bénéficie de la mise à disposition du matériel et d'un personnel, auxquels s'ajoute une assistance technique. Par ailleurs, l'accès aux locaux ne s'étend pas jusqu'à celui d'accès aux fichiers médicaux intéressant les malades traités par les autres praticiens de l'établissement⁴⁰⁵. Ce n'est que dans le cas d'une mise en péril des intérêts du malade que la clinique serait habilitée à interdire au praticien l'accès des locaux.

Mais les locaux n'ont eux-mêmes d'utilité que par leur équipement médical et chirurgical. En ce domaine, des situations diverses peuvent être constatées. En effet, le matériel peut être la propriété de la clinique comme il peut être la propriété du médecin.

Ainsi, ce matériel peut appartenir aux médecins, soit individuellement, soit collectivement, soit par l'intermédiaire d'une société civile de moyens, ou enfin à un tiers

⁴⁰¹ Cass. 1^{re} civ., R, 18 juillet 1995 ; SA clinique chirurgicale Larrieu c/ segrestain ; JCP G, 1995, IV-2296.

⁴⁰² Cf. Titre II, Chapitre I, Section II, p. 365 et s.

⁴⁰³ Article 1 du modèle de contrat de l'ordre.

⁴⁰⁴ Article 2 du contrat susvisé.

⁴⁰⁵ Conseil national de l'ordre, 29 novembre 1984, *Bulletin de l'Ordre*, juin 1985, 24.

(contrat de location-vente). Dès lors, le contrat conclu avec la clinique autorisera les médecins à apporter et installer ce matériel, mais les obligera aussi à en assurer l'entretien et la sécurité. De surcroît, l'installation par le médecin de son matériel professionnel, lorsqu'il n'est pas fourni par la clinique, constitue une condition sous-entendue⁴⁰⁶ du contrat car, à défaut la pratique de l'art médical devient impossible alors qu'il est de la commune intention des parties qu'elle puisse au contraire se réaliser, et, sous réserve d'impératifs de sécurité, c'est au médecin et non à la direction de l'établissement que le choix du matériel appartient⁴⁰⁷. Le contrat d'exercice précisera la non-propriété de ce matériel par la clinique et en tirera les conséquences au regard de la responsabilité pouvant découler de son utilisation par le médecin d'une part, et de l'impossibilité de sa mise en gage au nantissement par la clinique d'autre part. Le médecin se situe alors dans une obligation de sécurité-résultat qui lui incombe dans l'utilisation du matériel⁴⁰⁸.

Au contraire, le matériel peut être la propriété de la clinique, qui en laisse l'usage aux médecins, selon les besoins de leur spécialité. Auquel cas, l'établissement est tenu d'une obligation de résultat de fournir un matériel et des produits exempts de vices, et ce n'est que pour la prestation de soins proprement dite, qu'elle n'est tenue qu'à une obligation de moyens vis-à-vis du médecin. Cette obligation souscrite en faveur du malade trouve son corollaire dans l'obligation faite à la clinique de fournir au médecin un matériel en bon état et stérile, ainsi que des produits médicamenteux sans vices, ce qui constitue à sa charge une obligation de résultat⁴⁰⁹. Cette obligation déterminée constitue pour le médecin une garantie, non seulement s'il subit lui-même un dommage du fait de ces matériels, mais surtout s'il voit sa responsabilité engagée auprès d'un malade en raison des insuffisances des matériels utilisés et des produits fournis. En revanche, cette obligation de mise à disposition n'est pas exclusive de l'utilisation par le médecin de matériel personnel, sous réserve d'une information de son co-contractant et d'inventaire dressé contradictoirement⁴¹⁰.

Enfin, l'établissement de santé privé participe au recouvrement de la « rémunération » du médecin, puisque tout acte pratiqué a pour conséquence une facturation. Dans les cliniques commerciales, les médecins sont rémunérés, en règle générale, à l'acte,

⁴⁰⁶ Article 1135 du Code civil.

⁴⁰⁷ Paris 1^{re} ch., 11 décembre 1976, *Juris-data*, n° 0887.

⁴⁰⁸ Cass. 1^{re} civ., 9 novembre 1999, M^{me} Monsot c/ D et A JCP G- 2000, IV-10251 note Brun.

⁴⁰⁹ Colmar, 22 février 1984, JCP- 85 IV, 217.

⁴¹⁰ Article 2 du contrat susvisé.

contrairement à leurs confrères du public. Dans le cas d'une facturation à l'acte tous les actes font l'objet d'une facturation, pour le compte du médecin, par la clinique.

Près de 95 % des cliniques sont dites « agréées », c'est-à-dire qu'elles ont conclu une convention avec l'assurance qui régit leurs tarifs. Les parties étant conventionnées avec les organismes de sécurité sociale, elles appliquent au patient le bénéfice du tiers payant ; la clinique procède à ce titre à la facturation, au recouvrement, à la ventilation et au reversement de la totalité des honoraires (honoraires conventionnés et dépassements du secteur II) générés par l'activité du médecin au sein de l'établissement de soins.

Les rémunérations des médecins et de la clinique sont distinctes. Le malade doit payer d'une part les honoraires médicaux aux médecins et d'autre part, les prestations médicales et hôtelières à la clinique. Les honoraires médicaux sont facturés à part par la clinique mais sont destinés au praticien. Le médecin s'engage à rembourser la clinique de toutes les prestations, services et fournitures qui ne sont pas pris en charge par le tarif de responsabilité des caisses, mais qui sont engagés par la clinique afin de faciliter l'exercice de son activité professionnelle. Cette refacturation est calculée sur la base des frais réellement engagés par l'établissement de soins au bénéfice du praticien.

Cependant, ce principe du paiement à l'acte selon lequel le praticien perçoit une rémunération en contrepartie de chaque acte effectué, considéré comme le symbole de l'exercice libéral, tend à être remis en cause en ce qu'il serait source d'accroissement des dépenses de santé. « Le système de la rémunération à la capitation lui est parfois préféré, car il prévoit que les médecins soient rémunérés *pro capite*, en fonction du nombre de malades inscrits sur une liste. De nouvelles formes de rémunération des praticiens pourraient donc être envisagées. À ce titre, on soulignera que la rémunération au forfait qui est seulement interdite « pour l'efficacité d'un traitement »⁴¹¹ a été envisagée dans le cadre de la nomenclature des actes, notamment pour la surveillance postopératoire et pour certains actes »^{412, 413}. Cependant les réformes successives de l'assurance-maladie semblent marquer une certaine faveur pour ce mode de rémunération⁴¹⁴.

⁴¹¹ Art. R. 4127-55 du Code de la santé publique.

⁴¹² La nomenclature des actes établit une hiérarchie des différents actes médicaux et leur affecte un coefficient permettant de déterminer l'honoraire applicable et donnant lieu à remboursement.

⁴¹³ LAUDE, Anne, MATHIEU Bernard, TABUTEAU, Didier, *Droit de la santé*, Paris, Themis Droit, PUF, 2^e édition mise à jour, 2010, p. 414.

⁴¹⁴ Comme en témoignent également le mécanisme du médecin référent ou la loi du 6 mars 2002 portant rénovation des rapports conventionnels entre les professions de santé libérales et les organismes d'assurance-maladie, JO 7 mars 2002, prévoyant une rémunération forfaitaire complémentaire à l'intention des professionnels de santé adhérant à un contrat de bonne pratique de soins ou à un contrat de santé publique.

Les contrats conclus avec les praticiens tirent, également, leur spécificité de la possibilité de l'exercice privilégié qu'ils peuvent permettre. Une clause a pour effet d'accorder au praticien un monopole d'exercice de sa spécialité dans l'établissement.

3. L'exercice privilégié clause du contrat d'exercice, protecteur du principe de libre choix du praticien par le patient

« L'exclusivité » est le fait d'exercer une spécialité dans une clinique, sans qu'il puisse être fait appel à d'autres médecins de cette spécialité pour les mêmes actes⁴¹⁵. Elle est pour le médecin la garantie d'une non-concurrence au sein de l'établissement de santé, même si dans la réalité des faits la portée de l'exigence s'avère de portée restreinte. Cette exclusivité peut être réciproque, le praticien s'engageant à ne pas exercer dans un autre établissement, mais cette réciprocité n'est pas obligatoire.

3.1 La garantie pour le médecin d'une non-concurrence au sein de l'établissement de santé privé

Le terme d'exercice privilégié est désormais préféré à celui d'exclusivité ; il est plus protecteur du principe du libre choix du praticien par son patient auquel une exclusivité trop radicale pourrait déroger⁴¹⁶. Quant à son bénéficiaire elle lui confère une véritable garantie de « non-concurrence » au sein d'un établissement de santé privé (non-concurrence de même spécialité), sauf accord du bénéficiaire de l'exclusivité. Le praticien peut être tenu

De surcroît, la loi de financement de la sécurité sociale pour 2008 a accordé aux médecins traitants conventionnés la possibilité d'adhérer à un contrat d'amélioration des pratiques (CAPI) élaboré par l'Union nationale des caisses d'assurance-maladie (art. L. 162-12-21 du Code de la sécurité sociale introduit par la loi n° 2007-1786 du 19 décembre 2007). En contrepartie d'engagements individualisés qui peuvent porter sur la prescription, la participation à des actions de dépistage et de prévention, des actions destinées à favoriser la continuité et la coordination des soins, la participation à la permanence des soins, le contrôle médical, ainsi que toute action d'amélioration des pratiques, de la formation et de l'information des professionnels, le professionnel se voit accorder des prestations financières, liées à l'atteinte de ces objectifs (Pour le modèle de contrat, voir décision du 9 mars 2009 de l'Union nationale des caisses d'assurance-maladie relative à la création d'un contrat type d'amélioration des pratiques à destination des médecins libéraux conventionnés, *JO* 21 avril 2009, p. 34. La loi HPST va au demeurant plus loin en offrant aux professionnels de santé conventionnés, la faculté d'adhérer à des contrats ayant pour objet d'améliorer la qualité et la coordination des soins proposés par l'ARS (art. L. 1435-4 du Code de la santé publique).

⁴¹⁵ LAUDE, Anne (dir), *Lamy, Droit de la santé*, éd. Octobre 2002, Paris, Lamy, p.263-20.

⁴¹⁶ BOUTTEAU-BROUARD, Véronique, « Un point sur le contrat médecin-clinique », *L'entreprise médicale*, 4 octobre 1999, n° 191, p. 10.

d'effectuer en contrepartie un versement sous forme forfaitaire ou proportionnelle aux honoraires et le plus souvent un droit d'entrée est exigé⁴¹⁷. Réciproquement, la clause d'exclusivité permet à l'établissement dans lequel il va être amené à exercer, de bénéficier de l'assurance de la présence d'un praticien dévoué exclusivement à la structure.

Si cette clause donne la garantie au médecin de soigner les patients de la clinique atteints d'une pathologie touchant à sa spécialité, elle permet également à la clinique de bénéficier dans la durée du concours d'un médecin spécialiste dont elle connaît la compétence. C'est pourquoi le contrat conclu entre la clinique et le médecin comporte souvent une clause d'exercice privilégié réciproque.

Par l'exclusivité, l'établissement s'interdit de « laisser d'autres praticiens de la même spécialité venir exercer dans l'établissement sauf cas de demande expresse du malade ou accord préalable du docteur [...] ou cas de situation d'urgence exceptionnelle »⁴¹⁸. Si la clause d'exercice privilégié a pour effet d'accorder au praticien un monopole d'exercice de sa spécialité dans l'établissement, cette exclusivité peut être réciproque, le praticien s'engageant à ne pas exercer dans un autre établissement, en revanche, cette réciprocité n'est pas obligatoire. Par conséquent, le champ de l'exclusivité doit être défini de façon précise afin d'éviter les conflits liés à l'exercice de spécialités voisines. Si l'exclusivité peut être prévue comme étant partagée avec d'autres médecins de l'établissement, dans ce cas, le contrat doit le préciser.

Pour autant, la portée de la clause d'exclusivité s'avère limitée.

3.2 En pratique, une portée restreinte de la clause d'exercice privilégié

Ce type de clause est toujours opposable à de nombreuses relations conventionnelles, toutefois force est de constater que les établissements de santé tentent de limiter au maximum la conclusion de nouveaux contrats intégrant ce type de clauses devenues particulièrement « lourdes » à gérer dans les structures de santé et trop souvent source de contentieux. En tout état de cause, la clause d'exclusivité ne peut pas faire échec à deux principes d'ordre public, que constituent, la règle de l'effet relatif des contrats et le principe d'ordre public du libre choix du médecin par le malade.

⁴¹⁷ Cass. 1^{re} civ., 23 novembre 1976, *Bull. civ. I*, n° 359, p. 283.

⁴¹⁸ Contrat FIEFH, art 3.

a) La règle de l'effet relatif des contrats rappelée par l'article 1165 du Code civil, permet une disponibilité permanente du médecin

L'existence d'une clause d'exclusivité entre l'établissement et un ou plusieurs praticiens d'une spécialité déterminée, ne lie pas les autres médecins de l'établissement⁴¹⁹ qui conservent la liberté d'adresser leurs patients aux praticiens de leur choix. Ainsi, si en règle générale un médecin est amené à collaborer avec les confrères de sa clinique, il doit aussi pouvoir s'adresser au consultant de son choix, notamment pour un examen complémentaire ou pour assurer à l'un de ses malades les soins qu'il estime être les mieux appropriés. Les clauses d'exclusivité n'ont ainsi d'effet qu'entre les parties contractantes et n'engagent pas les autres médecins de la clinique sauf s'ils y ont contractuellement adhéré. Cette exclusivité n'est pas non plus opposable aux patients.

Ce n'est plus qu'une exclusivité relative, qui peut être ou non réciproque, et qui surtout, peut être partageable avec d'autres médecins de l'établissement. Cette clause doit laisser à la clinique la possibilité dans des circonstances limitées et précisées dans le contrat de faire appel à un ou plusieurs praticiens externes, sans pour autant provoquer une révision du contrat.

La portée de la clause d'exclusivité a été, également, réduite du fait du principe de libre choix des patients.

b) Le principe d'ordre public du libre choix du médecin par le patient⁴²⁰

Sans déroger au principe posé par les articles 1134 et 1165 du Code civil, ce type de clause se trouve confronté, non seulement aux contrats conclus avec des praticiens récemment installés dans la clinique, mais également à certaines demandes de patients, qui, elles, sont nouvelles, telle la volonté de choisir un autre praticien que le bénéficiaire, dans la structure, de la clause d'exclusivité. Cette problématique sera évoquée lors de l'étude de l'impact du contrat d'exercice sur le libre choix du patient⁴²¹, lors du développement du titre II, chapitre I.

⁴¹⁹ Cass. 1^{re} civ., 2 novembre 1976, confirme l'arrêt de la cour d'appel du 5 novembre 1975.

⁴²⁰ Cass. 1^{re} civ., 3 novembre 1988, *Bull.*, n° 302, p. 206 ; RTSS, 1989, 2, 246 ; Rev. Jur. Centre-Ouest, n° 5, 1990, 131.

⁴²¹ Titre II, chapitre I, section I, §.2, A.

Toutefois, l'environnement hospitalier évolue régulièrement et fait l'objet de multiples restructurations qui amènent à la réécriture de certaines clauses d'exercice privilégié.

4. L'indispensable réécriture de certaines clauses des contrats d'exercice dans le cas de restructurations⁴²²

Comme évoqué précédemment, les restructurations qui ont lieu aujourd'hui constituent le quotidien des établissements de santé. Ces restructurations ne sont pas sans conséquences d'un point de vue juridique pour les différents intervenants professionnels de l'établissement de soins privé. Elles ont tout d'abord un impact selon que la restructuration est choisie ou imposée, et par la suite elles ont forcément un impact sur les contrats d'exercice des professionnels de santé, surtout en ce qui concerne la clause d'exclusivité.

4.1 Dans le cas de restructurations choisies

Les restructurations des établissements de santé privés, lorsqu'elles sont choisies par les établissements et qu'elles ne résultent pas d'un cas de force majeure⁴²³ (qui pourrait leur permettre de s'exonérer de leur responsabilité contractuelle à l'égard des praticiens libéraux avec qui ils ont conclu des contrats d'exercice), imposent la renégociation des contrats d'exercice dès lors qu'elles conduisent à un bouleversement de l'équilibre de ces contrats, puisqu'il est communément admis par la jurisprudence que les restructurations des établissements de santé privés peuvent conduire à un bouleversement de l'équilibre des contrats d'exercice⁴²⁴. C'est alors que certaines clauses du contrat d'exercice, principalement les clauses d'exclusivité et/ou d'exercice privilégié et la clause de présentation sont un frein, voire un obstacle, aux restructurations si elles ne sont pas renégociées.

⁴²² CORMIER, Maxence, « Quels impacts de la planification et des autorisations sanitaires sur les contrats d'exercice », *RGDM*, 2006, n° 21, p. 30.

⁴²³ Art. 1148 Cass. civ.

⁴²⁴ CA Besançon, 18 juin 1996, SARL clinique de l'Est, n° 1477/95.

a) Concernant la clause d'exclusivité

C'est principalement le cas des clauses d'exclusivité et/ou d'exercice privilégié qui posent le plus de difficultés à l'occasion d'opérations de restructuration. « Elles sont ainsi souvent incompatibles avec les opérations consistant en des partages d'activités entre établissements de santé ou des regroupements d'activités identiques sur un même site. En effet, dès lors que des médecins relevant d'une même spécialité médicale et exerçant initialement dans deux établissements différents se retrouvent à devoir exercer leur art dans un même établissement, l'exclusivité dont ils disposaient est souvent remise en cause, sauf à ce que le volume de l'activité assuré dans un nouvel établissement soit plus important que celui qu'ils réalisaient initialement⁴²⁵. Cependant, il convient de souligner que pour le juge civil, une cession d'établissement impliquant une perte d'exclusivité d'un médecin ne l'autorise pas pour autant à résilier son contrat »^{426, 427}.

b) Concernant la clause de présentation

Ce sont également les clauses prévoyant le droit pour le professionnel de santé libéral de présenter un successeur ou de céder son contrat d'exercice à un successeur qui posent problème⁴²⁸. « En effet, en application de l'article 1165 du Code civil sur l'effet relatif des contrats, les clauses prévoyant la faculté pour un médecin de présenter un successeur ou de céder son contrat ne sont pas opposables au repreneur d'un établissement de santé, d'un service, voire d'une autorisation d'activité de soins. La Cour de cassation ne pose ainsi qu'une obligation de prudence et de diligence pour l'établissement cédant pour une reprise des contrats d'exercice des médecins par l'établissement cessionnaire⁴²⁹. Il est donc nécessaire de prévoir la poursuite des contrats d'exercice dans l'une des clauses du contrat de cession de l'établissement, du service ou de l'autorisation sanitaire.

L'impossibilité pour les établissements de santé privés de respecter certains de leurs engagements contractuels lors d'opérations de restructurations choisies implique la

⁴²⁵ Un regroupement n'entraîne alors pas nécessairement une perte d'exclusivité, CA Versailles, 25 novembre 2005, Jourda c/ clinique des Hauts-de-Seine, n° 04/03913.

⁴²⁶ TGI Nanterre, 13 juillet 2006, SARL Clinique des Hauts-de-Seine c/ Coualan-Mainro, n° 05/03189.

⁴²⁷ CORMIER, Maxence, *Op-cit.*, p. 30.

⁴²⁸ TGI Bobigny, 16 février 2006, clinique de l'Orangerie et Générale de santé c/ Despreaux, n° 03/13080. À noter que les cessions de contrat sont exclues si le contrat d'exercice est verbal, CA Toulouse, 27 janvier 2000, Maman c/ clinique Saint-Jean-du-Languedoc, n° 98/03834.

⁴²⁹ Cass. 1^{re} civ., 3 juillet 2001, congrégation des Sœurs de la Providence, n° 99-19365.

renégociation anticipée des contrats d'exercice. En effet, aucune cause exonératoire, au sens de l'article 1147 du Code civil, ne peut être opposée aux médecins cocontractants dans la mesure où il n'y a pas d'imprévisibilité ni même d'extériorité et d'irrésistibilité dès lors que la restructuration est faite à la seule initiative de l'établissement ou qu'elle est négociée avec l'ARS et acceptée par l'établissement parce qu'inscrite dans le SROS ou dans son annexe. En l'absence de force majeure⁴³⁰, les établissements qui décident une restructuration ont donc l'obligation de négocier avec leurs médecins et en cas d'échec de ces négociations de résilier les contrats d'exercice en respectant un préavis. Pour le juge civil la négociation est ainsi une obligation pour les cocontractants, spécialement pour l'établissement qui doit être mise en œuvre avant la résiliation⁴³¹. Néanmoins, la position intransigeante des médecins lors de ces négociations peut conduire à exclure toute résiliation fautive de la part de l'établissement »^{432, 433}.

4.2 Dans le cas de restructurations imposées par l'ARS

La situation est très différente lorsque les restructurations sont subies. En effet, dès lors que ces restructurations sont imposées par l'ARS, l'établissement peut opposer la force majeure (ou le fait du prince⁴³⁴), ce qui lui permet d'être exonéré de sa responsabilité vis-à-vis des médecins auxquels il est lié par contrat d'exercice⁴³⁵. Cependant, si ces restructurations sont le plus souvent imposées elles sont rarement imprévisibles pour les parties aux contrats d'exercice, puisqu'elles font toujours ou presque toujours l'objet de négociations avec les agences régionales de santé. Par ailleurs, si elles sont le plus souvent imposées, les établissements obtiennent des contreparties qui peuvent prendre la forme d'échanges d'activités avec un autre établissement ou de conversions de certaines de leurs activités de soins.

⁴³⁰ CA Dijon, 6 juillet 2004, Varloteaux c/ SA clinique de Chenove, *op. cit.*

⁴³¹ CA Reims, 6 avril 1992, SA clinique de Monteur-la-Celle c/ Dick, n° 1201/90 ; Cass. 1^{re} civ., 20 mai 2003, Sté clinique chirurgicale et obstétricale de Choisy-le-Roi, n° 00-17.407 ; Cass. 1^{re} civ., 11 février 2003, clinique Saint-Hilaire, n° 00-19.284.

⁴³² Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2002, SCP docteurs Atthar et autres c/ mutuelle La Roussillonnaise, n° 01-00.556 ; CA Montpellier, 28 mai 2003, mutuelle La Roussillonnaise, n° 01/04487.

⁴³³ CORMIER, Maxence, *op. cit.*, p. 31-32.

⁴³⁴ Le fait du prince est un cas de force majeure, Cass. 1^{re} civ., 29 novembre 1965, D. 1966, p. 101.

⁴³⁵ Les conditions de la force majeure sont l'imprévisibilité, l'extériorité et l'irrésistibilité.

De ce fait, la force majeure et plus spécifiquement le fait du prince ne sont pratiquement jamais opposables. Il est largement admis par la doctrine⁴³⁶ et la jurisprudence judiciaire que la force majeure pour qu'elle soit reconnue, que trois conditions cumulatives soient remplies. Il faut que l'événement soit imprévisible au jour de la conclusion du contrat d'exercice, qu'il soit extérieur aux parties au contrat et qu'il soit irrésistible, c'est-à-dire qu'il soit insurmontable.

Bien que « Le contrat d'exercice libéral est avant tout le fruit de l'imagination des contractants par nature, il est multiple dans ses formes et contenus »⁴³⁷, il apparaît comme un élément incontournable de la possibilité d'exercice du médecin dans un établissement de santé privé. Le contrat d'exercice peut être à durée déterminée⁴³⁸ ou indéterminée (en l'absence de contrat écrit la jurisprudence assimile les situations de fait à un contrat à durée indéterminée). Au-delà de la clause d'exercice privilégié, il présente une particularité, qui peut s'avérer redoutable dans la gestion au quotidien de ces actes, puisqu'il peut survivre à ses rédacteurs et aux contractants...

S'il n'est pas conclu directement avec le patient ce dernier peut en retirer, cependant, des effets indirects. Il s'impose à lui.

Il est à noter que très souvent l'établissement de santé privé permet à des professionnels paramédicaux, tels des kinésithérapeutes par exemple, libéraux de venir exercer dans ses murs. Sera alors également conclu un contrat d'exercice. Ces contrats

⁴³⁶ ANTONMATTEI, Philippe, Contribution à l'étude de la force majeure, « Bibliothèque de droit privé », t. CCXX, 1992, LGDJ, « Ouragan sur la force majeure », JCP, éd. G, 1996, I, 3907 ; F. Chabas, « Force majeure », Dalloz, rép. civ. ; P. Jourdain, « L'imprévisibilité de la force majeure : une pomme de discorde entre les premières et deuxième chambres civiles », RTDC, 2003, p. 301 ; Malaurie, Philippe et Aynes, Laurent, *Les obligations*, Defrénois, 2^e éd., 2005, n° 5 952 et suiv.

⁴³⁷ DAVER, Corinne, « Existe-t-il un modèle de contrat, ou comment faire pour atteindre l'équilibre ? », *RGDM*, 2006, n° 21, p. 10.

⁴³⁸ LECAS, Antoine, *Droit de la médecine libérale*, éd. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 79 : « Les contrats à durée déterminée sans clause de tacite reconduction prennent fin au terme fixé, à moins que les parties ne prennent le soin de conclure expressément un nouveau pacte. Les contrats qui se renouvellent par tacite reconduction n'impliquent pas l'intervention des contractants, mais, comme l'ignorent volontiers les praticiens, ils n'entraînent aucune prorogation du contrat primitif et donnent naissance, à chaque renouvellement, à un nouveau contrat⁴³⁸ dont cependant les termes n'ont pas été renégociés. Les conséquences de cette subtilité juridique sont importantes, car le nouveau contrat ne spécifiant pas sa durée, il en résulte que le contrat primitif renouvelable à temps par tacite reconduction devient un contrat à durée indéterminée. À l'inverse, s'il y a volonté de renégociation de l'une des parties, la tacite reconduction ne peut pas s'opérer. En ce cas, les parties ont le choix entre la conclusion d'un nouveau contrat... ou la cessation pure et simple de leurs relations contractuelles, qui ne donne pas le droit à l'une d'entre elle de demander une réparation, hormis le cas d'un refus à caractère abusif »⁴³⁸.

Les conventions à courte durée peuvent comporter un apport financier du médecin et des garantis pour lui, comme un « droit en lits ».

Les contrats dits « de carrière » ne prévoient généralement que le droit du praticien d'exercer dans la clinique. Éventuellement celui de présenter un successeur.

d'exercice sont de même nature que ceux signés entre l'établissement de soins privé et les médecins. Toutefois, l'on peut noter une conséquence pour le patient. Alors que ce dernier choisi l'établissement de santé en fonction de son médecin, le plus souvent, il ne pourra pas, dans ce cas bien précis choisir son kinésithérapeute. Ce dernier lui sera imposé soit parce qu'il est salarié de l'établissement, soit parce qu'il a conclu avec ce dernier un contrat d'exercice, et qu'il sera le seul de sa spécialité au sein de l'établissement.

Si les professionnels médicaux exerçant au sein des établissements de santé privé, sont le plus souvent libéraux, et doivent, comme cela vient d'être développé, signer un contrat d'exercice avec l'établissement de soins privé, interviennent également des professionnels de santé non-libéraux, médecins ou pas. Dans ce cas, ils sont salariés de la clinique et à ce titre sont liés par un contrat de travail.

B – Les contrats de travail organisent les modalités d'exercice avec les différents professionnels de santé non libéraux

Seront successivement abordés les contrats de travail avec les médecins salariés, et les contrats avec les professionnels non médicaux salariés.

1. Le contrat de travail avec les médecins salariés

« Les médecins exerçant au sein des établissements de santé privés peuvent être salariés et donc liés à leur établissement par un contrat régi par le code du travail. Le dualisme entre la médecine à exercice libéral et la médecine à exercice salarié a existé dans l'Antiquité, au Moyen Âge et encore au XVIII^e siècle. Ce n'est qu'au XIX^e que la première est devenue prépondérante au point de réduire la seconde à une part négligeable.

À l'âge d'or de la médecine libérale, on s'est demandé si l'exercice de l'art de guérir (impliquant l'indépendance professionnelle) n'était pas incompatible avec la qualité de salarié (supposant la subordination à un employeur). Mais le réalisme a imposé une réponse négative de la jurisprudence, de la doctrine, et du Conseil de l'ordre, d'abord pour la

médecine préventive, puis pour la médecine de soins »⁴³⁹. Les conventions collectives applicables aux salariés des établissements de santé privés à but lucratif ont longtemps exclu explicitement les médecins de leur champ d'application. Aujourd'hui, l'exercice salarié de la médecine au sein des établissements de santé privé à but lucratif témoigne de nouvelles formes d'exercice médical au sein des cliniques (information médicale, permanence des soins...). Cependant, cette situation est de loin la plus fréquente au sein des établissements à but non lucratif.

La convention collective de la Fédération de l'hospitalisation privée du 18 avril 2002⁴⁴⁰ prévoit expressément la situation de médecins salariés⁴⁴¹. Ceci constitue un statut licite dès lors que le rapport de subordination induit par le contrat de travail ne met pas en cause leur indépendance et se limite à l'organisation générale du travail. Le tribunal des conflits a souligné que « l'indépendance professionnelle dont bénéficie le médecin dans l'exercice de son art [...] est au nombre des principes généraux du droit »⁴⁴².

Cela n'a pas et ne doit pas avoir d'incidence sur la prise en charge du patient, lors de son hospitalisation, et de toute façon reste neutre pour le patient, si ce n'est que lorsque le médecin est salarié de l'établissement de santé, le contrat médical est alors conclu avec l'établissement de santé. « Le praticien se borne à exécuter la prestation contractuelle dont l'établissement était débiteur en vertu du contrat de soins qui le liait au malade, il n'agit que pour le compte de l'établissement »⁴⁴³. La conséquence est autre lors de la mise en jeu de la responsabilité du médecin et de l'établissement de santé privé lors de la survenue d'un accident. Cet aspect sera analysé lors du Titre II de ce travail.

2. Le contrat de travail avec les professionnels de santé salariés non médicaux

Dans les établissements de santé privés les professionnels de santé non médicaux sont placés dans une situation de droit privé. Des contrats de travail passés conformément aux dispositions du Code du travail, les lient à leurs établissements.

⁴³⁹ LECAS, Antoine, *op. cit.*, p. 86-87.

⁴⁴⁰ Convention collective nationale de l'hospitalisation privée du 18 avril 2002. Étendue par arrêté du 29 octobre 2003, *JORF* 15 novembre 2003.

⁴⁴¹ Art. 101-1.

⁴⁴² TC, 14 février 2000, M. Ratinet c/ CHR de Nancy et D^r G.D., *RDSS*, 2001, p. 85, obs, G. MEMETEAU.

⁴⁴³ Cass. 1^{re} civ., 4 juin 1991, JCP 1991. 21730 obs. J. SAVATIER ET Paris 25 fév. 1994, *Juris-data*, n° 020728.

Plusieurs conventions collectives⁴⁴⁴ peuvent régir les rapports de ces personnels salariés avec leurs établissements employeurs. Ces conventions classent notamment les emplois en niveaux, déterminent des grilles de salaires et précisent les modalités d'organisation du travail.

2.1 Les modalités d'exercice prévues par les conventions collectives

C'est le cas en particulier des deux conventions collectives nationales suivantes qui couvrent une grande partie de ces établissements : la convention signée le 31 octobre 1951⁴⁴⁵ par la Fédération des établissements hospitaliers et d'aide à la personne à but non lucratif (FEHAP), qui fait l'objet d'un arrêt d'extension du 27 février 1961 et la convention collective de la Fédération de l'hospitalisation privée du 18 avril 2002 (FHP)⁴⁴⁶.

Il est à noter que d'autres conventions, au champ d'application plus restreint, couvrent certains établissements qui font partie d'institutions dont l'objet dépasse le secteur hospitalier ou qui sont spécialisées dans certaines activités médicales. C'est le cas par exemple de la convention de la Mutualité française du 31 janvier 2000⁴⁴⁷ ou encore de la convention collective de la Croix-Rouge française du 24 décembre 1986, qui est applicable à la plupart des établissements sanitaires de cette institution. C'est également celui de la convention des établissements psychiatriques privés du 23 avril 1964, de la convention du 24 décembre 1993 pour les cliniques de convalescence et établissements d'accueil pour personnes âgées, ou encore de la convention collective du personnel non médical des centres de lutte contre le cancer du 1^{er} janvier 2001⁴⁴⁸.

En revanche, les accords de travail conclus au niveau de chaque établissement ne sont pas soumis à cet agrément et ne sont pas opposables à l'autorité de tarification.

Ces dispositions ont pour objet d'encadrer le montant des rémunérations versées dans ces établissements aux personnels. Elles fondent une inégalité de traitement entre les différents secteurs de l'hospitalisation privée, et sont une dérogation au principe de l'autonomie des partenaires sociaux dans la conclusion des conventions collectives.

⁴⁴⁴ Art. L. 131-1 et s. du Code du travail.

⁴⁴⁵ Convention collective nationale des établissements hospitalier et d'aide à la personne du 31 octobre 1951

⁴⁴⁶ Cette fédération a résulté de la réunion récente de deux fédérations antérieures, la FIEPH et l'UHP.

⁴⁴⁷ Convention collective nationale de la mutualité du 31 janvier 2000. Etendue par arrêté du 17 août 2001 JORF 28 août 2001.

⁴⁴⁸ Les conventions collectives applicables aux établissements de santé privés à but non lucratif présentent la particularité d'obéir, en plus des dispositions du Code du travail, à un régime d'agrément ministériel. Ce dernier porte sur le coût total de l'engagement financier évalué au niveau national.

L'inégalité de rémunération versée aux différents personnels d'un établissement de santé privé à l'autre, a pour conséquence de mieux pourvoir en effectifs certains établissements de par l'attractivité qu'exerce une rémunération supérieure, ce qui *in fine* peut être source d'inégalité de prise en charge du patient.

Les salariés des établissements de santé privé quels qu'ils soient sont placés, pour la durée hebdomadaire du temps de travail et en application des lois n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation à la réduction du temps de travail⁴⁴⁹ et n° 2000-37 du 19 janvier 2000⁴⁵⁰ relative à la réduction du temps de travail, sous le régime des 35 heures hebdomadaires.

Les conseils de prud'hommes règlent les différends qui peuvent s'élever à l'occasion du contrat de travail entre les employeurs et les salariés de ces établissements. Ils jugent au premier degré les différends à l'égard desquels la conciliation n'a pas abouti.

Ces personnels salariés participent à la vie de l'entreprise dans les conditions du droit commun⁴⁵¹ alors que la situation des médecins salariés relève de dispositions spécifiques.

2.2 Les conséquences spécifiques du contrat de travail sur la prise en charge du patient

Ces mêmes salariés ne sont pas tenus au respect des obligations de permanence des soins à la charge du personnel des établissements publics de santé, auxquels s'impose le principe de continuité⁴⁵², sauf si l'établissement privé participe au service public hospitalier

⁴⁴⁹ Loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, *JORF*, n° 136 du 14 juin 1998, p. 9029.

⁴⁵⁰ Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, *JORF*, n° 16 du 20 janvier 2000, p. 975.

⁴⁵¹ Les diverses obligations du droit du travail relatives à la participation à la vie de l'entreprise sont applicables dans les établissements privés selon le droit commun. Ceci concerne notamment les dispositions relatives aux syndicats professionnels, aux délégués du personnel, aux comités d'entreprises, à l'intéressement et à la participation.

⁴⁵² Comme tous les services publics, le service public hospitalier est soumis au respect de quatre principes fondamentaux qui en régissent le fonctionnement : le principe de continuité, le principe d'égalité, le principe de neutralité et le principe de mutabilité. Ces principes connus sous le nom de « lois de Rolland » (et dont certains résultent d'obligations légales ou déontologiques applicables en réalité à l'ensemble des établissements de santé ou à leurs personnels), ont été précisés par la jurisprudence. Concernant le principe de continuité, il découle naturellement de la finalité du service public. Créé pour répondre à un besoin d'intérêt général, il doit fonctionner de manière ininterrompue et permettre la « permanence des soins ». Ce principe implique le respect de contraintes rigoureuses en termes d'organisation et de fonctionnement : obligation d'assurer la continuité du service de jour, de nuit et en urgence, ainsi que la continuité des soins y compris après la sortie du patient (art. L. 6112-2 du Code de la santé publique), et notamment par l'organisation de gardes et astreintes ; ce principe fonde également les restrictions apportées à l'exercice du droit de grève par les personnels des établissements publics de santé en leur imposant le respect d'un service minimum destiné à

ou y est associé dans les conditions prévues par le Code de la santé publique⁴⁵³. Cela ne sera donc pas obligatoirement le cas pour l'établissement privé à but lucratif. En effet, les établissements privés ne participant pas au service public hospitalier demeurent soumis aux seules dispositions du Code du travail, ce dernier ne prévoyant à leur égard aucune limitation spécifique au droit de grève, en dehors des obligations de sécurité des patients s'imposant aux établissements.

L'influence du contrat d'exercice sur la condition du patient hospitalisé sera étudiée lors du développement du titre II de ce travail.

Mais le contrat d'exercice ne constitue pas le seul contrat régissant les relations entre établissement et professionnels libéraux. En effet, le contrat de travail, permet, également, d'organiser les relations entre l'établissement de santé privé et les différents personnels salariés.

Paragraphe 2 – L'établissement de santé privé est la résultante de l'imbrication de plusieurs sociétés

Si la clinique est devenue le lieu d'un jeu d'acteurs multiples auxquels elle est liée par des contrats de nature différente, son organisation est la résultante de l'imbrication de multiples sociétés, représentant une multitude d'acteurs aux intérêts divers. Son fonctionnement ressemble à celui d'une entreprise où peuvent cohabiter des sociétés de personnes, c'est-à-dire des sociétés en nom collectif ou des sociétés en commandite simple, et des sociétés de capitaux, c'est-à-dire des sociétés anonymes, sociétés anonymes à responsabilité limitée et sociétés en commandite par actions. Ainsi, coexistent, le plus souvent en son sein une société d'exploitation qui détient les autorisations d'activité, une société immobilière qui possède les murs ou se déroule l'exploitation, et une ou plusieurs sociétés civiles (professionnelles et/ou de moyens) regroupant le plus souvent, et ce,

assurer « le fonctionnement des services ne pouvant être interrompus, la sécurité physique des personnes, la continuité des soins et des prestations hôtelières aux patients hospitalisés et la conservation des installations et du matériel (CE 7 janvier 1976, CHR d'Orléans).

⁴⁵³ Il est à préciser qu'une circulaire DH n° 284 du 21 février 1989, « relative à l'exercice du droit de grève dans les établissements de soins privés, de cure et de réadaptation », visant les seuls établissements privés PSPH, à l'exclusion des autres établissements privés, notamment à caractère commercial, a indiqué que « dans le cadre d'un conflit du travail, l'autorité préfectorale ne dispose pas du pouvoir de réquisition » et qu'elle ne peut davantage organiser un service minimum, cette organisation devant résulter, « dans la mesure du possible, de la négociation entre le chef d'établissement et les organisations syndicales représentatives.

séparément des chirurgiens, des anesthésistes ou encore des radiologues, sociétés auxquelles peuvent s'amalgamer des sociétés de fait, ou encore des associations.

Ainsi se côtoient sociétés anonymes, sociétés civiles immobilières, sociétés civiles professionnelles, sociétés civiles de moyens, sociétés de fait, sociétés d'exercice libéral, associations... toutes, aux intérêts souvent différents, parfois divergents, quelquefois contradictoires. Toutefois, ce qui caractérise avant tout l'établissement de santé lucratif c'est son caractère commercial (A), dont l'élément constitutif principal est un apport en capital (B).

A – Les établissements de santé privés lucratifs, sociétés commerciales

Depuis le début de ce travail, on tente de démontrer que l'établissement de soins privé lucratif est une entreprise. Plusieurs éléments sont venus en appui de cette hypothèse. Le caractère commercial (1) de ces établissements ne peut que conforter cette thèse également renforcée par la notion de capital (2) auquel est intimement liée la survie de ces établissements.

1. De multiples sociétés commerciales⁴⁵⁴

Ces sociétés ne présentent au plan juridique aucune particularité par rapport aux sociétés qui exercent dans d'autres secteurs économiques. Elles sont commerciales et donc immatriculées au registre du commerce et sont soumises à l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux. Leur exploitation est une activité commerciale, et elles possèdent donc une clientèle propre et disposent, de ce fait d'un fonds de commerce. On retrouve essentiellement la société anonyme (SA), la société à responsabilité limitée (SARL) mais de plus en plus la société par action simplifiée (SAS).

⁴⁵⁴ Outre les formes particulières adaptées à certaines activités, le droit français connaît au nombre des sociétés commerciales, principalement, la société anonyme (S. A), la société par actions simplifiée (SAS), la société à responsabilité limitée (SARL), l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL), la société en nom collectif, la société en commandite simple et la société en commandite par action.

1.1 La société anonyme (SA)

La SA est la structure la plus utilisée par les fondateurs de cliniques. La société anonyme est en principe destinée au fonctionnement d'entreprises importantes nécessitant des moyens financiers détenus par un grand nombre d'investisseurs, qu'il s'agisse de personnes physiques, de sociétés ou de groupes de sociétés. Elle est gérée, soit, par un conseil d'associés élus réunis en Conseil d'administration présidé par un Président, le plus souvent assisté par un ou des Directeurs généraux, soit encore, par un Directoire qui exerce ses fonctions sous le contrôle d'un Conseil de surveillance. Les comptes sont vérifiés par des Commissaires aux comptes. Les SA ont des actionnaires qui sont presque tous des médecins. Le conseil d'administration a un rôle particulier parce qu'il est composé soit exclusivement de médecins, soit de médecins et de membres de leur famille. Le conseil d'administration doit administrer la société anonyme, alors que le PD-G doit en assurer la direction générale. La particularité de la fonction de PD-G est la révocabilité *ad nutum*⁴⁵⁵

1.2 La société à responsabilité limitée (SARL)

La SARL (société à responsabilité limitée) est une société dite "de personnes". Elle est la forme de société la plus répandue en France. Elle est généralement utilisée dans le cas de petits projets. Ainsi, elle est formée entre deux ou plusieurs personnes, sans pouvoir dépasser le nombre de cent. La SARL permet de créer une société avec un petit budget, elle conserve ainsi le caractère familial de l'entreprise et la responsabilité des associés est limitée au montant de leurs apports. Par conséquent, les associés ne supportent les pertes qu'à concurrence de leur apport. La société est gérée par un ou plusieurs "gérants". Les "parts" représentatives des apports de chacun sont librement cessibles entre associés, cependant une clause des statuts peut subordonner la vente de parts consentie à un nouvel associé, à l'agrément des autres associés. Les consultations des associés peuvent avoir lieu par écrit. Mais le gérant peut être tenu responsable des dettes sociales en cas de faute de gestion, ce qui constitue l'un des principaux inconvénients de la SARL.

⁴⁵⁵ Révocation immédiate, sans justification ni indemnité. Le P-DG est responsable au regard des tiers sauf délégation de pouvoir précise et expresse à une autre personne ou existence d'un dirigeant de fait.

1.3 La société par action simplifiée ou SAS

La société par actions simplifiée est constituée par une seule personne dite « associée unique » ou par plusieurs personnes. Elle est représentée par un Président qui, dans les rapports de l'entreprise avec les tiers, est investi des pouvoirs de représentation les plus étendus. Les règles concernant le fonctionnement du Conseil d'administration ou celle relatives au Directoire des SA lui sont applicables. Les statuts peuvent prévoir l'inaliénabilité des actions pendant dix ans ou soumettre leurs cessions à un agrément préalable de la société. Les statuts peuvent prévoir que les actionnaires ont la faculté de contraindre l'un d'eux à céder ses actions. Il peut être créé des actions à dividendes prioritaires et des actions de priorité sans droit de vote. C'est un type de société qui convient parfaitement aux entreprises familiales.

En outre peuvent se superposer à ce système, « des mini-cliniques » ; par exemple, ce peut être le cas de la maternité qui regroupe une société civile immobilière, elle-même accolée à la société civile immobilière de la clinique, et regroupant également, une société d'exploitation dédiée à la gestion de la maternité.

L'architecture organisationnelle de la clinique est ainsi l'assemblage complexe et évolutif d'une fonction d'exploitation et d'une fonction immobilière, reposant toutes les deux sur des sociétés juridiquement indépendantes, pouvant appartenir ou pas à des propriétaires identiques. Le capital en est, alors, le moyen principal, la société de capitaux le support juridique principal. En fait, la SAS offre à la fois les garanties de la SA pour les investisseurs, mais la souplesse de sa structure la rapproche de la SARL. Absence de capital minimum, commissaires aux comptes facultatifs, très grande liberté statutaire, la SAS peut être idéale aussi bien pour les petits que les grands projets.

2. La société de capitaux comme support juridique principal

Les sociétés de capitaux constituent le support juridique le plus fréquent des établissements privés à but lucratif. Cette formule limite en effet la responsabilité des associés au montant de leur apport. Si à l'origine, la clinique est la propriété d'un médecin qui en détient le capital, aujourd'hui, en revanche, la clinique, se voit dans l'obligation d'associer de multiples intervenants dans la constitution de son capital, afin de faire face à l'évolution technologique.

2.1 À l'origine, un capital « médical »

À l'origine le capital appartenait à des médecins qui eux-mêmes exerçaient à l'intérieur des établissements. Mais le départ à la retraite des fondateurs conduit souvent à un bouleversement complet et radical de la géographie du capital. Une de ces conséquences est l'éclatement et la dilution des capitaux avec, d'une part, la reprise des capitaux des fondateurs par de nouveaux professionnels et, d'autre part, l'entrée très fréquente d'actionnaires divers, étrangers ou pas au monde des cliniques tels que les laboratoires de biologie, pharmacies, notables locaux, groupements mutualistes, groupes de cliniques ou encore investisseurs individuels. Cet élargissement de la composition du capital des cliniques a multiplié les intérêts des actionnaires, associés et administrateurs ainsi que les combinaisons de coalitions entre ces derniers.

Aujourd'hui, souvent le capital n'est plus majoritairement d'origine médical et certains médecins sont écartés. Ces transformations et l'arrivée d'une nouvelle catégorie d'actionnaires financiers ont produit des changements dans les mécanismes de la gouvernance au sein de la clinique. La logique du propriétaire financier revient désormais à maximiser la rentabilité de la clinique, en agissant à la fois sur les créneaux d'activité, les volumes d'activité et enfin sur les coûts de production. Une telle logique est étroitement dépendante du capital « social » des médecins. Ce capital social recouvre l'ensemble des relations que le médecin a noué avec ses confrères susceptibles de lui adresser des patients, ou dont il peut solliciter l'expertise et avec lesquels il peut partager des savoirs et des pratiques. Ce capital social est une ressource essentielle à double titre. D'un point de vue professionnel, il permet à chaque médecin de mobiliser rapidement les actifs nécessaires pour réaliser au mieux la prise en charge d'un patient. D'un point de vue économique, la possibilité de contacter rapidement et simplement un réseau de correspondants auxquels le médecin accorde sa confiance offre un double intérêt. En effet, il permet d'augmenter le volume d'activité et le chiffre d'affaires de chacun, de fluidifier la prise en charge du patient entre les différentes structures en diminuant la durée moyenne de séjour. Il est à noter, que l'évolution technologique s'est accompagnée d'une modification du périmètre du capital social des médecins.

2.2 Modification du capital social consécutive à l'évolution des technologies

L'évolution des technologies et des normes thérapeutiques bouleverse les frontières des disciplines. Elle rend de ce fait plus contingente la valorisation du capital social de chaque médecin ou groupe de médecins dans le capital social. Le choix de la direction de l'établissement de santé privé d'investir dans une technologie plutôt qu'une autre lui offre ainsi la possibilité de « capter » de nouveaux médecins et par là même de modifier le capital social des médecins déjà en place. L'artérioscopie en est un bon exemple. Ainsi, l'artérioscopie, qui nécessite un acte invasif effectué par un chirurgien et/ou un anesthésiste, tend désormais à être remplacée dans 30 % des cas par un acte de radiologie. On comprend dès lors que la clinique cherche à acquérir l'IRM nécessaire à cet acte pour compenser la perte du capital social des médecins exerçant des spécialités invasives en déclin.

Dès lors la maîtrise du capital social de chacun des médecins de la clinique constitue un enjeu stratégique majeur pour les propriétaires de la clinique. Des mécanismes de contrôle deviennent alors nécessaires.

Cependant, comme dans beaucoup d'autres entreprises, afin d'assurer le respect des règles déontologiques (en premier lieu l'indépendance des praticiens), l'organisation des établissements hospitaliers privés à but lucratif s'appuie le plus souvent, et en sus, sur d'autres contrats et conventions.

B – L'exercice en groupement des médecins

Un praticien intégrant un établissement de santé privé peut exercer individuellement ou peut choisir de former un groupe avec d'autres praticiens. C'est l'exercice en groupe.

L'exercice en groupe de l'activité médicale a été pendant longtemps exercé soit par le biais de contrats spécifiques tels les contrats d'association ou les contrats d'exercice conjoint de l'activité médicale, soit par le biais de sociétés régies par le droit commun. Mais la nécessité d'avoir des structures mieux adaptées aux modalités d'exercice de la profession a conduit le législateur à adopter à partir de 1966 un statut social spécifique au travers les

sociétés civiles professionnelles et les sociétés de moyens⁴⁵⁶. Puis de nouvelles formes sociétaires permettant l'exercice en groupe de l'activité des professions de santé ont été introduites par la loi du 31 décembre 1990 autorisant l'exercice sous forme de sociétés d'exercice libéral des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire⁴⁵⁷. Enfin, la loi du 11 décembre 2001⁴⁵⁸ contient pour sa part reconnaissance de la société de participation financière et professions libérales. On peut alors distinguer un contrat d'exercice en commun (1), d'un regroupement de praticiens en sociétés (2).

1. Le contrat d'exercice en commun

Le contrat d'exercice en commun, dénommé initialement contrat d'association par le Conseil de l'ordre, est un contrat *sui generis*, qui n'a d'effet qu'entre les parties et ne donne pas lieu à création d'une personne morale et à la reconnaissance d'un patrimoine commun. Ce contrat peut prévoir la simple mise en commun des dépenses effectuées pour le cabinet (matériel, fournitures, salaires...). Il peut aussi prévoir la mise en commun des honoraires perçus individuellement par chaque partie⁴⁵⁹. Ces formes contractuelles d'exercice en commun sont fréquemment utilisées par les médecins.

2. Le regroupement en sociétés

Les professionnels peuvent opter pour une intégration plus poussée, qui peut prendre différentes formes sociétales. Pour cela il faut conformément au droit commun, l'intention de s'associer et de partager tant les bénéfices que les pertes. Les éléments communs du contrat de société, dont au moins des apports en industrie, l'*affectio societatis* sont exigés.

Les médecins peuvent se grouper soient en sociétés civiles professionnelles, soit en sociétés d'exercice libéral.

⁴⁵⁶ Loi n° 66-879 du 29 novembre 1966, relative aux sociétés civiles professionnelles

⁴⁵⁷ Loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, *JORF*, n° 4 du 5 janvier 1991, p. 216.

⁴⁵⁸ Loi 68 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF)(1), *JORF* n°288 du 12 décembre 2001 page 19703

⁴⁵⁹ LECA, *op. cit.*, p. 83.

2.1 La société civile

Une société civile professionnelle (SCP) est une société créée par deux associés au minimum, qui ont décidé d'exercer en commun une même activité : une telle société ne peut être constituée qu'entre membres de professions libérales réglementées. Ce type de société est régi par une loi du 29 novembre 1966 et est soumis au régime de droit commun de l'article 1845 et suivant du Code civil. Quel que soit le montant de sa participation, chaque associé dispose d'une voix pour voter (art 13 de la loi de 1966). Les associés sont responsables indéfiniment et solidairement des dettes de la société. Les honoraires sont en commun.

La société civile est constituée et régie conformément aux règles du Code civil propre aux sociétés en général et par des dispositions particulières figurant aux articles 1845 et suivants. La particularité de la société civile par rapport à la société commerciale réside dans le fait qu'elle est "transparente". Cette qualification signifie que si la société ne peut faire face à ses dettes, mais seulement dans ce cas, en vertu des dispositions de l'article 1858 du Code civil les créanciers de la société sont recevables à poursuivre les associés sur leurs biens personnels⁴⁶⁰. Les sociétés civiles sont immatriculées au Registre du Commerce et des sociétés et leurs statuts sont publiés dans un journal d'annonces légales du Département dans lequel elles ont leur siège et au BODAC (Bulletin Officiel des Annonces Civiles et Commerciales). Si la raison sociale (nom de la société) que les fondateurs ont adoptée ne l'indique pas, ce nom doit être suivi des mots "société civile". Comme pour les sociétés commerciales, leur immatriculation leur confère la qualité de personne morale. Par un arrêt de la Cour de cassation, il a été jugé qu'il résultait de la combinaison des articles 1842 du Code civil, 4 de la loi no 78-9 du 4 janvier 1978 et 44 de la loi no 2001-420 du 15 mai 2001 que les sociétés civiles n'ayant pas procédé à leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés avant le 1er novembre 2002 avaient, à cette date, perdu la personnalité juridique⁴⁶¹. Au moment de la liquidation d'une société civile, les associés peuvent valablement décider, soit dans les statuts, soit par une décision ou un acte distinct, que certains biens seront attribués à certains associés.

⁴⁶⁰ Cass. 3^e ch., 12 septembre 2007 (BICC n° 673 du 15 décembre 2007 : le paiement d'une dette d'une société civile constituée en vue de la vente d'immeubles, qui a fait l'objet d'une liquidation amiable et qui ne dispose plus d'aucun actif, peut être poursuivi par le créancier directement contre l'un des anciens associés. Les associés se présentent donc comme des débiteurs subsidiaires du passif social envers les tiers, qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale

⁴⁶¹ Cass. com. 26 février 2008, BICC n° 683 du 1^{er} juin 2008.

On distingue, la société civile professionnelle de la société civile immobilière. La société civile de moyens ne sera pas abordée puisqu'elle ne constitue pas un mode d'exercice.

Il est à noter que les SCP sont susceptibles de réunir des infirmières, des médecins, des architectes, etc. La société est responsable avec l'associé des conséquences des actes dommageables de ce dernier. Si la société se compose de praticiens, il est considéré que le contrat se noue entre le patient et la personne morale et non avec un médecin déterminé. Ce qui n'était pas le cas avec les SCM (Société civile de moyens). Désormais dans le cadre d'une SCP, c'est la société qui contracte et endosse la responsabilité.

2.2 La société d'exercice libéral

La réglementation offre aux professions libérales la faculté d'exercer sous d'autres formes de sociétés d'exercice libéral (Société d'exercice libéral à responsabilité limitée (SELARL)), société d'exercice libéral à forme anonyme (SELAFA), société d'exercice libéral en commandite par actions (SELCA), et depuis la loi du 15 mai 2001, des SELAS⁴⁶² « ayant pour objectif déclaré de laisser les professionnels libéraux organiser leurs rapports le plus librement possible »⁴⁶³. La loi du 11 juillet 1985⁴⁶⁴ a introduit l'EURL, la société à forme unipersonnelle. En d'autres termes, une société d'exercice libéral peut adopter la forme de la société anonyme, de la société en commandite par actions, de la société par actions simplifiée ou de la SELURL ceci emporte des différences variées. Toutefois, 99 % des médecins qui exercent en SEL ont choisi la SELARL.

Les sociétés d'exercice libéral (SEL) ont été créées pour permettre aux membres des professions libérales d'exercer leur activité sous forme de sociétés de capitaux. Les SEL sont soumises à toutes les dispositions prévues par la loi du 24 juillet 1966⁴⁶⁵ sur les sociétés commerciales, sauf dispositions spéciales prévues par la loi du 31 décembre 1990 qui les a

⁴⁶² Société d'exercice libéral par actions simplifiées.

⁴⁶³ PORACCHIA, Didier, « La société d'exercice libéral », *Droit et patrimoine*, novembre 2001, n° 98, p. 84-90.

⁴⁶⁴ Loi n°85-697 du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée (EARL), *JORF* du 12 juillet 1985 page 7862

⁴⁶⁵ Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, *JORF* du 26 juillet 1966 page 6402

instituées. Les décrets d'application concernant chaque profession libérale prévoient des spécificités propres à chaque activité.

Ces entités ne sont pas des structures spécifiques aux professions de santé, puisque le texte qui les a fait naître concerne toutes les « professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé ».

« Bien qu'ayant un objet civil, ce sont des sociétés commerciales par leur forme. À y regarder de près elles juxtaposent des traits commerciaux et civils. Tout d'abord elles sont soumises aux mêmes droits et obligations que les commerçants personnes physiques. À ce titre, elles doivent tenir une comptabilité, peuvent être mises en redressement judiciaire et sont soumises aux règles de publicité au registre du commerce et des sociétés. Toutefois, les actes faits par la société d'exercice libéral ne sont pas des actes de commerce. Ils relèvent de l'exercice d'une profession libérale et sont donc civils par nature. De même, le fonds de la SEL n'est pas un fonds de commerce, ce qui interdit à la SEL de bénéficier des dispositions avantageuses relatives aux baux commerciaux (droit au renouvellement ou, à défaut, obtention d'une indemnité d'éviction). Enfin, les litiges entre la SEL et l'un de ses associés relèvent de la seule compétence des tribunaux civils. Les sociétés d'exercice libéral peuvent être indifféremment des SELARL⁴⁶⁶, des SELAFA⁴⁶⁷, des SELCA⁴⁶⁸. Pour ce qui a trait au montant du capital de la société, un capital minimum de 37 000 euros est exigé par la loi pour les SELAFA, SELAS et SELCA. En revanche, pour les SELARL, il est librement fixé par les statuts, mais il doit être divisé en parts sociales égales. En ce qui concerne la direction de la société et les cessions des droits sociaux, il faut distinguer entre les différents types de sociétés et les SEL. de médecins ne présentent alors aucune spécificité juridique. On renvoie donc aux règles ordinaires du droit des sociétés, qui sortent de notre épure.

Sur le plan social et fiscal, il existe encore des divergences, qui placent les médecins dans une situation originale »^{469, 470}.

Il est à noter que bien que la société soit inscrite au tableau de l'ordre, elle ne peut accomplir d'actes médicaux que par l'intermédiaire d'un de ses membres ayant qualité pour

⁴⁶⁶ Société d'exercice libéral à responsabilité limitée.

⁴⁶⁷ Société d'exercice libéral à forme anonyme.

⁴⁶⁸ Société d'exercice libéral en commandite par actions.

⁴⁶⁹ Par exemple, les gérants égalitaires ou majoritaires de SARL sont obligatoirement affiliés au régime d'assurance vieillesse des professions artisanales, industrielles et commerciales, et non au régime d'assurance vieillesse des professions libérales... à moins qu'ils continuent de cotiser à ce dernier régime (Cass. Soc., 23 novembre 2000, époux Terrasse, n° de pourvoi : 98-23132.

⁴⁷⁰ Lecas, Antoine, *op. cit.*, p. 85.

exercer la médecine. La loi indique explicitement que les associés restent indéfiniment responsables sur leurs biens propres des actes professionnels qu'ils accomplissent personnellement. La loi précise que de manière identique, chaque associé répond sur son patrimoine propre des actes professionnels qu'il accomplit, et la société est solidaire avec lui. Dans le cadre d'une SEL, le patient conclut avec la société et non avec le professionnel.

Pour autant, quelles que soient les modalités d'association, les conséquences ne sont pas négligeables aussi bien pour le médecin que pour le patient.

3. Les conséquences de l'exercice en groupe de l'activité médicale

Les conséquences intéressent aussi bien les médecins que les patients et ce de façon indirecte puisque le contrat d'exercice intéresse directement l'établissement de santé et le médecin.

3.1 L'incidence de l'exercice en commun sur l'activité médicale

L'objet est de faciliter l'exercice collectif en rapprochant l'industrie, les moyens des professionnels. En effet, information, remplacement, mise en commun des frais et des bénéfices avec ou sans partage d'honoraires, forment le contenu des conventions d'exercice groupé. Les sociétés d'exercice en groupe permettent, ainsi, aux médecins une mise en commun de moyens et de bénéficier ainsi de coûts moindre leur permettant d'investir dans du matériel plus performant ce qui a pour but d'attirer des patients.

Par ailleurs, cet exercice en commun, favorise les remplacements et donne plus de liberté et donc une qualité de vie meilleure au médecin. Cela lui permet d'assurer une permanence des soins organisée avec l'ensemble des médecins constituant le groupement.

Néanmoins ces facilités ne sont pas sans conséquences pour le patient.

3.2 Les conséquences potentielles de l'exercice en commun des médecins pour le patient

Une société nouvellement créée peut-elle recevoir l'apport des clientèles qui se fonderaient en une seule, celle du groupe ? Ceci paraît contraire au principe de mise hors

commerces des clientèles attachées à la personne des médecins dans ces groupes simples. Il est à noter que déjà, l'apport du droit de présentation était admis en nature. Mais dans son arrêt du 7 novembre 2000⁴⁷¹, la Cour de cassation pose le principe que si la cession de clientèle médicale à l'occasion de la constitution ou de la cession d'un fonds libéral d'exercice de la profession n'est pas illicite, c'est à condition que soit sauvegardée la liberté de choix du patient ». Ainsi cet arrêt reconnaît la cession de clientèle comme licite mais prévoit des limites par le respect de la liberté de choix du patient et la cession ne pouvant s'effectuer qu'à l'occasion de la constitution ou de la cession d'un fonds libéral.

Cet arrêt place la clientèle dans le commerce, en particulier à l'occasion de la constitution d'un fonds libéral d'exercice (et non de moyens). L'on peut estimer que la création d'un groupe assortie de la cession des clientèles des membres devient licite, sans écarter la technique de la présentation du nouvel associé à la clientèle de ses confrères. Mais s'ils admettent le principe de cette négociation, les juges en contrôlent l'évaluation. Il devient possible de parler de prix de la clientèle apportée au fonds commun, réserve faite du libre choix et du caractère accessoire de cette transmission, la vente ou l'apport de la « clientèle nue » ne semblant point encore possible. Ce dernier aspect de l'exercice en commun, sera abordé lors de l'étude relative à l'influence du contrat d'exercice sur le droit au patient au libre choix⁴⁷²

⁴⁷¹ *Op. cit.*

⁴⁷² Cf. *infra* Titrell, Chapitre I, Section I.

CONCLUSION DE LA SECTION III

L'établissement de santé privé rassemble une multitude de contrats. Ces relations contractuelles sont nécessaires à son fonctionnement et par conséquent à la prise en charge des patients dans les meilleures conditions et avec la plus grande sécurité possible.

Toutefois, il est à noter que ce qui rassemble l'ensemble des relations contractuelles en un même lieu, c'est le plateau technique, lieu de concentration des investissements financiers et technologiques, lieu d'intervention des praticiens (blocs opératoires, lits et places d'hospitalisation), lieu symbolique aussi par la nature des activités qui y sont exercées, et qui fait apparaître la clinique comme étant un nœud de contrats entre les différentes parties prenantes.

Ainsi, les principaux contrats portent-ils sur les droits d'utilisation des capacités de production de l'établissement. Le volume de lits auquel le praticien accède par son entrée dans la clinique figure expressément dans les contrats de travail des médecins car il fixe implicitement un niveau d'activité (et donc un revenu). De même l'accès aux salles de blocs opératoires constitue bien souvent un objet de négociation pour les chirurgiens, lors de l'élaboration du contrat d'exercice. Le plateau technique matérialise les relations nouées entre les opérateurs professionnels et la direction de la clinique.

La gestion des locaux et des équipements permettant l'exploitation font également l'objet de contrats. L'entreprise hospitalière peut être exploitée dans un local qu'elle loue à une société civile immobilière (SCI). Elle peut avoir recours à une société d'équipement spécifique mettant à sa disposition les matériels qui lui sont nécessaires pour son activité. Dans certains cas, ces équipements peuvent également appartenir aux médecins qui les utilisent et qui les ont acquis individuellement ou faire l'objet d'une acquisition collective par une société civile de moyens ou une société civile professionnelle.

Ainsi, l'exploitation de ces établissements repose fréquemment sur l'application simultanée de plusieurs contrats, les praticiens pouvant être attachés à leur entreprise à la fois par un contrat d'exercice et par le lien de propriété qui résulte de leur qualité

d'actionnaires de la société propriétaire du fonds de commerce, voire de la société propriétaire des murs.

Dans leur exercice professionnel, l'indépendance technique de ces médecins s'accompagne en conséquence, le plus souvent, d'un *affectio societatis* qui cimente le fonctionnement de ces établissements.

La qualité du plateau technique sera un des moyens permettant d'attirer le médecin afin qu'il exerce dans l'établissement, mais aussi d'attirer une clientèle plus importante et de facturer des actes, liés à son utilisation, et par conséquent de réaliser pour l'établissement privé commercial des profits, nécessaires à sa survie. Cette survie étant également liée au respect total par l'établissement de soins privé de la réglementation encadrant une prise en charge optimale dans les meilleures conditions de sécurité du patient.

Le contrat d'exercice s'il apparaît une obligation pour le médecin, est à fois une protection pour ce dernier et une protection pour le patient. En effet, il oblige l'établissement de santé privé à prendre en charge le patient dans les meilleures conditions de sécurité et à délivrer des soins de qualité. Si l'établissement de soins privé ne respecte pas ces clauses le médecin peut résilier le contrat si l'établissement ne fournit pas les garanties nécessaires à la pratique de sa spécialité⁴⁷³, et ces solutions sont admises même en dehors des clauses de préférences ou de privilèges⁴⁷⁴. Mais le contrat d'exercice ne constitue pas le seul contrat régissant les relations entre établissement et professionnels libéraux. En effet, le contrat de travail, permet, également, d'organiser les relations entre l'établissement de santé privé et les différents personnels salariés. Ils constituent également une protection à la fois pour le professionnel mais également pour le patient.

⁴⁷³ CA Versailles, 18 février 1994, *RDSS* 1995, p. 306.

⁴⁷⁴ Cass. com., 8 mars 1983, *D* 1984, IR p. 439, obs. J. PENNEAU.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

On distingue le secteur lucratif, du secteur non lucratif, la première distinction que l'on peut poser d'évidence est celle qui oppose les activités commerciales de celles qui ne sont pas commerciales. Les premières sont organisées par des sociétés relevant du droit commercial, aux structures juridiques parfois complexes. Elles trouvent leur origine soit dans des initiatives individuelles (personnes physiques) soit dans des personnes morales (SA, SARL, GIE, etc.). Les secondes ont souvent été créées par des associations, fondations, ou congrégations religieuses aux objectifs philanthropiques. En aucun cas, ces organisations à la vocation « missionnaire » n'ont de motivation commerciale. Ces activités sont pour la plupart organisées dans le cadre de la loi du premier juillet 1901.

Le patient, quant à lui, a vu sa condition changer au fur et à mesure des évolutions aussi bien structurelles, qu'économiques. D'une personne nécessitant tout simplement un toit à un patient nécessitant des soins, il a vu peu à peu l'offre de soins varier, de charitable, religieuse, elle est devenue économique. Avec l'apparition de la clinique est apparue la contrepartie financière du soin. Apparaît alors la notion de rentabilité et de mise en concurrence, mais non au bénéfice du patient mais au bénéfice du profit. Le patient va peu à peu trouver sa place et faire entendre ses exigences, et notamment il va vouloir profiter des innovations technologiques pour guérir. L'on va alors assister au développement des plateaux techniques (blocs opératoires, lits et places d'hospitalisation) autour desquels vont se nouer les divers contrats entre les différentes parties prenantes, car le contrat constitue l'instrument juridique privilégié des relations au sein de l'établissement de soins privé. Ainsi, la clinique commerciale, rassemble à la fois des contrats d'exercice et des contrats avec les prestataires... Même si chaque contrat est conclu séparément, tous sont indivisibles et indispensables au fonctionnement de l'établissement de santé : le médecin ne peut contracter avec le malade que s'il a d'abord contracté avec l'établissement aux fins d'y exercer son art et recevoir ses malades... Et le patient ne pourra recevoir les soins prescrits par le médecin que si l'établissement a contracté avec des professionnels compétents... La

jurisprudence atteste ce lien entre les contrats « superposés » ; si le contrat d'exercice du professionnel est résilié, il peut être provisoirement maintenu pour permettre la réalisation des contrats médicaux en cours.

Les différents contrats ne peuvent être pris en compte individuellement, ils interagissent les uns sur les autres. Ce que s'attachera à démontrer, entre autre, le chapitre suivant de ce travail.

LA RELATION CONTRACTUELLE, SPÉCIFICITÉ JURIDIQUE DE LA CONDITION DU PATIENT HOSPITALISÉ EN ÉTABLISSEMENT DE SANTÉ PRIVÉ

Si la situation du patient à l'hôpital public est définie comme statutaire, en établissement de santé privé, le patient se retrouve dans une situation contractuelle. Alors que dans cette dernière conception, les parties définissent par voie de convention leurs obligations réciproques en tenant compte de ce qu'elles sont, ou veulent faire, au contraire dans le cadre d'un statut toute négociation est exclue car il constitue la traduction en droits et obligations du référentiel collectif.

En effet, hospitalisé en établissement public de santé le patient se trouve dans une situation légale et réglementaire, impersonnelle de droit public. Cela signifie que les droits et obligations réciproques du service public et de leur usage résultent de la loi et du règlement. Ils ne peuvent donc faire l'objet d'aucune négociation entre les parties ; qu'il soit conduit en urgence à l'hôpital ou qu'il s'y rende librement, le malade se trouve placé dans une situation d'usager du service public⁴⁷⁵. La situation d'un usager se présente comme générale et impersonnelle. Propriété de tous, l'État définit des règles identiques pour tous. Cela signifie que tous les citoyens placés dans des conditions de fait identiques auront nécessairement les mêmes droits et les mêmes obligations.

A contrario, lorsque le patient est hospitalisé en établissement de santé privé lucratif, il se retrouve lié soit directement, soit indirectement par contrat, que ce soit à l'établissement lui-même ou au médecin. En effet, le contrat est l'instrument juridique traditionnel pour encadrer les relations au sein des structures de soins privées entre, d'une part, ces structures et les professionnels de santé libéraux et salariés qui y exercent, et

⁴⁷⁵ CE., 11 janvier 1991, Dalloz, 1992, somm. 147, note BON ET TERNEYRE.

d'autre part, les patients, les structures et les professionnels de santé qui les prennent en charge. Le fondement des relations contractuelles encadrant les relations entre les médecins, les établissements de santé privés et les patients est régi par le droit civil.

Dès le milieu des années 1930, le juge judiciaire a reconnu l'existence d'un contrat unissant le médecin libéral, exerçant en établissement d'hospitalisation privé commercial⁴⁷⁶ à son patient (le contrat médical) et d'un contrat unissant un établissement d'hospitalisation privé, employant des médecins salariés, à son patient (le contrat de soins et/ou d'hospitalisation). Il a également admis à la même époque qu'un médecin libéral puisse être lié par un contrat dit d'exercice avec un établissement d'hospitalisation privé commercial afin d'user, pour recevoir et soigner ses malades, de l'installation technique et du personnel de la clinique, et, en contrepartie, de garantir à la clinique que le médecin réservera tout ou partie de son activité à des malades reçus dans la clinique.

Ainsi, lorsque le patient est hospitalisé en établissement de santé privé, il se retrouve au sein d'une triple relation contractuelle ; avec le médecin, c'est le contrat médical (section I). Par ailleurs, hospitalisé, il « noue » une relation contractuelle avec l'établissement. Il est alors partie au contrat d'hospitalisation (section II). Et ce n'est que parce que l'établissement a conclu avec le médecin, choisi par le médecin, un contrat d'exercice, que le patient pourra se faire soigner par le médecin de son choix en établissement de santé privé⁴⁷⁷.

Si le but de ce travail n'est pas d'analyser le contrat médical, tout comme les contrats d'hospitalisation ou d'exercice (vus précédemment), spécificités de la médecine libérale il apparaît, cependant nécessaire d'y faire référence afin de souligner les spécificités de la relation médecin patient en établissement de santé privé. Ceci permettra d'apprécier lors des prochains développements intéressant le Titre II, les éventuelles conséquences sur la condition du patient. Par ailleurs, analyser la relation unissant le patient à son médecin en établissement de santé privé permettra de faire apparaître, si elles existent, les différences de pratiques avec le secteur public.

⁴⁷⁶ Pour rappel, ce travail ne prend en considération que l'établissement privé commercial.

⁴⁷⁷ Cf. *Supra*, Titre I, chapitre I, section III, §.1, A.

SECTION I

Le contrat médical, colloque singulier

Le patient hospitalisé en établissement de santé privé débute sa relation de soins avec son médecin par un colloque singulier, appelé contrat médical.

Depuis l'arrêt Mercier du 20 mai 1936⁴⁷⁸, la relation entre le médecin et son patient, dans le cadre de l'exercice libéral est régie par les liens contractuels. Il en est de même lorsqu'un patient est hospitalisé dans un établissement de soins privé. En effet, cet arrêt proclame l'existence d'un contrat médical régissant à la fois l'organisation matérielle des soins et l'exécution de la prestation de soins ; il conduit à la mise en œuvre d'une responsabilité contractuelle en cas de défaillance.

Toutefois, bien avant cette jurisprudence, la relation médecin-patient a été construite sur une relation de confiance. Elle était qualifiée de « colloque singulier », et parce qu'elle est l'expression de deux volontés, elle constitue le contrat médical. L'objectif de ce travail, entre autres est de démontrer en quoi le contrat médical apparaît comme une spécificité (paragraphe 1). Pour autant cette relation de confiance instaurée entre le patient et son médecin, existe aujourd'hui, aussi bien en médecine libérale qu'en milieu hospitalier. Pour autant, cela implique-t-il que le contrat médical n'existe pas (paragraphe 2) ?

Paragraphe 1 – L'existence d'un contrat civil de droit commun entre le patient et le médecin

Le contrat médical n'est pas en soi spécifique puisqu'il constitue un contrat civil de droit commun. Issu de la jurisprudence, il présente les éléments de reconnaissance de tout contrat de droit civil, même si certaines de ces caractéristiques ont dû s'adapter à

⁴⁷⁸ Cass. 1^{re} civ., 20 mai 1936 : DP 1936, 1, p. 88, concl. MATER, rapp. JOSSERAND, note E.P. ; S. 1937, 1, p. 321, note BRETON.

l'environnement hospitalier, et font la spécificité de la relation contractuelle entre le patient et le médecin libéral, permettant de distinguer ce qui fait le particularisme de la prise en charge du patient par le médecin libéral.

La première de ces spécificités réside dans le caractère synallagmatique du contrat médical, puisque le malade et le médecin s'obligent⁴⁷⁹ réciproquement, le médecin à donner des soins, le patient à payer des honoraires (A), les obligations de chacune des parties constituant les autres particularités de cette relation de droit privé (B).

A – La volonté de traiter et la volonté d'être traité constituent le caractère synallagmatique du contrat médical

Si l'accord de deux volontés constitue l'essence même du contrat, l'accord de volonté du patient à être traité (1) et l'accord de volonté du médecin à soigner (2), représente un des particularismes de cette relation médicale.

1. L'accord du patient à être traité

Si l'on considère que la relation médecin-patient en médecine libérale repose bien sur un contrat, le consentement s'avère nécessaire à la réalisation de ce contrat. Ainsi, lorsque le patient est admis en établissement de santé privé, il est soumis à un double consentement ; le consentement au contrat médical et le consentement à l'acte médical ou assentiment à l'acte médical. Il convient, alors, de distinguer, selon certains auteurs⁴⁸⁰, le consentement nécessaire à la formation du contrat de l'assentiment à l'exécution des actes entrant dans l'obligation des professionnels qui témoigne de l'acceptation de l'acte par le contractant.

⁴⁷⁹ Sous réserve des dispositions de l'article 1109 du Code civil qui dispose qu'« il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol ». « Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres. »

⁴⁸⁰ EVIN, Claude, *Les concepts fondateurs des droits des usagers du système de santé*, Thèse pour le Doctorat de l'Université de Paris VIII, droit public, 2001, p. 9

Le consentement témoigne à la fois d'un respect d'un principe de droit civil et de l'acceptation par le contractant en l'occurrence d'être soigné. Cette distinction fonde le particularisme de la relation contractuelle que le patient engage, contrairement au patient hospitalisé en hôpital public, qui s'il doit donner son assentiment à l'acte de soins, n'a pas à consentir au contrat médical. Il est dans une position statutaire de droit public, et l'organisation et le règlement intérieur s'imposent à lui.

1.1 L'accord du patient à consentir à être traité

L'accord du patient constitue avant tout le respect d'un principe en droit civil, même si l'on se retrouve face à une spécificité que constitue le double consentement du patient.

a) Le respect d'un principe de droit civil

Parce que le consentement est la pierre angulaire de l'édifice contractuel, sur un plan purement contractuel, l'absence de consentement empêche la formation du contrat médical : le respect de l'autonomie de la volonté implique l'impossibilité pour le médecin d'intervenir tant qu'il n'a pas obtenu l'accord du patient. Il en est ainsi que le refus du patient concerne le consentement proprement dit, visant à la formation du contrat médical, ou son assentiment, autorisant l'exécution de la prestation de soins, si l'on retient la distinction doctrinale classique.

Par conséquent, la logique contractuelle poussée à l'extrême oblige le médecin à respecter la volonté du patient tant qu'il reste une parcelle de conscience à ce dernier.

b) La nécessité de deux consentements pour la réalisation de l'acte thérapeutique

Toute activité médicale suppose le recueil d'un consentement libre et éclairé de la personne⁴⁸¹. Cette obligation est « imposée par le respect de la personne humaine ». Cette manifestation de volonté, rencontrant celle du praticien, formera le contrat médical. Mais le consentement du patient, dans la relation médicale, s'exprime à plusieurs niveaux. Après une manifestation initiale de volonté donnant naissance, en droit privé, au contrat médical le malade doit en effet exprimer son adhésion à la thérapeutique entreprise, ainsi que

⁴⁸¹ Cass. 1^{re} civ., 8 novembre 1955, JCP 1955, 9014.

l'impose expressément les articles 16-3 du Code civil et L. 1111-4 du Code de la santé publique. Par conséquent, le droit de consentir aux actes médicaux révèle un pouvoir de l'individu sur son corps revêtant selon les juges la valeur d'une liberté individuelle. L'intangibilité de l'intégrité corporelle, constitue le fondement de l'exigence du consentement et son exercice permet de refuser l'acte de soins. Ce consentement doit être libre et éclairé.

Il se traduit pour le patient par l'obligation de consentir aux soins, constituant en cela l'assentiment à l'acte⁴⁸², mais il se trouve également dans l'obligation de contracter pour consentir à l'acte.

Ainsi, les principes gouvernant l'expression de l'assentiment à l'acte médical sont calqués sur ceux intéressant la conclusion du contrat médical. Cependant même si, en pratique, les deux consentements s'expriment souvent dans un même mouvement de volonté, leurs objets sont différents, et l'on impose l'assentiment à l'acte alors même qu'il n'y a point de relation contractuelle.

Mais l'exigence de l'assentiment subsiste même lorsqu'il n'y a pas de contrat de soins. L'arrêt de 1942⁴⁸³ parle d'un devoir d'état du médecin. Il sied donc de bien distinguer ces deux manifestations de volonté. Le contrat (quand il existe) est conclu, puis le client (créancier de la prestation médicale) consent aux actes sur les chances et les risques duquel il a été informé, après diagnostic (premier ensemble d'actes médicaux, eux-mêmes parfois à risque, auxquels s'oblige le professionnel, débiteur, après conclusion de la convention). Si le sujet refuse cet acte ou tout autre proposé, il résilie le contrat (qui est, d'ailleurs, à durée indéterminée).

Ainsi le contrat médical, en médecine libérale, exige un consentement des deux parties, et en ce qui concerne le patient un consentement libre et éclairé distinct de l'assentiment aux soins. En effet, « la volonté de contracter, c'est-à-dire la volonté de recevoir des soins contre le versement d'honoraires est antérieure à l'acceptation par le malade de subir l'opération jugée nécessaire par le praticien »⁴⁸⁴. En ce sens le contrat médical est formé dès la rencontre des consentements, l'acceptation du malade se

⁴⁸² MÉMETEAU, Gérard, *Op-cit.*, p. 389.

⁴⁸³ Cass. req., 20 janvier 1942 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. I, éd. 2000, p. 29 ; *Journal int. bioéthique*, mars 1993, p. 65.

⁴⁸⁴ NERSON, Robert, *Le respect par le médecin de la volonté du malade*, Mélanges Marty, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 854 s.

concrétisant par l'appel au médecin ou la consultation. Si le contrat médical est alors un contrat consensuel qui se forme par le seul échange des consentements, il est à préciser que la loi exige parfois, pour certains actes graves notamment, le respect d'un formalisme. Il en est ainsi pour les prélèvements d'organes⁴⁸⁵, l'interruption volontaire de grossesse⁴⁸⁶, le diagnostic prénatal⁴⁸⁷, la demande d'assistance médicale à la procréation⁴⁸⁸, les dons de gamètes⁴⁸⁹ et plus généralement pour les actes relatifs à la recherche biomédicale⁴⁹⁰.

1.2 L'accord du patient pour être soigné personnellement par ce médecin

Le consentement du patient donné dans le cadre de ce contrat est en principe distinct, stricto sensu, du consentement aux soins à proprement parler : le contrat médical concrétise d'abord la volonté du patient de faire appel aux services du praticien et de le rémunérer par des honoraires ; il est préalable à son accord ultérieur, et éventuel, sur les soins qui lui seront proposés. Par ailleurs, le malade pourra être amené à l'occasion des soins à passer plusieurs contrats médicaux distincts : selon le cas en cancérologie, avec un chirurgien, un anesthésiste-réanimateur, un oncologue, un radiothérapeute, un radiologue, etc. Il peut également contracter avec un chirurgien, qui aura fait appel de sa propre initiative pour l'exécution de son obligation contractuelle à différents collègues d'autres spécialités. Dans ce dernier cas, le chirurgien est selon les cas considérés, soit le « chef d'équipe » (en cas de contrat unique, l'amenant à devoir répondre le cas échéant des fautes de son collaborateur anesthésiste), soit le responsable d'un devoir de surveillance générale, dans le cas où un contrat spécifique aura été passé par le patient avec l'anesthésiste (situation qui découle désormais logiquement des examens requis par ce praticien avant les interventions 491).

⁴⁸⁵ Art. L. 1231-1 du Code de la santé publique et L. 1232-3 du Code de la santé publique.

⁴⁸⁶ Art. L. 2212-3 du Code de la santé publique.

⁴⁸⁷ Art. L. 2131-1 du Code de la santé publique.

⁴⁸⁸ Art. L. 2141-2 du Code de la santé publique.

⁴⁸⁹ Art. L. 1211-2 du Code de la santé publique.

⁴⁹⁰ Art. L. 1121-1 du Code de la santé publique.

⁴⁹¹ DUPONT, Marc, BERGOIGNAN-ESPER, Claudine, PAIRE, Christian, *Droit hospitalier*, 6ème éd, Paris, Dalloz, 2007, P. 563.

On parlera donc de contrat successif⁴⁹² car « entre le malade et le médecin ne se concluent pas de nouveaux contrats chaque fois qu'il faut proposer et accepter un acte médical nouveau ».

1.3 Mais la spécificité d'un formalisme non exigeant

Dans le droit commun de l'acte médical, le consentement du patient n'est soumis à aucune forme particulière, un écrit pouvant tout au plus être utile à titre probatoire. Même si ce mode n'est pas le seul admissible, la preuve du consentement libre et éclairé du patient par écrit tend à se généraliser, car un tel document permet au médecin de préconstituer la preuve du juste respect de ses obligations. La plus grande prudence doit toutefois être adoptée à l'égard de ce mode de preuve. Il convient tout d'abord de rappeler qu'un tel écrit ne peut en aucun cas être analysé, ou contenir, une décharge de responsabilité, les clauses limitatives ou exonératoires étant nulles dans le domaine du dommage corporel. Le contenu même de cet écrit doit par ailleurs obéir à des règles précises, permettant au juge d'acquiescer la certitude que le malade a réellement été informé⁴⁹³. La remise d'un écrit se contentant de répertorier les risques de l'acte médical ne saurait en effet valoir information qu'à la condition que le malade en comprenne réellement le sens, et qu'il s'accompagne d'un entretien oral avec le médecin ainsi qu'en dispose aujourd'hui expressément l'article L. 1111-2, alinéa 3 du Code de la santé publique⁴⁹⁴. Une solution contraire entraînerait en effet un risque de déshumanisation de la relation médicale, sans pour autant constituer une preuve valable.

Cet accord doit en principe être exprès, mais on pourrait sans doute accepter qu'il soit parfois exprimé tacitement, notamment à l'occasion d'actes bénins, sous réserve de la preuve de l'existence d'un tel consentement. Il convient toutefois de remarquer que les

⁴⁹² MÉMETEAU, Gérard, *op. cit.*

⁴⁹³ CA Paris, 28 février 2001, *op. cit.*, insuffisance de la remise au patient d'une note consacrée aux différentes techniques dont le médecin est l'auteur. – CA Paris, 20 novembre 1998, *op. cit.*, insuffisance d'une note écrite remise au patient, qui ne dispensait pas le praticien de donner des explications orales). Ainsi que le soulignait en effet J.-F. Burgelin, procureur général près la Cour de cassation dans le rapport annuel de 1999, « ce serait une erreur de focaliser toute l'attention sur le document que le médecin remettrait au patient avant d'intervenir, document sur lequel figureraient tous les risques possibles et imaginables encourus. Il sera le plus souvent trop long, illisible ou non compris. Je ne suis pas sûr que les tribunaux en tireraient, le cas échéant, la conclusion que le malade a été "informé" au sens de la jurisprudence contemporaine » (J.-F. Burgelin, L'obligation d'informer expliquée au médecin : Rapp. annuel de la Cour de cassation 1999 : Doc. fr., p. 71.

⁴⁹⁴ GLORION, Bernard, « Le consentement et ses aspects déontologiques », n° spécial *Gazette du Palais*, 1^{er} janvier 1999, p. 5. – Recommandation ANAES, mars 2000 sur l'information du patient. – Plus généralement, HOERNI, Bernard, « Médecine et droit », *Bull. Ordre méd.* novembre 2001, p. 3. – MÉMETEAU, Gérard, « Des médecins qui avaient peur du droit », *Gazette du Palais*, 8 septembre 2001, p. 3.

hypothèses d'engagement de responsabilité médicale pour absence de consentement restent marginales, la majorité du contentieux étant centré sur l'obligation préalable d'information.

Le contrat étant un accord de deux volontés, il nécessite également l'accord du médecin de soigner son patient/client.

2. L'accord du médecin à consentir à soigner

Les deux éléments qui font la spécificité du contrat, c'est le nécessaire accomplissement de l'acte par le médecin et l'obligation personnelle d'exercice, et qui s'oppose en cela à l'acte de soins en établissements publics de santé.

2.1 Le nécessaire accomplissement de l'acte

En ce qui concerne le médecin, l'article 32 du Code de déontologie médicale dispose : « le praticien est tenu de dispenser des soins qualifiés, consciencieux et dévoués ». Toutefois, le seul fait de faire appel au médecin ne suppose pas nécessairement le contrat médical. L'obligation souscrite doit porter sur l'accomplissement d'un acte médical.

L'article 47 du Code de déontologie médicale énonce « qu'hors les cas d'urgence et celui où il manquerait à son devoir d'humanité ou à ses obligations d'assistance, un médecin a toujours le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles ». Ce texte pose le principe de la liberté contractuelle du praticien, et du principe d'autonomie de la volonté. Il est l'application particulière de la règle générale selon laquelle on ne saurait être obligé à contracter.

Le consentement est le fondement même de la relation de confiance entre le médecin libéral et le patient. Il est également le moyen par lequel le médecin libéral a le pouvoir de refuser ou d'accepter la demande de soins. Si la relation médicale s'insère dans un cadre contractuel, le respect du droit des obligations implique un respect sans concession du refus de soins.

2.2 L'obligation de l'*intuitu personae*

Certaines conventions sont conclues en considération de la personne des parties, *intuitu personae*. Les qualités de chaque contractant sont à ce point la condition de l'engagement qu'une erreur à leur sujet provoque la nullité du contrat⁴⁹⁵. Le contrat médical, est conclu, en considération de la personne des différentes parties, *intuitu personae*, ce qui est en rapport avec le principe du libre choix et entraîne pour conséquence, à la charge du professionnel librement choisi parce que présentant des qualités essentielles pour le client, de remplir personnellement ses obligations contractuelles, il a donc l'obligation de fournir personnellement les soins promis⁴⁹⁶. Le malade choisit le médecin à qui il va confier ses secrets et sa maladie. L'on rejoint en cela le professeur Portes qui écrivait : « Tout acte médical normal n'est, et ne peut être et ne doit être qu'une confiance qui rejoint librement une conscience ». La relation thérapeutique s'appuie sur la confiance dont la Cour de cassation tient à maintenir l'intégrité⁴⁹⁷.

Ainsi, dès lors que le contrat médical est un contrat conclu *intuitu personae*, il pourrait être entaché d'erreur, celle-ci consistant par exemple en une erreur sur la personne même du médecin, du fait de la substitution d'un médecin à celui initialement choisi par le patient, sans qu'il en ait été averti.

Le caractère de la relation de soins en établissement privé entre le patient et le médecin trouve sa spécificité, pour l'un de doublement consentir, pour l'autre d'exercer personnellement l'acte. Enfin, l'on peut retrouver cette spécificité dans les obligations de chacune des parties.

B – La spécificité « privée » dans les effets du contrat

L'effet obligatoire du contrat médical entre les parties découle de l'article 1134 du Code civil selon lequel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à

⁴⁹⁵ Article 1110 du Code civil, « l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Elle n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention ».

⁴⁹⁶ Cass. 1^{re} civ., 29 octobre 1963, D. 1964, somm. p. 56, *Bull. cass.*, 1963, I, n° 392 ; Cass. civ., 11 juillet 1978, DS. 1978, I.R. 442.

⁴⁹⁷ Cf. SARGOS, Pierre, « Les modes de preuve de l'information donnée au patient », *Jurisanté act.*, n° 26, juin 1999, p. 11.

ceux qui les ont faites ». Ce faisant, le contrat médical valablement formé doit être respecté par les deux contractants dans l'ensemble de ces obligations aussi bien principales qu'accessoires. Il devra être poursuivi de bonne foi jusqu'à son terme, qui résulte soit du décès de l'une des parties, soit de l'expiration de la durée des soins ou lorsqu'il est à durée indéterminée de sa dénonciation par l'une ou l'autre des parties. Le non-respect de ces obligations par l'une ou l'autre des parties peut donner lieu à l'origine du dommage. Conformément au droit commun, le contrat médical produit des effets obligatoires à l'égard des parties et n'en produit pas à l'égard des tiers.

Ces obligations intéressent aussi bien le médecin que le patient même si elles sont plus nombreuses pour le médecin.

1. L'obligation principale, une obligation de moyens⁴⁹⁸ pour le médecin

Depuis l'arrêt Mercier, la nature de l'obligation principale qui pèse sur le médecin est une obligation de moyens. Dès lors que le médecin accepte de soigner le patient, le médecin doit s'acquitter d'une triple obligation. La première, donner des soins consciencieux, attentifs, dévoués et conformes aux données acquises de la science. Elle correspond à l'obligation principale de moyens du praticien puisque cette obligation de prudence et de diligence reste un des fondements de la responsabilité médicale. L'article 70 du Code de déontologie de 1995 fait pour sa part obligation au praticien de ne pas entreprendre ni poursuivre des soins qui dépassent sa compétence et ses possibilités. Le médecin est également tenu d'une obligation accessoire que constitue l'obligation de sécurité-résultat. Enfin le médecin est tenu d'informer le patient, avec toute la clarté nécessaire et indispensable, sur les prescriptions tant diagnostiques que thérapeutiques.

Ce triple devoir incombe, donc, personnellement à celui qui, au sein d'une équipe, a pris en charge le malade⁴⁹⁹.

⁴⁹⁸ L'obligation de moyens, est fondée par la jurisprudence sur l'article 1137 du Code civil : « L'obligation de veiller à la conservation de la chose... soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille. » Entrent dans cette catégorie les soins médicaux, les obligations dans lesquelles existe un aléa ou qui nécessitent l'intervention du débiteur. Il s'agit d'obligations qui si elles ne sont pas respectées, ne peuvent pas pour autant entraîner la responsabilité immédiate du débiteur, il faut prouver que ce dernier a commis une faute, un manque de soins par exemple.

⁴⁹⁹ Article 69 du Code de déontologie : « L'exercice de la médecine est personnel, chaque médecin est responsable de ses décisions et de ses actes ».

1.1 L'obligation de soigner mais non de guérir

L'obligation existe en tout premier lieu, *ratione auctoritatis*, parce que l'arrêt Mercier le juge ainsi, d'autre part, parce que la jurisprudence intervenue en matière de défaut d'assistance à personne en péril décide qu'une aide médicale est due quand bien même les traitements seraient inutiles, sans effet.

Enfin, l'obligation de soigner est *auctoritate rationis*, parce que l'acte médical est, par sa nature, aléatoire, ce qui interdit de l'associer à un impératif de guérison⁵⁰⁰.

1.2 L'obligation personnelle d'exécuter en établissement de santé privé

Cette obligation personnelle d'exécuter se traduit par l'obligation du médecin de donner des soins à son patient. Cette obligation est liée de façon intrinsèque à l'activité médicale elle-même. C'est le médecin avec lequel le patient a conclu le contrat qui délivrera lui-même les soins dont le patient a besoin. Cela constitue une des forces du contrat médical. Le contrat étant conclu *intuitu personae*, le médecin est dans l'obligation de fournir personnellement les soins promis. Alors qu'en établissement privé le médecin choisi par le patient représente le médecin « personnel du patient », l'exercice de ce droit n'existe pas ou du moins est largement virtuel à l'hôpital public, car il n'existe pas justement de contrat entre le patient et le médecin. Ainsi, l'usager de l'hôpital public ne peut modifier à son gré les modalités de prise en charge dans le service, ni nouer de relations juridiques personnelles avec le médecin hospitalier. Un patient ne peut donc pas se plaindre, même si à l'origine il a été vu par le chef de service, d'être opéré par un assistant du service dès lors que celui-ci présente toutes les conditions nécessaires à l'exercice de la médecine en France, le libre choix devant s'accommoder des règles d'organisation du service, des tours de garde, etc.⁵⁰¹. À l'hôpital, la demande de se faire soigner par un médecin pour raisons personnelles (culturelles, religieuse, sexe...) ne saurait primer sur les contraintes de l'organisation du service⁵⁰².

⁵⁰⁰ Cass. 1^{re} civ., 8 novembre 2000.

⁵⁰¹ Circulaire DHOS n° 57 du 2 février 2005 relative à la laïcité dans les établissements de santé.

⁵⁰² Rapport annuel du Conseil d'État 2004, p. 332.

2. Les obligations du client, le patient

Le patient quant à lui est tenu à deux obligations qui sont le paiement d'honoraires en contrepartie de l'acte médical et l'obligation de suivre les conseils et prescriptions du médecin.

2.1 L'obligation de payer, trouve son fondement dans le contrat médical

En effet, le patient suite au colloque singulier, c'est-à-dire après avis du médecin, est tenu de payer sa consultation. S'il ne le fait pas il s'en trouvera sanctionné.

a) Parce que le contrat médical est un contrat à titre onéreux

Historiquement le médecin se voyait accorder des honoraires qui marquaient le signe de la reconnaissance du malade pour le service intellectuel rendu, d'une valeur inestimable⁵⁰³. Toutefois, à cette conception de l'honoraire reconnaissance s'est ensuite substituée une notion plus juridique d'honoraires représentant la contrepartie de l'objet de l'obligation du médecin. La détermination du montant des honoraires résultait de l'application de plusieurs principes découlant du caractère libéral de la profession, à savoir le principe de l'entente directe, du paiement à l'acte et du paiement direct. Mais, l'évolution des outils de maîtrise des dépenses de santé a conduit à l'atténuation de ces principes. Concernant le principe de l'entente directe, signifiant initialement que le médecin fixait unilatéralement le montant de ses honoraires a connu un certain infléchissement, au point de disparaître du Code de déontologie médicale qui prévoit aujourd'hui que la détermination des honoraires doit être faite « en tenant compte de la réglementation en vigueur »⁵⁰⁴ résultant notamment des dispositions édictées par le Code de la sécurité sociale. Néanmoins, le principe demeure applicable dans le cadre de l'exercice non conventionné de la médecine, ou pour l'exercice conventionné dans le cadre du droit à dépassement d'honoraires⁵⁰⁵, ou pour le cas du secteur à honoraires libres.

⁵⁰³ Plus généralement V. M. Harrichaux, *La rémunération des médecins*, préface B. Oppetit, Economica, 1979.

⁵⁰⁴ Art. R. 4127-53 al. 1 du Code de la santé publique.

⁵⁰⁵ Cette voie a été supprimée par la convention médicale de 1980 mais demeure à titre résiduel comme droit acquis pour les médecins encore en exercice.

Concernant le paiement direct, qui signifiait initialement que le médecin était rémunéré par le patient lui-même, sans qu'un tiers puisse s'interposer entre eux pour ce paiement, tend aujourd'hui à disparaître ou du moins à se réduire dans la pratique en raison des différents systèmes permettant aux malades de ne pas avoir à faire l'avance des frais, par le mécanisme du tiers payant. Cependant, la loi HPST, a introduit un certain nombre de dérogations au principe du paiement direct des honoraires. Ainsi, prévoit-elle que les praticiens exerçant à titre libéral dans un établissement de santé⁵⁰⁶, entre autre, seront par exception aux dispositions de l'article 162-2 du Code de la sécurité sociale, rémunérés par l'intermédiaire de cet établissement. Dans d'autres cas, la rémunération des professionnels libéraux pourra être versée par le groupement de coopération sanitaire⁵⁰⁷.

En contrepartie de l'acte médical, le malade se doit de rémunérer le praticien⁵⁰⁸ ; le contrat rend le médecin créancier de ses honoraires⁵⁰⁹ dont il pourra poursuivre en justice le recouvrement, notamment par la procédure de l'injonction de payer organisée par le décret du 28 août 1972⁵¹⁰ (compétence du tribunal d'instance du domicile du débiteur), et par le recouvrement non garanti par les procédés de saisie ainsi que par le privilège des frais de dernière maladie⁵¹¹. Ainsi, le contrat médical est un contrat à titre onéreux puisque « le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose »⁵¹². Dans le cas du contrat médical "le patient verse, pour les soins reçus, une rémunération. Le médecin fournit son temps et son activité intellectuelle »⁵¹³. Si le paiement des honoraires est donc la contrepartie de la prestation de soins délivrée par un médecin libéral, en revanche, le paiement du prix des tarifs de prestations trouve quant à lui son fondement dans le contrat dit d'hospitalisation passé entre le patient et l'établissement de santé privé, alors que l'obligation de payer du patient pris en charge dans un établissement public de santé trouve son fondement dans sa qualité d'usager du service public hospitalier. En effet, le patient, pris en charge dans un établissement public de santé est usager d'un service public administratif auquel s'applique un statut légal et

⁵⁰⁶ Art. 5 XI de la loi HPST.

⁵⁰⁷ Art. 23 II de la loi HPST.

⁵⁰⁸ Cass. ch. réunies, 13 mai 1963, D' X, JCP, 1963, II, 13267, obs. R. Savatier. « ... Le contrat médical comporte pour le médecin l'obligation de donner au patient des soins attentifs et conformes aux données acquises de la science ; en contrepartie, le malade s'oblige à rémunérer ces soins... ».

⁵⁰⁹ Cass. 1^{re} civ., 31 mars 1971 et Cass. 1^{re} civ., 13 avril 1910.

⁵¹⁰ Décret n° 72-790 du 28 août 1972 relatif au recouvrement de certaines créances, *JORF* du 30 août 1972, p. 9314.

⁵¹¹ Article 2101 du Code civil.

⁵¹² Article 1106 du Code civil.

⁵¹³ Arrêt cour d'Aix-en-Provence, 16 juillet 1931, confirmé par la cour civile, 20 mai 1936.

réglementaire. C'est dans le cadre de ce statut que l'article R. 6145-5 du Code de la santé publique dispose que « dans le cas où les frais de séjour des malades ne sont pas susceptibles d'être pris en charge soit par les services de l'aide médicale, soit par un organisme d'assurance-maladie, soit par le ministère chargé des anciens combattants et victimes de guerre ou par tout autre organisme public, les intéressés ou, à défaut, leur famille ou un tiers responsable souscrivent un engagement d'acquitter les frais de toute nature afférents au régime choisi. Ils sont tenus, sauf dans les cas d'urgence, de verser au moment de leur entrée dans l'établissement une provision renouvelable calculée sur la base de leur durée de séjour. En cas de sortie avant l'expiration du délai prévu, la fraction dépassant le nombre de jours de présence est restituée », donnant ainsi un fondement textuel à l'obligation de payer.

b) Par conséquent, le non-respect de l'obligation de payer est sanctionné

Le patient a l'obligation de rémunérer son médecin en contrepartie de l'acte de soin. Cette obligation est sanctionnée juridiquement. Ainsi, les établissements publics ou privés peuvent-ils exercer leurs recours contre les patients en vue du règlement des soins dispensés⁵¹⁴. Dans le cadre d'un établissement de santé privé ou à l'égard d'un professionnel libéral, cette obligation trouve un fondement dans le contrat médical le liant au professionnel de santé libéral qui le soigne.

« La gratuité des soins ne peut procéder que de la magnificence du médecin, qui ne peut se contenter d'abaisser le montant de ce qui est dû (c'est une pratique prohibée par l'art. 67 du Code de déontologie). La gratitude du malade prend un tour impératif civilement sanctionné »⁵¹⁵.

Toutefois, le droit tout en affirmant ce devoir de reconnaissance, en limite l'expression. D'abord en imposant au médecin de ne pas demander d'honoraires au-delà des prévisions des conventions nationales liant sa profession. Ensuite, et même lorsque l'honoraire est libre, en imposant une fixation de son montant « avec tact et mesure »⁵¹⁶, et en exigeant du médecin toutes explications sur ses prétentions.

⁵¹⁴ Art. L. 6145-11 du Code de la santé publique.

⁵¹⁵ MÉMETEAU, Gérard, *op. cit.* p. 303.

⁵¹⁶ Art. 67 du Code de déontologie médicale.

2.2 L'obligation de suivre les conseils et prescriptions du médecin

À défaut et dans l'impossibilité d'envisager l'exécution forcée de cette obligation de faire, le médecin serait autorisé à résilier le contrat et donc à se retirer, sous la réserve de ne pas nuire au malade et de s'assurer de la continuité des soins. Cela rejoint une logique de l'obligation dite « de collaboration » pesant sur le patient-client qui est sa participation à la prise de décision médicale. Ainsi, l'article L. 1111-4, al. 1, du Code de la santé publique dispose que toute personne prend avec le professionnel de santé, les décisions ; « elle est l'artisan du choix thérapeutique sur un pied prétendu d'égalité avec son médecin, puisque le législateur a postulé une égalité entre les cocontractants libres ».

Le contrat médical scelle bien un accord entre un patient qui accepte une atteinte à son intégrité physique et un médecin qui accepte de prodiguer ses soins dans le cadre d'un « rapport de confiance ». Pourtant, si certains de ces éléments constitutifs lui confèrent sa spécificité, d'autres amènent à s'interroger sur la réelle existence du contrat médical.

Paragraphe 2 – La remise en cause de la qualification contractuelle du contrat médical

Depuis l'arrêt Mercier, la relation entre le médecin et son patient est régie par les lois contractuelles. Cet arrêt proclame à la fois l'existence d'un contrat médical régissant l'organisation matérielle des soins⁵¹⁷ et l'exécution de la prestation de soins, et conduisant à la mise en œuvre d'une responsabilité contractuelle en cas de défaillance.

« [...] Pourtant, un examen approfondi de l'arrêt Mercier montre que son adoption dépend essentiellement d'éléments d'opportunité et non d'une réelle volonté de la Cour de cassation de donner à la relation médicale sa véritable qualification en créant le concept de contrat médical. En effet, il s'agissait, à l'époque, de contourner un problème de prescription de l'action et de fermer définitivement la voie ouverte par l'arrêt Jand'heur⁵¹⁸ de 1930 qui

⁵¹⁷ L'existence d'un contrat concernant l'organisation matérielle des soins (paiement des honoraires, déplacement du médecin au chevet du malade) était acquise bien avant l'arrêt Mercier : req., 28 août 1839, S. 1839, 1, 663. Décision confirmée par Cass. civ., 8 février 1932, DH 1932, 202-Montpellier, 12 décembre 1932, DH 1933, 1, 119.

⁵¹⁸ Cass. ch. réunies, 13 février 1930, arrêt Jand'heur, DP 1930, 1, 57, note Ripert ; S. 1930, 1, 121, note Esmein ; Grands arrêts de la jurisprudence civile, vol. II, n° 193. Cet arrêt marque la naissance de la

instaurait une responsabilité sans faute du fait des choses. La solution a plus un caractère opportuniste et contingent que réellement pertinent, même si la majorité de la doctrine penchait déjà en faveur de la qualification contractuelle »⁵¹⁹. À cela s'ajoute un système de santé de plus en plus encadré comme en témoignent les multiples lois. Aussi l'intrusion de plus en plus fréquente de la loi dans la formation du contrat ne remet-elle pas en cause la qualification contractuelle de la relation existante entre le patient et son médecin amenant à se poser la question de l'existence même du contrat médical ?

Afin d'envisager cette interrogation et tenter d'y répondre, l'on démontrera que le contrat médical déroge aux règles contractuelles en ce qui concerne sa formation (A) et que par ailleurs, les obligations légales et jurisprudentielles suppléent le contenu du contrat (B).

A – Le contrat médical déroge aux règles contractuelles en ce qui concerne sa formation

Bien que le contrat médical trouve son fondement dans l'arrêt Mercier, il apparaît très éloigné du contrat de droit civil. En effet, les conséquences de l'arrêt Mercier ont essentiellement été pragmatiques et avaient pour but de faire échapper la victime au délai de forclusion de l'action civile. Pour autant, peut-on affirmer que le contrat médical n'existe pas car il n'obéit pas aux règles contractuelles lors de sa formation. Ainsi, il ne semble pas respecter un accord de volonté, règle essentielle de tout contrat (1), et il déroge au droit commun de l'obligation d'information (2).

reconnaissance par la jurisprudence d'une responsabilité générale du fait des choses sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil : le gardien de la chose est tenu d'indemniser les préjudices causés par sa chose, indépendamment de toute preuve de sa faute. La Cour de cassation a empêché l'application de ce type de responsabilité sans faute au médecin en reconnaissant l'existence d'un contrat qui exclut toute possibilité de mise en œuvre de l'une des responsabilités délictuelles issues des articles 1382 et suivants du Code civil. Mais la reconnaissance, à l'heure actuelle, d'une responsabilité contractuelle du fait des choses a rendu cette solution inopérante.

⁵¹⁹ GIRER, Marion, « Le consentement contractuel mythe et réalité », *RGDM* n° 13, 2004, p. 41-58.

1. Le contrat médical ne respecte pas l'accord de volonté

En matière contractuelle, le terme « consentement » revêt une double acception. Il désigne d'abord la manifestation de la volonté de chacune des parties. C'est avec cette signification que le mot consentement est employé lorsqu'on parle de « l'échange des consentements ». Pris dans son sens étymologique, le mot consentement désigne aussi l'accord, le concours de deux volontés, celle du débiteur qui s'oblige, celle du créancier envers lequel il s'oblige. Dans la conception française, le contrat naît de la rencontre des volontés qui fait naître une volonté nouvelle, celle de réaliser une opération commune qui est l'objet du contrat. C'est le nœud des volontés, le courant de confiance qui passe entre les parties qui forment le contrat. Mais pour que le contrat se forme, il faut que chacune des parties ait consenti à celui-ci et qu'elle ait eu l'aptitude requise⁵²⁰. Par conséquent, si le contrat se définit de manière générale comme un accord de volontés destiné à créer des effets de droit⁵²¹, le consentement, au sein du contrat médical, apparaît alors comme une règle de protection pour le patient et une sorte de « verrou » contre l'impérialisme médical qui dans le domaine médical, s'exprime d'une manière particulière, à la fois dans son caractère libre et dans son caractère éclairé.

Or de nombreux indices convergent pour remettre en cause la nature contractuelle de l'obligation de soins. Parmi ces indices, l'étude de la notion de consentement au contrat médical est un point essentiel, d'autant plus que les exigences concernant le consentement (assentiment aux soins), issues de l'article 16-3 du Code civil, sont identiques, que l'on soit ou non dans une relation à caractère contractuel⁵²². Or le contrat médical ne semble pas respecter cet accord de volonté, en ce qu'il déroge à l'aptitude à consentir jusqu'à remettre en cause le caractère synallagmatique de la relation contractuelle.

⁵²⁰ TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves, *Droit civil, les obligations*, Paris, Dalloz, 10^e éd., 2009, p. 111.

⁵²¹ PORCHY-SIMON, Stéphanie, *Droit civil deuxième année. Les obligations*, Paris, Dalloz, coll. « Hyper Cours », 2^e éd., 2002, n° 27.

⁵²² En effet, la relation de soins ne peut pas être qualifiée de contractuelle dans un certain nombre d'hypothèses : urgence ou patient inconscient (impossibilité de recueillir son consentement), acte effectué au sein d'un service public de santé (le patient est alors usager du service public de santé), médecin salarié d'un établissement de santé (le contrat peut être conclu avec l'établissement mais pas avec le médecin)... Ce découpage nuit à la cohérence du système de responsabilité médicale.

1.1 Le contrat médical déroge à l'aptitude à consentir

Avant l'arrêt Mercier de 1936, la jurisprudence avait déjà retenu l'existence d'un contrat médical dont l'objet était l'organisation matérielle des soins⁵²³. Dans ce cas précis, le patient et le médecin échangeaient effectivement leur consentement et s'engageaient pour l'un à se déplacer en temps et en heure au chevet du malade ou à le recevoir dans son cabinet, et pour l'autre à payer les honoraires dus au professionnel. L'existence du consentement ne faisait aucun doute au regard de la dimension scientifique de la relation.

Si l'on admet que la relation de soins se traduit juridiquement par l'existence d'un contrat, force est de constater que l'on doit appliquer le corpus des principes contractuels à ce contrat médical, qui n'est qu'une catégorie particulière de contrat civil. Comme le précise le Code civil il est de l'essence même des conventions d'exiger un consentement libre, exempt de vices⁵²⁴. Pour que le contrat puisse valablement se former, il faut que chacune des parties ait consenti et qu'elle ait eu l'aptitude requise à consentir⁵²⁵, c'est-à-dire être en mesure d'émettre une volonté véritable.

Or il semble que ces règles soient inadaptées à la spécificité de la relation médicale, certaines d'entre elles n'ayant d'ailleurs jamais fait l'objet d'application au contrat médical. En effet, s'il est certain qu'un accord de volontés a lieu chaque fois que le patient consulte son médecin, en revanche, il n'est pas clairement établi que ce consentement porte bien sur la prestation de soins elle-même, ni que les parties soient totalement libres de l'exprimer. Ainsi, la validité du consentement à l'obligation de soins n'est pas toujours acquise.

De plus, le consentement à l'acte médical présente une particularité qui ne se retrouve dans aucun autre domaine contractuel : le patient, partie au contrat, a la possibilité de retirer son consentement à tout moment. Ce droit de rétraction constitue une dérogation originale aux principes contractuels traditionnels : s'il est justifié notamment par le principe de respect de l'intégrité corporelle, ne remet-il pas cependant en cause la force juridique du consentement et, par suite, sa qualification contractuelle.

⁵²³ La jurisprudence était acquise bien avant l'arrêt Mercier : req., 21 août 1839, S. 1839, 1, 663. Décision confirmée par Cass. civ., 8 février 1932, DH 1932, 202-Montpellier, 12 décembre 1932, DH 1933, 1, 119.

⁵²⁴ Articles 1109 et suiv. du Code civil.

⁵²⁵ TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves, *Op-cit.*, p. 111.

a) L'exigence impossible d'un consentement libre de chacune des parties

Le principe d'autonomie de la volonté sur lequel repose la construction de l'édifice contractuel proclame la liberté contractuelle, selon laquelle les parties sont libres de contracter ou de ne pas contracter, ce qui implique que le consentement au contrat soit donné de manière totalement libre. Or en droit médical, il n'est pas certain que le consentement aux soins de chacune des parties puisse respecter cette règle contractuelle fondamentale.

En effet, la liberté de consentir du patient comme du médecin, en ce qui concerne le choix du cocontractant n'est pas totale.

En ce qui concerne le patient, ce dernier, se trouve en situation de faiblesse, physique ou mentale, qui le place en position d'infériorité. Il peut être qualifié juridiquement de personne vulnérable. Pour autant, peut-on assimiler cette position à un état de contrainte ?

Dans le cadre de l'organisation matérielle des soins, le patient doit essentiellement se prononcer sur le choix du médecin régi par un principe fondamental de la législation sanitaire consistant dans une liberté de choix⁵²⁶, et deux situations sont alors envisageables. Soit le patient est dans un réel état de faiblesse qu'il ne peut pas exprimer de consentement, alors, aucun contrat ne peut prendre naissance, de telle sorte que l'autonomie de la volonté n'est pas atteinte. Soit il est suffisamment lucide pour exprimer son choix et la liberté du consentement est respectée, puisque le libre choix est garanti par la loi⁵²⁷. Le caractère libre du consentement est alors acquis.

Dans le cadre de la prestation de soins proprement dite, exception faite des interventions de confort, le plus souvent esthétique, le patient recourt aux services du médecin en raison d'une souffrance, physique ou morale, qui le contraint à recevoir des soins⁵²⁸. Le choix de consulter un médecin est, par conséquent, rarement libre puisque dès l'instant où le patient est malade, il se trouve dans une situation de contrainte qui l'amène à se faire soigner. Sa liberté de contracter est atteinte par la nécessité thérapeutique⁵²⁹ qui rend inévitable la

⁵²⁶ Article L. 1110-8 du Code de la santé publique : « Le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé est un principe fondamental de la législation sanitaire ».

⁵²⁷ Ce libre choix connaît cependant des limites tenant notamment à l'organisation des services d'urgence ou encore au système du médecin référent.

⁵²⁸ Le patient dispose d'un droit au refus de soins, renforcé par la loi du 4 mars 2002, dont la conséquence est qu'il ne peut jamais être contraint.

⁵²⁹ L'état de contrainte dans lequel se trouve le patient est l'une des conditions mêmes de validité du consentement. En effet, en vertu de l'article 16-3 du Code civil, « il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ».

conclusion du contrat médical. Il ne s'agit certes pas d'un vice du consentement tel que le définit le Code civil, mais cette situation de faiblesse et de contrainte pose la question de la réelle volonté du patient au moment de la conclusion du contrat médical.

Quand au médecin, tenu par le serment d'Hippocrate, il ne semble pas, également, bénéficier d'une totale liberté de contracter, puisqu'il est déontologiquement obligé d'intervenir et ne peut laisser un patient sans soins. Sa liberté varie en fonction du cadre considéré.

En matière d'organisation matérielle des soins, il dispose d'une certaine liberté car il peut valablement refuser, par exemple, qu'un patient fasse partie de sa clientèle habituelle ou il peut fixer librement les horaires de visite et de consultation.

En revanche, sa liberté de consentir à la prestation de soins est limitée par son obligation professionnelle de délivrer les soins, notamment lorsque ceux-ci sont urgents. Sa seule possibilité est de refuser d'intervenir personnellement si cela ne met pas en danger le patient et si la continuité des soins est assurée.

Dans ce cas précis, l'obligation déontologique est plus forte que l'exigence de consentement ; il est tenu par cette obligation de soins même s'il n'a pas donné son consentement à la convention.

Le contrat médical reposerait alors sur un principe original, puisqu'il pourrait être juridiquement valide alors que l'une des parties, le patient, se trouve dans un état de contrainte et que l'autre partie, le médecin n'est pas véritablement libre de donner son consentement.

Enfin, le contrat médical présente une deuxième originalité, puisque l'accord du patient est révocable à tout moment, sans exception, ce qui est difficilement explicable au regard des règles contractuelles traditionnelles.

b) La possible révocabilité unilatérale du contrat médical

En droit commun des obligations, le postulat de l'autonomie de la volonté implique qu'une fois son consentement librement exprimé, les parties contractantes sont tenues de respecter leurs engagements. C'est la force obligatoire du contrat. Par ailleurs, le droit commun des contrats est structuré autour d'une règle essentielle issue de l'article 1134 du

Code civil selon lequel *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* : dès lors, seul l'accord des parties peut défaire le lien contractuel.

Or le contrat médical, fait là aussi figure d'exception, puisque le patient n'est pas lié de manière définitive. Jusqu'au début de l'exécution de l'acte de soins, il est totalement libre de révoquer son consentement, et il s'agit là d'un principe essentiel qui ne peut être transgressé. Le médecin est tenu d'un « devoir de retrait » : il doit cesser d'agir dès que le patient le lui demande. Ce respect de la volonté du patient est renforcé par l'article L. 1111-4, alinéa 1^{er}, du Code de la santé publique, issu de la loi du 4 mars 2002, qui dispose que *toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé. Par ailleurs, l'alinéa 3 précise : aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment. C'est le principe de protection de l'intégrité corporelle.*

D'un point de vue contractuel, le patient peut revenir sur la parole donnée, remettant ainsi en cause l'effet obligatoire du contrat. Toutefois, il est à noter que ce n'est pas le consentement au contrat qui est retiré, mais seulement, l'assentiment donné par le patient à l'acte médical lui-même. Par ailleurs, comme cela fut évoqué précédemment, le contrat médical est un contrat à exécution successive ce qui est une règle désormais acquise en doctrine et en jurisprudence pour ce type de contrat. En effet, le droit prohibe les engagements perpétuels et autorise la résiliation de tout contrat à durée indéterminée, quel qu'il soit⁵³⁰.

Enfin, cette libre révocabilité peut être justifiée par le nécessaire respect des droits fondamentaux du sujet. En effet, l'assentiment est nécessaire à chaque nouvel acte, *parce que l'intangibilité du corps humain s'impose et rend nulle toute acceptation préalable, générale, imprécise, aux interventions* ; le nécessaire respect de l'intégrité corporelle du patient et de sa liberté de choix exige la possibilité de rompre la relation médicale dès l'instant où l'esprit refuse l'atteinte au corps, et cette liberté du patient ne peut être remise en cause sous peine de porter gravement atteinte aux droits fondamentaux de la personne. Ainsi, puisque la libre révocabilité est justifiée par le recours à des principes extérieurs à la sphère contractuelle qui transcendent la relation médicale et trouvent leur source dans un ordre supérieur, force est de conclure que le cadre contractuel devient inutile, voire

⁵³⁰ Cass. 1^{re} civ., 11 juin 1996, Contrats, conc. Consom., 1996, n° 164, Conseil constitutionnel, décision n° 99-419, 9 novembre 1999, JO, 16 novembre 1999, p. 16962.

inadapté. En effet, le consentement n'est pas exigé en vertu des règles contractuelles, mais d'abord et avant tout parce qu'il s'agit d'un droit fondamental de l'individu rendant la référence au contrat inutile.

La seule justification opérante de manière générale à la libre révocabilité du consentement est la référence aux droits fondamentaux de la personne et non l'utilisation d'une règle issue des principes contractuels traditionnels. En cela, il est fait référence à la particularité du possible refus de soins, dont dispose le médecin, ce qui rend par conséquent la souveraineté du patient comme non absolue.

Le refus de soins médicaux conduit dans le cadre du droit des obligations à une absence de consentement, qui devrait dans tous les cas aboutir à l'absence de contrat médical et donc de prestation de soins. Cependant, ce refus de soins entre en contradiction avec l'obligation légale et déontologique faite au médecin d'intervenir et de soigner.

L'absence de consentement empêche la formation du contrat médical. Or le respect de l'autonomie de la volonté implique l'impossibilité, pour le médecin, d'intervenir tant qu'il n'a pas obtenu l'accord du patient. Il en est ainsi que le refus du patient concerne le consentement proprement dit, visant à la formation du contrat médical, ou son assentiment, autorisant l'exécution de la prestation de soins.

Le consentement est la pierre angulaire de l'édifice contractuel. Ainsi la logique contractuelle poussée à l'extrême oblige le médecin à respecter la volonté du patient tant qu'il lui reste une parcelle de conscience. Si la relation médicale s'insère dans un cadre contractuel, le respect du droit des obligations implique un respect sans concession du refus de soins.

Pour autant, au plan humain et médical, il est difficile d'empêcher le médecin d'intervenir car il a pour mission de soigner et non de laisser mourir, et le refus de soins peut parfois conduire à une demande de mort indirecte. La jurisprudence a admis une certaine limite à l'autodétermination du patient alors qu'il existe une urgence vitale immédiate reconnaissant au médecin un pouvoir d'appréciation et d'intervention si les soins sont indispensables à la survie et proportionnés⁵³¹. Cette reconnaissance procède de la philosophie française de refus d'appropriation du corps humain. Ainsi, si le patient dispose d'un droit au respect de l'intégrité corporelle, il ne peut pas être considéré comme véritable

⁵³¹ CAA, Paris, 9 juin 1998, D. 1999, juris., p. 277, note G. Pélissier ; RFDA 1998, 1231, concl. HEERS ; *Les Petites Affiches*, n° 81, 23 avril 1999, obs. G. Mémeteau-CE, 26 octobre 2001, *AJDA*, 2002, 259, note M. Deguerge ; RFDA, 2002, 1146, concl. D. Chauvaux, note D. De Bechillon ; JCP, éd. G, 2002, II, 10025, note J. Moreau ; *RDSS*, 2002, 1, 41, note L. Dubouis ; *Les Petites Affiches*, n° 11, 15 janvier 2002, p. 18, note C. Clément.

propriétaire de son corps et sa volonté reste soumise à certains principes d'ordre public. Il faut nécessairement trouver un équilibre entre l'obligation pour le médecin de sauver la vie et son obligation de respecter la volonté du malade.

Ainsi, le patient dispose-t-il de deux types de pouvoirs, un actif qui lui permet de prendre les décisions relatives à son corps et un négatif en vertu duquel il peut s'opposer à toute atteinte et refuser les soins qu'elles qu'en soient les conséquences. Mais ces deux pouvoirs trouvent leur limite dans la défense de la dignité de la personne humaine qui implique une défense de la personne contre elle-même. La souveraineté du patient apparaît alors, comme n'étant pas absolue.

Comment comprendre au regard des principes contractuels que le médecin soit admis à prodiguer ses soins malgré le refus exprès du patient, et plus largement, comment justifier que la souveraineté du malade ne soit pas absolue ?

Pour cela, il faut considérer que le contrat médical ne peut porter que sur l'organisation matérielle des soins et que l'obligation aux soins, quant à elle, ne trouve pas sa source dans la volonté des parties, mais dans un ordre juridique supérieur. Seule la référence à cet ordre supérieur justifie l'intervention du médecin : elle rend inutile tout recours à la qualification contractuelle.

Toutefois, la loi du 4 mars 2002 a, en principe mis fin à ce conflit, puisque le nouvel article L. 1111-4⁵³² du Code de la santé publique oblige clairement le médecin à respecter le refus de soins du malade, même si la vie de son patient est en danger, dès lors que le malade a clairement été informé des risques encourus.

Le législateur a semble-t-il tranché en faveur d'un respect « total » du consentement du malade, ce qui permet dans le secteur privé une adéquation des principes contractuels généraux avec le droit médical spécifique. L'exigence du caractère libre du consentement permet de mettre en avant l'existence de nombreux indices défavorables à la qualification contractuelle de la relation de soins, manifestant au mieux une inutilité du contrat médical et au pire une totale incompatibilité entre la spécificité de la relation médicale et le cadre contractuel.

Enfin, le caractère synallagmatique du contrat peut-être remis en cause.

⁵³² Article L. 1111-4, alinéa 2, du Code de la santé publique : « Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables ».

1.2 La remise en cause du caractère synallagmatique du contrat médical

Les obligations, sont une des raisons du contrat, quel qu'il soit. Dans le cadre du contrat médical, bien que largement passées sous silence dans les textes publiés depuis 2002, elles doivent souvent être rappelées aux patients dans leur contrat. Le contenu des clauses de ces contrats doit être, également, adapté aux formes d'exercice de la médecine, individuelle ou en équipe, au caractère chronique ou non de la pathologie et donc du traitement. Pour autant, tout ceci ne doit pas conduire les professionnels à ne pas respecter leurs obligations, essentiellement l'obligation d'information continue du patient et de recueil préalable de son consentement avant tout acte de soins ou traitement nouveau⁵³³. Il est toutefois à noter que l'essentiel des obligations, depuis la loi du 4 mars 2002, pèse sur le médecin et non le patient, ce qui amène à s'interroger sur le caractère synallagmatique du contrat médical. En effet, alors que les obligations du patient sont réduites à une obligation de collaboration et de rémunération, le médecin est tenu, quant à lui, de recueillir le consentement aux soins ; pour cela il doit délivrer l'information nécessaire, il est tenu au secret médical, au respect de l'intégrité physique du patient, enfin il est dans l'obligation d'apporter des soins consciencieux, attentifs et de qualité. Comme cela fut évoqué précédemment il est tenu à la fois à une obligation de résultats, dans certains cas, et de moyens, systématiquement.

La remise en cause d'un accord de volonté au sein du contrat médical n'est pas le seul obstacle à la qualification contractuelle de ce contrat. Ainsi, subsiste au sein du contrat médical un déséquilibre dans la force juridique de l'obligation d'information qui serait de nature à remettre en cause l'existence du contrat dans la relation entre le patient et le médecin.

⁵³³ , On ne peut s'empêcher de faire un rapprochement entre cette formalisation volontaire des contrats médicaux ou de soins et la formalisation obligatoire des contrats de séjours dans les services et établissements sociaux ou médicosociaux imposée par la loi n° 2002-2, du 2 janvier 2002.

2. Le contrat médical entraîne un déséquilibre dans la force juridique de l'obligation d'information

L'obligation de donner l'information, constitue la deuxième obligation à laquelle est tenu le médecin. Puisqu'il est exigé de la part du patient un consentement libre et éclairé, le médecin est tenu à une obligation d'information qui permettra d'obtenir ou non le consentement du patient aux soins, et donc la réalisation de l'acte thérapeutique, objet du contrat médical, par la mise en œuvre de l'ensemble des données acquises de la science mises à l'entière disposition du patient. L'obligation d'information par le médecin est le préalable à tout consentement. Or, si l'obligation d'information est un principe général du droit des obligations, le patient se trouve, quant à lui, dans un rapport de force déséquilibré face au médecin.

2.1 L'obligation d'information, principe général du droit des obligations

Le particularisme de l'obligation d'information en est la preuve, puisque l'obligation d'information dépasse la relation contractuelle⁵³⁴. S'il y a contrat cette obligation d'information intervient-elle préalablement à la formation de celui-ci (ce qui conduirait à réfléchir à l'hypothèse d'un constat de conseil précédant le constat médical, si l'on ne se satisfait pas de la notion de pourparlers), ou bien en cours d'exécution ? Ce qui ferait du médecin qui doit réaliser l'information, un futur contractant ou un contractant ayant conclu, si l'information délivrée est postérieure à l'acte médical⁵³⁵, ce qui aurait pour effet de prolonger l'effet du contrat en cas de risques nouveaux.

Par ailleurs, sans information, la personne pourrait consentir à une atteinte à son corps. L'article L. 1111-2 du nouveau Code de la santé publique est présenté comme exprimant un droit de tout usager du système de santé, contractant ou non, ce qui en ce domaine, pourrait suggérer d'abandonner le visa de l'article 1147 du Code civil si l'on ne savait que l'obligation légale s'intègre dans le contrat accepté par les parties et lorsqu'il y a contrat, devient une obligation contractuelle : « Ce sont toutes les obligations qui résultent du contrat, soit par la volonté des contractants, soit en vertu de la loi, qui justifient

⁵³⁴ Ce qui était exprimé par l'arrêt du 28 janvier 1942.

⁵³⁵ Art. L. 1111-2-1 du Code de la santé publique.

l'application de la responsabilité contractuelle en cas d'inexécution »⁵³⁶. Cela dit, l'obligation d'information n'appartient pas au seul droit médical, même si cette discipline livre des occasions privilégiées de la rappeler et d'en préciser les contours. Il s'agit d'un principe général du droit des obligations (et de la consommation)⁵³⁷ et il n'est que juste d'ajouter qu'il s'impose à tout contractant mieux informé que son partenaire⁵³⁸.

Le médecin doit fournir à son patient une information loyale sur les nécessités et les risques de l'acte, sauf cas d'urgence ou d'impossibilité. Par ailleurs, il est exigé de la part du patient un consentement libre et éclairé. Pour cela le médecin est tenu à une obligation d'information. Mais le patient a-t-il matériellement la possibilité d'exprimer un consentement réellement éclairé. Le caractère hybride de cette obligation transparaît à travers la difficulté d'en définir précisément les sources et qui explique que le patient ne se trouve pas dans un rapport de force équilibré face au médecin.

2.2 Un équilibre contractuel difficile à atteindre

En ce qui concerne l'organisation matérielle des soins, le patient consent de manière éclairée à l'organisation matérielle des soins, puisqu'il choisit tel ou tel praticien en fonction de sa personnalité et fixe les modalités matérielles de la consultation. Il est apte lui-même à apprécier les critères sur lesquels il souhaite faire reposer son choix.

En ce qui concerne la prestation de soins elle-même et le contrat médical, dans le cadre du contrat conclu entre un médecin généraliste et son patient, il s'agit d'une prise en charge globale.

Par conséquent, comment « éclairer » le patient alors que l'acte de soins et le traitement ne sont pas très clairement définis ? Le contenu du contrat médical n'est pas encore connu lors de la conclusion de la convention. L'information ne peut intervenir qu'au fur et à mesure des actes réalisés ; elle ne se situe plus au moment de la formation du contrat, mais dans le temps d'exécution du contrat.

Par ailleurs, le patient n'est pas à même d'évaluer les réelles compétences techniques et scientifiques du médecin. Or ce sont là les qualités dont dépend l'exécution de

⁵³⁶ FLOUR, Jacques, AUBERT, J.-Luc., FLOUR, Yvonne, SAVAUX, Éric, *Les obligations*, t. III, Le rapport d'obligation, Paris, A. Colin, éd. 1999, n° 180.

⁵³⁷ DE JUGLART, Michel, « L'obligation de renseignement dans les contrats », *RTDC*, 1945, 1 ; M. Fabre-Magnan, *op. cit.*

⁵³⁸ EVIN, Claude, thèse, *op. cit.*, p. 338.

l'obligation principale de soins. Par conséquent, le patient ne peut donner un consentement parfaitement éclairé. L'objectif premier de l'obligation d'information, consistant dans la volonté d'équilibrer la relation, ne peut être atteint par ce biais.

2.3 Des dérogations

L'obligation d'information présente un aspect original au regard du devoir auquel est soumis le médecin (le débiteur) puisqu'il dispose, d'un « privilège thérapeutique » qui lui permet de dissimuler dans certains cas exceptionnels des renseignements relatifs à l'état de santé du patient ou à l'évolution de son mal.

Cette dérogation au droit commun des obligations, autorisant un débiteur dans des hypothèses particulières à ne pas remplir son obligation sans encourir aucune sanction, marque encore la spécificité de la relation médicale et son inadaptation à la forme contractuelle, spécificité à laquelle vient s'ajouter celle d'un défaut d'information sanctionné de manière particulièrement originale qui s'affranchit des sanctions contractuelles traditionnelles.

a) La possibilité de dissimulation de l'information par le débiteur

La jurisprudence tant administrative que civile, reconnaissait dans des termes identiques des hypothèses de dérogation à l'obligation d'informer en cas d'urgence et d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé. Ceci ne pose aucun problème au regard des principes contractuels, car, d'une part aucun contrat n'est formé en cas d'urgence faute de pouvoir obtenir le consentement du patient, et, d'autre part, il est admis que le créancier d'un droit puisse valablement y renoncer⁵³⁹.

Cette hypothèse d'impossibilité recouvre également la faculté reconnue au médecin de dissimuler au patient un pronostic ou un diagnostic grave ou fatal, en application des dispositions de l'article 35, alinéa 2, du Code de déontologie médicale⁵⁴⁰, et ce dans l'intérêt du patient⁵⁴¹.

⁵³⁹ Sauf à admettre qu'il s'agit d'un droit d'ordre public auquel son titulaire ne peut renoncer.

⁵⁴⁰ Article 35 du Code de déontologie médicale : *Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension.*

Au plan médical, ce « privilège thérapeutique » apparaît justifié par un souci d'humanisme et de préservation du moral du patient. Les juges admettent que le médecin puisse se taire lorsque la révélation de la vérité serait de nature à traumatiser le patient et à compromettre les chances de réussite du traitement ou à accélérer l'issue fatale de la maladie.

En revanche, cette « rétention thérapeutique de l'information » semble beaucoup plus contestable au regard des principes contractuels, qui privilégient la défense d'un certain équilibre entre les prestations. L'information fournie au patient a pour but de lui permettre de faire des choix, d'évaluer la balance entre risques et bénéfices et de décider en conséquence d'accepter ou de refuser une atteinte à son propre corps. Or s'il n'est pas correctement informé, son consentement éventuel perd toute sa valeur et ne devrait, en principe, pas avoir une force suffisante pour former un contrat valable.

Le raisonnement médical est tout autre, puisqu'il est admis que le contrat est valablement conclu alors même qu'une partie de l'information a été dissimulée, à condition qu'elle le soit dans l'intérêt du patient. C'est ôter à l'autonomie de la volonté une partie de sa force et parallèlement c'est introduire un vice dans l'expression du consentement. Ce qui en droit des obligations, devrait se traduire par une nullité du contrat. Cette rétention d'information est donc incompatible avec la qualification contractuelle de la relation de soins, et le pouvoir ainsi attribué au médecin rompt l'équilibre contractuel et se satisfait mal de ce cadre contractuel.

b) La particularité de la sanction du défaut d'information

L'obligation d'information pèse de façon identique sur le médecin qu'il exerce en secteur privé ou en secteur public.

Le rapprochement antérieur des jurisprudences des deux ordres de juridiction a été consacré par la loi du 4 mars 2002 qui impose des règles uniformes quel que soit le cadre de

Toutefois, sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-7, dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves, sauf dans les cas où l'affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination. Un pronostic fatal ne doit être révélé qu'avec circonspection, mais les proches doivent en être prévenus, sauf exception ou si le malade a préalablement interdit cette révélation ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite

⁵⁴¹ L'intérêt du patient doit être apprécié « en fonction de la nature de la pathologie, de son évolution prévisible et de la personnalité du malade » : Cass. 1^{re} civ., 23 mai 2000, JCP, éd. G, 2000, II, 10342.

la relation médicale : la sanction du défaut d'information est gouvernée par des principes communs.

Au plan de la charge de la preuve, la loi du 4 mars 2002 a consacré les règles adoptées par les juges administratifs et civils : la charge de la preuve de l'information pèse sur le débiteur de cette information, c'est-à-dire le médecin⁵⁴².

Cette règle probatoire est identique, que le fondement de l'obligation soit légal ou contractuel : la qualification est dépourvue d'intérêt sur ce point.

En revanche, les modes de sanction du défaut d'information adoptés par la jurisprudence laissent transparaître non plus une simple inutilité, mais une réelle incompatibilité avec les règles du droit des obligations. En effet, le défaut d'information devrait en principe, ôter au consentement son caractère éclairé et donc sa validité. La sanction ordinaire de l'absence de validité du consentement en droit contractuel est la nullité du contrat. Or cette sanction n'est jamais prononcée en droit médical. Il est vrai que les patients demandeurs en indemnisation n'ont aucun intérêt à plaider la nullité du contrat médical, car celle-ci résulte, en général, d'une faute intentionnelle du médecin, ce qui exclut le recours à l'assurance, et rend le professionnel peu solvable.

Les juges sanctionnent traditionnellement le défaut d'information par la perte de chance, ce qui est un mode de sanction inadapté, une voie médiane destinée à réparer la perte d'une possibilité de choix. Il s'agit là d'une règle originale au regard des principes contractuels.

Pour autant, il n'est pas certain que le caractère éclairé du consentement soit réellement obtenu dans tous les cas et que par conséquent, l'équilibre contractuel soit atteint.

Si la dérogation à certaines règles contractuelles peut amener à s'interroger quant à l'existence du contrat médical, la loi et la jurisprudence encadrant particulièrement la relation médecin patient ne suppléent-elles pas, quant à elles, à l'obligation contractuelle, remettant en cause, à leur tour l'existence du contrat ?

⁵⁴² La charge de la preuve a connu une évolution importante en jurisprudence. Cass. 1^{re} civ., 29 mai 1951, S. 1953, 1, p. 41 ; D.1952., juris., p. 53 ; JCP, éd. G, 1952, II, 6421 : la charge de la preuve du défaut d'information pèse sur le patient, demandeur à l'action. Revirement de jurisprudence : Cass. 1^{re} civ., 25 février 1997, D. 1997, somm., p. 319 ; *Gazette du Palais*, 1997, 2 juris., p. 2774 – CE, 5 janvier 2000, JC, éd. G, 2000, II, 10271, note J. Moreau, la charge de la preuve incombe au médecin.

B – Les obligations légales et jurisprudentielles suppléent le contenu du contrat

La volonté du patient et son corollaire, l'obligation d'information sont des préalables à la constitution de tout contrat. Ils sont qualifiés de fondamentaux, et parce qu'ils sont fondamentaux, sont exercés, aussi bien en établissement public de soins qu'en établissement de santé privé. Par conséquent, ils ne peuvent apparaître comme une spécificité puisqu'ils existent au-delà de la relation contractuelle et amènent à se poser la question d'un contenu du contrat qui serait suppléée par des obligations légales et jurisprudentielles.

1. La prééminence de la volonté du patient préexiste au contrat

La volonté du patient (1) et son corollaire, l'obligation d'information (2) sont des préalables à la constitution de tout contrat. Ces droits qualifiés de fondamentaux, première spécificité, existaient bien avant que soit mis en exergue le contrat entre le patient et son médecin.

1.1 La prééminence de la volonté des patients, une affirmation jurisprudentielle préexistante au contrat

L'obligation de respecter la volonté du malade préexiste à l'émergence du contrat médical. En effet, cette obligation fut consacrée tout d'abord par quelques décisions jurisprudentielles⁵⁴³ et la majorité des décisions jurisprudentielles et des règles législatives sont postérieures à 1936, donc à l'arrêt Mercier. « Nous ne nions pas que la reconnaissance du modèle contractuel ait eu une influence sur l'affirmation du respect de la volonté du malade, en ce qu'elle a permis une prise de conscience de l'importance du principe, eu égard aux droits intangibles de la personne sur son corps, mais nous soutenons quelle aurait eu lieu même en l'absence de cette reconnaissance. À l'origine, « le consentement à l'acte médical n'a pas été conçu dans cette perspective » (contractuelle), mais comme une

⁵⁴³ T. corr. Lyon, 15 décembre 1859, D.P. 1859, 3. p. 88 – T. civ. Liège, 27 novembre 1889, D.P. 1891, 2, p. 281.

« application d'un principe plus général de protection de la personne elle-même [...] »⁵⁴⁴.
L'exigence de consentement ne naît pas avec le contrat médical »⁵⁴⁵.

1.2 L'obligation d'information préexiste à l'émergence du contrat médical

Si l'on admet que l'obligation d'information est le corollaire du respect de la volonté, nous sommes donc dans l'obligation d'admettre que l'obligation d'information est née en parallèle avec l'obligation de recueil du consentement. L'obligation d'informer le malade préexiste à l'émergence du contrat médical puisque « l'obligation d'information a été d'abord formulée par la jurisprudence bien avant la reconnaissance du contrat médical »⁵⁴⁶. Quelques décisions jurisprudentielles antérieures à l'arrêt Mercier de 1936 imposaient l'information du malade en vue de l'obtention de son consentement⁵⁴⁷. Ainsi, dès 1906, les juges de la cour d'appel d'Aix-en-Provence retenaient la faute du médecin qui « avant de commencer ses investigations au moyen d'un agent dont il connaissait l'action nocive, n'a point avisé le malade des risques qu'il était exposé à courir »⁵⁴⁸.

Si cette jurisprudence montre bien que, l'obligation d'information, non seulement, ne naît pas avec le contrat médical, elle met en évidence, également, que cette obligation préexiste au contrat médical.

2. La prééminence de la volonté du patient persiste hors du cadre contractuel

Au-delà du cadre contractuel, les droits et obligations du patient ont été définis législativement, ce qui explique que le patient hospitalisé en établissement privé se verra appliquer les mêmes droits concernant sa volonté (1) et délivrer la même information liée à

⁵⁴⁴ Guignard, Laurence, *Les ambiguïtés du consentement à l'acte médical en droit civil*, *op. cit.*, spéc. p. 47.

⁵⁴⁵ Girer, Marion, *Contribution à une analyse renouvelée de la relation de soins, Essai de remise en cause du contrat médical*, coll. « Thèses », Les Études hospitalières, 2008, p. 260.

⁵⁴⁶ « Contrat médical », *Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies*, septembre 2003, p. 691, n° 49.

⁵⁴⁷ T. civ. lièges, 27 novembre 1889, *op. cit.* – CA Amiens, 14 février 1906, S. 1909, 2, p. 225, note E.-H. PERREAU – CA Aix, 22 octobre 1906, D. 1907, juris., p. 41, note A. MERIGNHAC ; S. 1909, 2, p. 321, note E.-H. PERREAU – CA Paris, 12 mars 1931, juris., p. 141, note J. Loup ; S. 1931, 2, p. 129, note E. PERREAU ; *Gazette du Palais* 1931, 1, p. 590 : faute du chirurgien en cas de défaut d'information préalable concernant une intervention chirurgicale sans finalité thérapeutique (atténuation d'une imperfection physique). V. également J. BELLISSENT, « Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat », *op. cit.*, n° 851 : « De longtemps, les tribunaux mettent une obligation d'information accrue à la charge du praticien qui recherche le consentement de son patient en vue d'un acte de soins déterminé ».

⁵⁴⁸ CA Aix, 22 octobre 1906, *op. cit.*

l'obligation d'information du médecin (2), que s'il était hospitalisé en établissement de santé public.

2.1 La prééminence de la volonté des patients, une affirmation législative récurrente

Il faut aujourd'hui distinguer entre volonté médicale et décision médicale. En effet⁵⁴⁹, le renforcement législatif des droits des malades a apporté une double modification au cadre général de la prise de décision médicale. D'une part, rompant avec la logique antérieure qui ne se fondait que sur le consentement du malade aux soins, il aboutit à consacrer une véritable codécision médicale ; d'autre part, il conduit à reconnaître un véritable droit du patient à refuser un traitement, fût-ce au péril de sa vie. En la matière, la législation est constante et récurrente.

a) Le consentement du patient, une affirmation législative récurrente

Le premier Code de déontologie médicale de 1947 affirmait que « le médecin doit s'efforcer d'imposer l'exécution de sa décision⁵⁵⁰, tandis que celui de 1995 exige que le consentement de la personne examinée ou soignée doive être recherché dans tous les cas⁵⁵¹.

Comme le note le Comité consultatif national d'éthique (CCNE), « On est passé en cinquante ans d'une société où le médecin imposait une conduite à un malade passif, présumé incapable de juger par lui-même et faisant confiance à une société où le médecin propose une conduite à un malade présumé apte à comprendre ce qu'on lui propose et à faire des choix »⁵⁵². Ainsi l'impératif déontologique s'est doublé d'une affirmation jurisprudentielle⁵⁵³ puis législative, et de nombreux textes déclinent cette obligation de recueillir le consentement du malade ou du patient avant toute intervention ou examen⁵⁵⁴.

⁵⁴⁹ Voir *supra*.

⁵⁵⁰ Code de déontologie, 1947, article 30.

⁵⁵¹ Code de déontologie, 1995, article 36.

⁵⁵² CCNE, Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soins ou de recherche, avis n° 58, 12 juin 1998, p. 7.

⁵⁵³ Req. 28, janvier 1942, D. 1942-3.

⁵⁵⁴ Outre en droit interne l'article 16-3 du Code civil, différents instruments internationaux ou européens rappellent cette obligation : art. 7 du Pacte onusien de 1966 sur les droits civils et politiques, art. 5 Convention

En dernier lieu, le Code de la santé publique, dans sa version issue de la loi Kouchner, affirme que « le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix... Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment »⁵⁵⁵.

b) La consécration de la volonté du patient en dehors de tout contrat

Le médecin a pendant très longtemps été placé dans la position de celui qui décide, le détenteur de la science face au profane, celui qui sait et qui prendra la décision que son art exige. À cette conception paternaliste s'oppose l'autonomie du patient. C'est par un contrat librement consenti qu'il confère au médecin le pouvoir de soins.

La loi du 4 mars 2002 a dépassé la notion de consentement au profit de l'affirmation nouvelle de la codécision médicale⁵⁵⁶. La rédaction de l'article L. 1111-4, alinéa 1 du Code de la santé publique est éclairante, en ce qu'elle entend faire participer le malade à la décision le concernant « Toute personne prend avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé ». Il s'agit là moins de consentir que de décider. Cette nouvelle conception est confirmée par l'affirmation de B. Kouchner précisant « le consentement ne doit plus être l'acceptation passive d'une décision prise par un autre. Il doit devenir l'expression d'une participation active du malade aux décisions qui le concernent, l'expression de responsabilité sur sa propre santé »⁵⁵⁷. Ce texte prévoit une véritable concertation entre le médecin et le malade en associant véritablement le patient à la décision médicale⁵⁵⁸. La volonté du malade est au cœur de la relation médicale et au fondement de la décision médicale. Elle constitue un incontournable de la relation de soins qui s'institue entre le médecin et le patient. Elle est nécessaire au-delà du contrat et quel que soit le lieu d'hospitalisation.

d'Oviedo de 1997 ; art. 3 de la Charte européenne des droits fondamentaux, laquelle est intégrée dans le traité de Rome relatif à la Constitution européenne.

⁵⁵⁵ Art. L. 1111-4 al. 2 et 3 du Code de la santé publique.

⁵⁵⁶ La loi du 4 mars 2002 a introduit la notion de codécision médicale. « Toute personne prend avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé »⁵⁵⁶.

⁵⁵⁷ Kouchner, Bernard, *JOAN*, 3 octobre 2001, p. 5319.

⁵⁵⁸ DORSNER-DOLIVET, Annick, *Le consentement au traitement médical, une liberté fondamentale en demi-teinte*, RFDA, 2003-531.

L'on assiste à la prééminence de la volonté du patient quel que soit le statut de l'établissement de santé.

Ainsi, le médecin hospitalier est tenu, en raison de son statut de professionnel de santé, d'obtenir le consentement du patient et de respecter l'expression de sa volonté. Avant toute intervention portant atteinte à l'intégrité du corps humain, le consentement de la personne doit être recueilli, « quelle que soit la nature juridique de la relation établie entre le malade et le médecin ». Certaines décisions des juridictions administratives ont admis que le consentement libre du malade soit une liberté fondamentale de l'usager⁵⁵⁹. En effet, en l'espèce, une patiente a informé l'équipe médicale, tant oralement que par la signature d'une décharge de responsabilité, qu'en raison de ses convictions, elle refusait une transfusion sanguine. Se trouvant encore en service de réanimation elle soutient, sans être démentie, que les médecins ont procédé contre son gré à une transfusion sanguine, et qu'elle soutient qu'elle pourrait à nouveau faire l'objet d'une transfusion contre son gré. En l'absence d'éléments supplémentaires, les circonstances ne peuvent pas être regardées comme caractérisées par l'urgence qu'exige l'article L. 521-2 du Code de la justice administrative. Les dispositions de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique réglementent le principe de l'inviolabilité du corps humain qui se rattache au principe constitutionnel de la sauvegarde de la personne humaine et de la liberté individuelle. L'accomplissement d'un acte médical exige le consentement libre et éclairé du patient. En l'espèce, et alors qu'il n'est pas allégué par le défendeur que le refus de respecter la volonté de la patiente serait rendu nécessaire par un danger immédiat pour sa vie, l'absence de respect de la volonté de la patiente, personne majeure, par le centre hospitalier, constitue une atteinte grave et manifestement illégale à ces libertés fondamentales. Dans le cas présent, l'on a pu constater qu'aucun contrat ne liait le médecin à son patient puisque ce dernier n'était qu'un usager du service public. Ainsi, le respect de la volonté du patient doit s'imposer à tout médecin, quels que soient son statut et son lieu d'exercice, en tant qu'obligation professionnelle générale que le médecin exerce à titre libéral ou en milieu hospitalier, et liberté fondamentale de la personne.

⁵⁵⁹ TA Lille, référé, 25 août 2002, ord. n° 02-3138, D. 2002, juris., p. 2877, obs. J. Penneau ; R.T.D. civ 2002, p. 781, obs. J. HAUSER ; JCP ed G. 2003, II, 10098, obs. A. Lambert-Garrel, M. Flasaquier, B. PITCHO, F. VIALLA – CE., 16 août 2002, référé, ord. n° 249552, JCP ed G. 2002, II, 10184, note P. MISTRETTA ; *Les Petites Affiches*, n° 61, 26 mars 2003, note C. Clément. V. notamment S. Porchy-Simon, « Le refus de soins vitaux à l'aune de la loi du 4 mars 2002 », Resp. civ. et assur. décembre 2002, chron. n° 21, p. 4, spé. p. 9.

Il serait donc possible de soutenir que le pouvoir d'accepter ou de refuser⁵⁶⁰ un acte médical appartient à la personne de par sa seule qualité de patient et ce, sans nécessité d'un contrat, puisque différents textes illustrent ce droit au consentement⁵⁶¹. Auquel cas la référence à la qualification contractuelle devient superflue.

Il en est de même en ce qui concerne l'obligation d'information.

2.2 L'information du patient, une obligation récurrente au-delà du cadre contractuel

Non seulement le médecin hospitalier est tenu d'obtenir le consentement du patient avant toute intervention et de respecter l'expression de sa volonté mais il est également tenu à une obligation d'information⁵⁶², et ce, en raison même de son statut de professionnel de santé. Comme le souligne M. Girer⁵⁶³ « [...] le premier texte relatif à l'information du patient est issu de la réglementation de l'exercice de la médecine en secteur public. En effet, dès l'adoption en 1974 du décret relatif au fonctionnement des centres hospitaliers et hôpitaux locaux, il était précisé que le médecin chef de service ou les médecins du service doivent donner aux malades, dans les conditions fixées par le Code de déontologie, les informations sur leur état qui leur sont accessibles ; dans toute la mesure du possible, les traitements et soins proposés aux malades doivent aussi faire l'objet d'une information de la part du médecin »⁵⁶⁴. Il est donc fait également obligation au médecin hospitalier de délivrer une information aux patient sur son état de santé « et dans la mesure du possible sur les traitements et soins à mettre en œuvre ». Là aussi, le patient n'est pas un cocontractant du praticien mais bien un simple usager du service

⁵⁶⁰ Le médecin dispose de la faculté de refuser des soins. En effet, le contrat médical, inhérent à l'exercice libéral de la médecine, est fondé comme tout contrat sur l'autonomie de la volonté, et implique que le médecin est juridiquement libre de refuser des soins. En effet, hors le cas d'urgence et celui d'un patient bénéficiaire de la CMU⁵⁶⁰ un médecin a le droit de refuser ses soins pour des raisons personnelles ou professionnelles essentielles et déterminantes de la qualité, de la sécurité ou de l'efficacité des soins⁵⁶⁰. Il est à noter que cette faculté dont dispose le médecin n'est pas possible dans le cadre hospitalier public, puisque le médecin ne peut alors, en vertu de son statut et du statut du malade, d'usager du service public, refuser de prodiguer des soins.

⁵⁶¹ Article 16-3 du Code civil, article 7 du Pacte onusien de 1966 sur les droits civils et politiques, article 5 de la convention d'Oviedo de 1997, article 3 de la charte européenne des droits fondamentaux, laquelle est intégrée dans le traité de Rome relatif à la Constitution européenne.

⁵⁶² CE, 30 octobre 1974, affaire « Taze », *AIDA* 1975, n° 65 – CE., 29 janvier 1988, affaire « Labidi », *JCP ed G.* 1989, II, 21222, note G. MÉMETEAU.

⁵⁶³ GIRER, Marion, *op. cit.*, p. 262.

⁵⁶⁴ Article 41 du décret n° 74-27 du 14 janvier 1974 relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers et des hôpitaux locaux.

public. Avec la loi Kouchner du 4 mars 2002, l'exigence d'information devient une obligation générale du médecin que ce dernier exerce en secteur libéral ou en secteur hospitalier. La loi Kouchner affirme, aussi, que le médecin « doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables ». ⁵⁶⁵

Si certaines obligations du médecin et certains droits du patient se sont développés bien avant que le contrat soit reconnu, la législation est venue les conforter.

Ils persistent au-delà du contrat et sont de portée générale puisqu'applicables aussi bien pour le patient hospitalisé en établissement de santé privé que pour le patient hospitalisé en établissement de santé public. Ainsi, le devoir d'information du médecin est par essence le devoir d'un professionnel envers un profane, imposé par la loi afin de remédier à l'inégalité des parties. Le médecin est « un connaisseur face à un ignorant qui place en lui sa confiance » ⁵⁶⁶. On identifie alors un débiteur et un créancier de l'information.

a) Le médecin débiteur de l'obligation d'information

Lorsque cette convention est conclue entre le patient (ou son représentant) et le médecin, les parties sont clairement identifiées et chacune d'entre elles est personnellement tenue d'exécuter les obligations issues du contrat. Dès lors le médecin est le débiteur de l'obligation d'information. Cependant, la Cour de cassation a admis que lorsque le médecin est salarié d'un établissement privé de santé le patient conclut un « contrat de soins et d'hospitalisation » avec cet établissement et non directement avec le praticien ⁵⁶⁷, ce qui était la solution traditionnellement admise ⁵⁶⁸. Dans ce cadre, et sans présumer de ce qui sera abordé plus avant dans ce travail, l'établissement répond des fautes commises par ses substitués ou ses préposés. Dans le cas du médecin salarié, ce dernier devient débiteur de l'obligation d'information, auquel peut se substituer l'établissement de santé en cas de mauvaise exécution et de dommage subi par le patient.

⁵⁶⁵ Art. L. 1111-4. al. 2 du Code de la santé publique.

⁵⁶⁶ Letourneau, Philippe, *De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil*, D. 1987, chron., p. 101.

⁵⁶⁷ Cass. 1^{re} civ., 4 juin 1991, *Bull. civ. I*, n° 127, 185.

⁵⁶⁸ Cass. 1^{re} civ., 5 décembre 1978. D. 1980, juris., note J. PENNEAU.

Mais le problème se pose de façon plus complexe lorsque l'acte est réalisé par une équipe composée de plusieurs professionnels de santé⁵⁶⁹. Le législateur au sein de l'article L. 1111-2 alinéa 2 du Code de la santé publique, a donc précisé que l'information « incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables ». Chacun des intervenants est ainsi tenu de délivrer au malade l'information concernant les actes réalisés dans son propre domaine de compétence. Il existe une multiplicité de débiteurs de l'obligation d'information et il n'y a pas une information unique mais une information pour chaque professionnel de santé acteurs à des moments différents dans la réalisation de l'acte médical.

Le patient devient alors créancier de l'obligation d'information.

b) Le patient créancier de l'obligation d'information

Le patient prend les décisions concernant sa santé après avoir été personnellement informé par le professionnel de santé au cours d'un entretien individuel⁵⁷⁰. Le créancier de l'information est, alors, par principe le patient lui-même, puisque sa personne est engagée lors de la réalisation de l'acte, il est le « destinataire exclusif » de l'information « en raison du secret professionnel »⁵⁷¹. La qualité de créancier de l'information du patient est justifiée par son statut de profane et son ignorance légitime des données médicales.

Se pose alors la question du contrat conclu avec le médecin. Il s'agit d'une prise en charge globale, puisque le contenu du contrat n'est pas connu lors de la conclusion de la convention. L'information n'intervient qu'au fur et à mesure des actes réalisés. L'information ne se situe plus au moment de la formation du contrat mais dans le temps d'exécution de celui-ci.

On pourrait en conclure que le contrat est formé sans un consentement complètement éclairé, ou que le consentement ne peut être valablement donné que pour ce qui intéresse le côté matériel de la relation de soins.

⁵⁶⁹ Même si le législateur avait identifié le débiteur de l'obligation d'information dans des hypothèses bien spécifiques telles que par exemple, en matière de recherche biomédicale, puisque l'information est fournie par l'investigateur ou un médecin qui le représente (ancien article L. 209-9 du Code de la santé publique, article L. 1122-1 alinéa 1^{er} de l'actuel Code de la santé publique.

⁵⁷⁰ Art. L. 1111-2 al. 3 du Code de la santé publique.

⁵⁷¹ « Contrat médical », *Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologie*, n° 51.

Par ailleurs, le patient n'est pas à même d'évaluer les capacités techniques et scientifiques du médecin. Or ce sont là les qualités dont dépend l'exécution de l'obligation principale de soins. Dès lors, le patient doit bénéficier d'un devoir d'information permanent et ceci, qu'il soit patient d'un établissement d'hospitalisation public ou privé. Son état est le même quel que soit son environnement, il est un profane. Le contrat ne change rien à l'obligation de l'informer complètement et tout au long de la relation de soins.

Mais la volonté du patient et le droit à l'information en raison de leur caractère obligatoire s'imposent, et ce, même en dehors du contrat.

La loi du 4 mars dessine un jeu d'interactions entre la volonté du malade et l'obligation d'information qui pourrait se résumer en deux propositions. D'une part, l'information médicale permet la formation de la volonté du malade, d'autre part, la volonté du malade permet de limiter l'étendue de l'information médicale.

Le respect de la volonté d'accepter ou non l'acte médical est obligatoire quel que soit le lieu d'hospitalisation du patient, public ou privé. Il en est de même pour l'obligation d'information. En effet, l'exigence d'information s'impose donc comme une obligation générale, que le médecin exerce à titre salarié, libéral ou en milieu hospitalier. Elle est à ce titre indépendante de l'existence d'un lien contractuel. Dans ce cadre-là, ces droits fondamentaux que constituent le respect de la volonté du patient et le respect de son droit à l'information préexistent, au contrat. Ils sont également des droits du patient nécessaires à la formation du contrat et ont à ce titre une double appartenance. Droits nécessaires à la réalisation de l'acte médical et droits impératifs à la formation du contrat.

CONCLUSION DE LA SECTION I

L'examen de la relation de soins permet de mettre en avant l'existence de dérogations de plus en plus fortes au régime contractuel pour adapter les règles du contrat au domaine médical : gonflement du contenu contractuel par le juge qui utilise la technique de « forçage » du contrat⁵⁷², notamment. Ainsi, assiste-t-on à une importance de plus en plus grande des règles définies légalement, et ceci depuis l'adoption de la loi du 4 mars 2002⁵⁷³. Il existe plus d'exceptions que d'adéquations au droit des obligations en matière médicale.

Pour autant, le contrat médical est-il un contrat de droit privé ? et tout d'abord, est-ce un contrat ?

Classiquement, le contrat est un échange de consentement opéré par la rencontre de deux déclarations de volonté⁵⁷⁴. Son élément fondateur réside dans cette rencontre de ce que l'on nomme l'offre et l'acceptation⁵⁷⁵. Certes cette rencontre peut se préparer au cours de ce que l'on appelle les pourparlers et, à cet égard, l'on peut être dans l'embarras pour situer certains actes médicaux avant ou après la conclusion du contrat.

Ainsi, la délivrance de l'information médicale par le professionnel peut se placer aussi bien dans la période précontractuelle qu'en cours d'exécution du contrat déjà conclu, comme elle pourrait être l'objet d'un contrat autonome de conseil précédant le contrat médical à proprement parler (bien que cette hypothèse ne semble pas avoir été consacrée par la jurisprudence).

Le contrat se confond soit avec la sollicitation permanente du professionnel, soit avec l'offre incluse dans le prétendu contrat d'assistance, car l'engagement unilatéral de soigner autrui ne crée d'obligation à la charge de son auteur que s'il est accepté, ce qui forme le contrat.

⁵⁷² LEVENEUR, Laurent, « Le forçage du contrat », « Dossier : que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? », *Droit et patrimoine*, n° 58, mars 1998, p. 69.

⁵⁷³ Loi n° 2002-303, du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JO* du 5 mars 2002, n° 54, p. 4118.

⁵⁷⁴ CORNU, Gérard, *Regards sur le titre III du livre III du Code civil*, « Les Cours de droit », 1977, p. 190.

⁵⁷⁵ GHESTIN, Jacques., *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Paris, 3^e éd., LGDJ, 1993, n° 188.

Ensuite cet échange a pour objet de créer des obligations. L'article 1101 du Code civil l'affirme. Le contrat doit être exécuté et l'on ne peut que s'incliner devant l'article 1134 du Code civil, sauf à se demander si le contrat tire son caractère obligatoire de la volonté des parties ou de la loi ; une double lecture du texte est possible. C'est la confiance⁵⁷⁶ qui préside à la relation médicale. « La seule définition à la fois sincère et humble des échanges médicaux, envisagée sur un plan psychologique, s'exprime ainsi : tout acte médical normal n'est, ne peut être et ne doit être qu'une confiance qui rejoint librement une conscience »⁵⁷⁷ (c'est le courant du paternalisme médical).

En partant de ce propos, on arrive logiquement au contrat médical. La liberté de la confiance du malade est celle du contractant choisissant *intuitu personae* son partenaire dans une liberté que l'on ne fait que confirmer, en la qualifiant de principe fondamental de la législation sanitaire⁵⁷⁸. L'article L. 162-2 du Code de la sécurité sociale en fait un principe déontologique fondamental. L'autonomie de la volonté implique ce droit que le droit médical couvre d'ordre public, mais auquel celui de l'assurance-maladie apporte des tempéraments.

En effet, le médecin n'est pas obligé de contracter, sauf en cas d'urgence vitale et, alors, on n'ose plus affirmer que la relation est contractuelle. Hors ce cas, il peut refuser sans exprimer de motif, réserve prise du caractère discriminatoire de son comportement, voire invoquer une exigence, on dit « une clause » de conscience jouant au-delà de quelques expressions législatives.

Mais il y a toujours une offre et une acceptation.

L'offre est permanente, celle du professionnel proposant ses interventions aux clients éventuels ; l'acceptation est celle du client prenant acte de cette sollicitation.

Quant aux obligations, sans ignorer celles pesant sur le client, et sans revenir sur l'occasion volontairement manquée de confirmer la possibilité de conclusion du contrat de soins par une clinique privée, celles du médecin forment l'élément caractéristique du contrat médical : donner des soins consciencieux, attentifs et, réserve faite des circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science. L'obligation d'information,

⁵⁷⁶ Le contrat, écrit M. le doyen Carbonnier, est le vêtement de la confiance (Droit civil, t. IV, éd. 2000, p. 90).

⁵⁷⁷ PORTES, Louis, *À la recherche d'une éthique médicale*, Paris, Masson-PUF, 1964, p. 168 et s.

⁵⁷⁸ Art. L. 1110-8-1 du Code de la santé publique.

qui n'est pas propre au contrat médical, et pèse sur tout « contractant le mieux informé »⁵⁷⁹ ne sert qu'à préparer le choix de ces soins et n'est autonome que si la relation médicale se limite au diagnostic (elle est complétée par l'obligation de conseil).

Cette recherche d'une volonté informée est justement qualifiée de corollaire d'un modèle contractuel⁵⁸⁰, est indissociable de l'existence du contrat.

L'échange des consentements porte à la fois pleinement et seulement sur la prestation des actes médicaux, non pas secondairement ; telle est la cause nécessaire, du contrat médical. Pour autant, la loi du 4 mars 2002 vient proclamer l'autonomie du patient. On y relève le souci du législateur de proclamer et tenter d'assurer l'autonomie du patient, codécideur informé en matière de santé⁵⁸¹. Le nouveau texte s'adresse aux malades. C'est un changement profond que l'on peut qualifier de philosophique, bien au-delà de l'évolution nécessaire de l'organisation et des soins... Il s'agit, ce faisant, de rééquilibrer la relation de médecin-malade pour qu'elle devienne autant la relation malade-médecin que la relation médecin-malade⁵⁸². « Le projet de loi que nous vous présentons tend précisément à rééquilibrer le droit à l'information, le droit au consentement et le droit d'être traité dans la dignité⁵⁸³ ». La jurisprudence avait ouvert la voie. Elle venait de lier devoir médical d'information et sauvegarde de la dignité du malade⁵⁸⁴ maladroitement : c'est l'impératif de consentement, complété par l'information, qui est en rapport avec cette dignité. Elle avait fait de l'exigence de l'assentiment à l'acte médical un devoir d'état de tout médecin⁵⁸⁵.

Pour autant l'existence même du contrat médical semble contestée.

Le contrat médical s'apparenterait plus à un contrat à caractère réglementaire, dans la mesure où les références issues de la pratique ou de la loi deviennent précisément un élément de la norme contractuelle. Par ailleurs, depuis la loi du 4 mars 2002, la responsabilité médicale ne distingue plus selon la nature délictuelle ou contractuelle de la faute.

⁵⁷⁹ C. Évin, *Les Droits des usagers du système de santé*, Paris, Berger-Levrault, 2002, p. 338.

⁵⁸⁰ PORCHY, Stéphanie, *Volonté du malade et responsabilité du médecin*, Thèse en droit, Lyon, 1996, p. 46 et suiv.

⁵⁸¹ Art. L. 1111-4 du Code de la santé publique.

⁵⁸² KOUCHNER, Bernard, *JOAN*, 3 octobre 2001, p. 5317.

⁵⁸³ C. Évin, eod. loc., p. 532.

⁵⁸⁴ Cass. 1^{re} civ., 9 octobre 2001, JCP, 2002, 10045, note O. Cachard.

⁵⁸⁵ Cass. req., 20 janvier 1942 ; J. Carbonnier, Jean, *Droit civil*, t. I, éd. 2000, p. 29 ; *Journal int. bioéthique*, mars 1993, p. 65.

Enfin, la loi du 4 mars 2002 (art. L. 1111-4 du Code de la santé publique) n'a-t-elle pas écarté le fondement contractuel de la relation médicale en disposant expressément que « toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé »⁵⁸⁶.

Ainsi, la décision médicale ne se substituerait-elle pas au contrat médical ? Ce qui aurait pour effet de poursuivre l'harmonisation entre le droit public et le droit privé initié par le législateur en 2002.

Si le contrat médical disparaît, la relation thérapeutique subsiste et doit être requalifiée. Légale ? Para contractuelle, ce qui ne signifie pas grand-chose ? Est-ce l'annonce d'une médecine réglementaire ?

Le contrat médical n'est pas le seul contrat intéressant le patient. En effet, hospitalisé en établissement de santé privé, pour quelques heures (ambulatoire) ou pour quelques jours, voire plus, le patient se trouve également lié à l'établissement de soins par le contrat d'hospitalisation également appelé contrat hospitalier ou contrat d'hospitalisation et de soins, contrat à caractère civil ou commercial.

⁵⁸⁶ LAUDE, Anne, MATHIEU Bernard, TABUTEAU, Didier, *Droit de la santé*, Paris, Themis Droit, PUF, 2^e édition mise à jour, 2010, p. 435.

SECTION II

Le contrat d'hospitalisation, contrat passé directement entre le patient et l'établissement de soins privé

Par ce contrat, l'établissement s'engage à héberger le malade pendant le temps nécessaire aux soins c'est-à-dire à lui fournir les prestations hôtelières et celles que devra dispenser, sur instruction et sous le contrôle du médecin, le personnel paramédical de la clinique. Le contrat d'hospitalisation est un contrat imposant à l'établissement de donner avec prudence et diligence des soins attentifs et consciencieux aux malades⁵⁸⁷, l'établissement de soins ne peut s'engager « qu'à fournir à son client l'assistance d'un médecin pour la mise en œuvre des soins que nécessite son état »⁵⁸⁸. « [...] Lorsqu'il se rencontre, il n'est qu'une convention parmi d'autres, permettant la poursuite quasi collective de l'objectif thérapeutique, expliquant simplement l'existence de la clinique »⁵⁸⁹. Il confère à l'établissement de soins privé une obligation de moyens⁵⁹⁰, ainsi qu'une obligation de sécurité qui accompagne l'activité purement hôtelière de l'établissement⁵⁹¹. Enfin, une obligation de sécurité-résultat pèse sur la clinique en cas d'infection nosocomiale⁵⁹². De toute évidence, au vu de la jurisprudence récente, les obligations le concernant sont de plus en plus souvent des obligations de résultat, notamment pour tout ce qui est accessoire à l'hospitalisation⁵⁹³ (actes de soins simples, fourniture de tous les produits – tels que les produits sanguins – et appareils nécessaires qui doivent être exempts de vices), sans que

⁵⁸⁷ Cass. civ., 6 mars 1945, Clinique de Sainte-Croix : D. 1945, p. 217.

⁵⁸⁸ Cass. 1^{re} civ., 5 décembre 1978, D. 1980, p. 353, note J. PENNEAU.

⁵⁸⁹ MÉMETEAU, Gérard, *Médecine et droit*, 2005, p. 55-60.

⁵⁹⁰ Cass. 1^{re} civ., 6 mars 1945, Clinique Sainte-Croix, Dalloz, 1945, p. 217.

⁵⁹¹ La clinique ne peut s'en dégager que par la preuve d'une cause étrangère (CA Aix, 22 décembre 1962, *Gazette du Palais*, 1963, 1.3389).

⁵⁹² Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1999, trois arrêts dits « des staphylocoques dorés », D. 1999, p. 559, note D. Thouvenin, JCP, 1999.II.10138, rapp. P. SARGOS et du même auteur « La doctrine de la Cour de cassation en matière d'affection nosocomiale. De l'exigence d'une asepsie parfaite à la présomption de responsabilité », *Médecine et droit*, 1999, n° 35, p. 4 ; S. HOCQUET-BERG, « Commentaire des arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation le 29 juin 1999 en matière d'infection nosocomiale », *Gazette du Palais*, 5-6 avril 2000, p. 624).

⁵⁹³ CA Paris 1^{re}, 15 janvier 1999 *Bull. civ.*, 9 avril 1999, n° 75, p. 8122.

ceci soit encore devenu une règle. Ainsi, l'obligation de surveillance des malades est-elle toujours une obligation de moyens⁵⁹⁴.

Comme le note, G. Mémeteau⁵⁹⁵, « dans la réalité hospitalière d'aujourd'hui, l'établissement hospitalier devient un entrepreneur de soins et de services hospitaliers. Ceux-ci, dans cette acceptation nouvelle, comportent non seulement des services d'hôtellerie et des soins infirmiers, mais également des soins et services paramédicaux et chirurgicaux »⁵⁹⁶, ce qui le rend d'autant plus complexe dans son contenu.

Afin d'analyser ce contrat d'hospitalisation, là aussi spécificité de l'établissement de soins privé, il sera envisagé d'aborder la nature contractuelle de ce nouveau contrat (paragraphe 1) pour ensuite en déterminer la complexité de son contenu (paragraphe 2).

Paragraphe 1 – La nature contractuelle de la situation du patient en établissement de santé privé

Dans la logique de *l'arrêt Mercier*, la Cour de cassation a également très tôt affirmé la nature contractuelle de la responsabilité de l'établissement privé de soins lorsque celui-ci a causé un dommage au patient du fait de l'inexécution du contrat le liant avec ce dernier. Au terme d'une solution acquise depuis un arrêt de la Cour de cassation du 6 mars 1945⁵⁹⁷, la responsabilité civile de l'établissement de santé privé à l'égard du patient est par principe de nature contractuelle, une convention étant en effet conclue entre la clinique et le patient qu'elle prend en charge. La jurisprudence est constante sur ce point, et semble maintenue sous l'empire de la loi du 4 mars 2002⁵⁹⁸.

Ainsi, si le contrat d'hospitalisation, spécificité de l'établissement de santé privé a subi des évolutions, il reste constant dans sa nature et son contenu (A) rendant, cependant, sa particularité contractuelle atténuée dans ses effets (B).

⁵⁹⁴ Cass. 1^{re} civ., 13 octobre 1999 *Bull.* n° 274 (concernant un établissement psychiatrique).

⁵⁹⁵ MÉMETEAU, Gérard, *RDSS*, janvier-mars 1997.

⁵⁹⁶ Ce que l'on retrouve dans le Code de déontologie médicale, article 85.

⁵⁹⁷ Cass. civ., 6 mars 1945, Clinique de Sainte-Croix : D. 1945, p. 217.

⁵⁹⁸ *Op. cit.*

A – Une spécificité constante dans sa nature, mais évolutive dans son contenu

L'établissement hospitalier est tenu, dans le cadre de son contrat d'hospitalisation, de mettre à la disposition du patient un personnel compétent et qualifié, et plus spécialement il se doit de vérifier attentivement la qualification professionnelle des praticiens auxquels il permet d'intervenir dans ses locaux et avec lesquels il est lié par un contrat écrit ou verbal⁵⁹⁹.

L'existence de rapports contractuels entre le client et la clinique où il est hospitalisé permet en principe au premier de discuter les conditions de son hospitalisation. De ce point de vue il se trouve dans une situation plus favorable que l'utilisateur du service public hospitalisé dans un établissement public.

En effet, l'article L. 1110-8 du Code de la santé publique accorde au patient, le choix de l'établissement de santé et du praticien, déjà déclaré par l'article L. 162-2 du Code de la sécurité sociale, principe fondamental de la médecine libérale, avec l'annonce des limites tenant, dispose le texte, aux capacités techniques des établissements, à leur mode de tarification et à leurs critères de dispensation des soins aux assurés sociaux. Mais, à l'hôpital, le libre choix ne peut pas jouer complètement. En établissement de santé privé, il prévaut sur les clauses dites d'exercice privilégié, alors qu'à l'hôpital public il s'incline davantage devant l'organisation du service et les règles de mise en œuvre de la carte sanitaire.

Mais, à vrai dire, la réalité est sensiblement différente. La clinique privée propose en effet, le plus souvent à son client, un contrat type fixant les règles d'organisation ou de fonctionnement de l'établissement et auquel le patient n'a que la possibilité d'adhérer ou de ne pas adhérer sans pouvoir en discuter le contenu. Cependant, si cette doctrine encadrant le contrat d'hospitalisation a vu son champ étendu (1), le contrat reste complexe en raison de sa nature (2).

⁵⁹⁹ CA Montpellier, Chambre 1, section B, 24 Juin 2003, n° 00/02099, SA polyclinique Saint-Roch/Gaudin (*Juris-data*, n° 231293).

1. Le champ du contrat d'hospitalisation

La même nature contractuelle qui gouverne la relation établissement de santé/patient est identique à celle qui gouverne la relation médecin-patient.

1.1 Une doctrine constante dans la reconnaissance d'une situation contractuelle

L'arrêt « clinique Sainte-Croix »⁶⁰⁰ rendu par la chambre civile de la Cour de cassation le 6 mars 1945, est l'arrêt de principe en la matière. Il affirme que les cliniques et leurs patients sont liés par un contrat et qu'en ce qui concerne l'exécution des prescriptions médicales « les cliniques ne contractent d'autres obligations vis-à-vis de leur clientèle que celle de lui donner avec prudence et diligence des soins attentifs et consciencieux à l'exclusion de toute obligation de sécurité ».

Selon P. Sargos, conseiller à la Cour de cassation, il existe une « filiation évidente avec l'arrêt Mercier puisque les mêmes mots tels que « soins attentifs et consciencieux » sont employés ». Par la suite, cette doctrine a toujours été confirmée.

La nature contractuelle de la responsabilité est donc acquise en droit positif. En effet, cette doctrine a été confirmée dans l'arrêt « clinique Saint-François-d'Assise » du 4 février 1959⁶⁰¹, ainsi que par les décisions les plus récentes de la première chambre civile de la Cour de cassation qui font toutes état, dans les relations d'un patient et d'un établissement de santé privé, de l'existence d'un contrat⁶⁰².

1.2 Une doctrine constante pourtant évolutive dans les conséquences du contrat d'hospitalisation

À la suite des arrêts du 4 juin 1991⁶⁰³ et du 26 mai 1999⁶⁰⁴, la première chambre civile de la Cour de cassation a réalisé une remarquable évolution en considérant que le contrat unissant la clinique au patient englobe désormais les soins médicaux, sauf lorsque

⁶⁰⁰ Cass. 1^{re} civ., 6 mars 1945, Clinique de Sainte-Croix : D. 1945, jurispr. p. 217.

⁶⁰¹ Cass. 1^{re} civ., 4 février 1959, clinique Saint François d'Assise.

⁶⁰² Arrêt « fondation Rothschild » du 4 juin 1991, arrêt « clinique Sainte Marie » du 19 mai 1992, arrêt « clinique du Château » du 30 octobre 1995, arrêt « clinique Saint Michel » du 14 octobre 1997, arrêt « clinique de la mutuelle générale de l'Éducation nationale » du 3 mars 1998, arrêt n° 1143 « clinique Victor Pauchet de Butler » du 26 mars 1999.

⁶⁰³ Cass. 1^{re} civ. 4 juin 1991 : JCP G. 1991, II, 21730, note J. SAVATIER.

⁶⁰⁴ 26 mai 1999 : JCP G 1999, II, 10112, rapport P. SARGOS.

ceux-ci sont dispensés par un médecin exerçant à titre libéral en son sein. Il en résulte un très net élargissement du champ d'application de la responsabilité contractuelle de la clinique, qui s'étend désormais à l'inexécution dommageable de l'acte médical, lorsque ce dernier a été exécuté par un médecin salarié de l'établissement⁶⁰⁵. Toutefois, cela est à tempérer dans ses effets, puisque, pour la plupart, les médecins exerçant en établissement de santé privés sont des médecins libéraux.

L'arrêt « fondation Rothschild » du 4 juin 1991⁶⁰⁶ a parfois été présenté comme novateur dans l'affirmation selon laquelle le contrat passé entre un établissement de santé privé et un patient était un « contrat de soins ». Il précise ainsi que le patient qui consulte dans un établissement privé conclut un contrat de soins avec cet établissement et non pas avec le médecin qui le reçoit, dès lors que celui-ci est salarié de cet établissement. Par ailleurs, cet arrêt précise que le contrat d'hospitalisation et de soins conclu entre le patient et la clinique, oblige cette dernière en qualité de responsable contractuel du fait d'autrui, à répondre des fautes de ses médecins salariés.

Cependant, l'obligation de soins des établissements de santé privés a toujours été nettement affirmée, même s'il s'agissait de l'accomplissement des soins ordonnés par un médecin. L'arrêt Fondation Rothschild donne une plus vaste portée au contrat de soins passé avec une clinique lorsque le praticien est son salarié. Même si le malade n'a pas conclu avec tel médecin, le contrat d'hospitalisation comporte l'obligation de donner les soins médicaux par l'intermédiaire obligé des personnels qualifiés⁶⁰⁷.

À la lecture des différents arrêts, on s'aperçoit que le contrat ne peut porter que sur des soins (patient qui va consulter un médecin de la clinique), or, très souvent le patient est hospitalisé. Auquel cas le contrat porte à la fois sur l'hospitalisation, qui implique un hébergement avec des prestations de type hôtelier, et également sur les soins. C'est ce qu'indique l'arrêt « clinique Sainte Marie » du 19 mai 1992, qui évoque, pour sa part, un contrat d'hébergement et de soins conclu avec sa cliente. Il est à noter que tous les arrêts les plus récents emploient l'expression de « contrat d'hospitalisation et de soins »⁶⁰⁸.

⁶⁰⁵ Cf. J.-Cl. Responsabilité civile et Assurances, Fasc. 440-50, sur la mise en œuvre de la responsabilité médicale pour faute et infra n° 21 et 22.

⁶⁰⁶ Arrêt Cour de cassation, 4 juin 1991, *Gazette du Palais*, 1992.2.503, note F. CHABAS, *Revue trimestrielle de Droit civil*. 1992.123, obs. JOURDAIN, JCP, 1991ii.2/730 et note J. Savatier.

⁶⁰⁷ MICHEL-XISTE, Barbara, *Les relations juridiques entre les praticiens de santé, les cliniques privées et les patients*, Thèse, Poitiers, 4 avril 2000, LEH, éd. 2001.

⁶⁰⁸ Arrêt « clinique du Château », la clinique du Château, liée par un contrat d'hospitalisation et de soins avec madame Y.

Par conséquent, il pèse donc sur les cliniques, à la fois, une obligation d'organiser correctement leurs services, et une obligation de nature contractuelle, provenant du contrat d'hospitalisation et de soins, ce qui rend la nature de ce contrat complexe.

2. De la complexité de la situation contractuelle

Entre la clinique et le malade hospitalisé se noue un contrat, appelé par la Cour de cassation « d'hospitalisation et de soins », obligeant l'établissement à exécuter deux prestations principales. D'abord, recevoir, loger, nourrir le patient, assurer la sécurité de sa personne et de ses biens apportés avec lui, pendant le temps de son séjour. Par facilité de langage, le contrat hospitalier n'étant pas assimilé au contrat hôtelier, on parle des obligations *hôtelières* de la clinique, semblables à celles du service public hospitalier hébergeant ses propres patients, même si, aux termes de l'article art. L. 6111-2 du Code la santé publique, l'hébergement n'est plus un élément nécessaire de la relation hospitalière, le contrat hospitalier se réduisant parfois à l'accueil, l'orientation, la protection de la sécurité du malade et à la mise à disposition des services et de leurs moyens. Ces obligations sont sanctionnées par des responsabilités précisées par la jurisprudence. Les procédures d'accréditation s'appliquent, également, à ces modalités de prise en charge du malade : « L'établissement définit et met en œuvre un programme d'amélioration continue des prestations hôtelières, [...], un programme d'amélioration de l'environnement hôtelier et du confort de proximité (sic) du patient »⁶⁰⁹.

Il est également précisé que l'établissement doit donner au malade hospitalisé les soins requis par son état, soins *qualifiés* précise la Cour de cassation. L'établissement s'oblige, donc, contractuellement à donner avec prudence et diligence des soins attentifs et consciencieux, et la doctrine constate l'identité de cette obligation de la clinique et de celle du médecin, même si elle hésite parfois à inclure dans ces soins à la charge de l'institution les soins médicaux. Certes, effectuer cette prestation suppose le concours de personnels qualifiés liés à la clinique par un contrat de travail ou un contrat d'exercice libéral, de la même façon, *mutatis mutandis*, que l'obligation du transporteur ne s'accomplit que par les soins d'un pilote ou d'un conducteur tout en étant juridiquement

⁶⁰⁹ Manuel d'accréditation des établissements de santé, février 1999, ANAES.

réalisée par l'entreprise. L'obligation médicale est propre à la clinique ; il ne s'agit pas d'une obligation d'autrui dont l'établissement répondrait à ce titre. Le contrat hospitalier est alors qualifié de global ; il inclut ces deux catégories d'obligations de l'établissement, l'obligation hôtelière ne se comprenant du reste que comme un accessoire de l'obligation médicale qui en explique l'existence. Par conséquent, le contrat d'hospitalisation est original car il n'est pas le contrat hôtelier, et pourtant la clinique s'oblige à héberger son client.

En effet, R. Savatier⁶¹⁰ définit l'objet de ce contrat comme celui qui « consiste en la fourniture par la clinique au malade de soins corporels d'intérêt hygiénique dans un local approprié à l'exercice de la médecine, soins auxquels s'ajoutent accessoirement des prestations hôtelières : logement, nourriture, soins convenables ». Il y a donc interdépendance entre l'apport des soins et l'hébergement : l'obligation d'assurer celui-ci a pour cause l'obligation de faire assurer ceux-là par des professionnels compétents. Le contrat d'hospitalisation est bien un contrat mixte. Selon Gérard Mémenteau⁶¹¹, une partie de la doctrine a distingué entre les variétés de contrats d'hospitalisation, homogènes ou démembrés. Ainsi, le contrat « démembré » n'assure que l'hébergement et les soins hospitaliers. Le contrat « homogène » quant à lui intègre la prestation médicale dans l'obligation de la clinique.

Cependant la majorité de la doctrine qualifie le contrat d'hospitalisation de contrat innomé et lui reconnaît ainsi une certaine autonomie.

Le contrat d'hospitalisation constitue une particularité de l'établissement de santé privé.

B – Une relation contractuelle atténuée par le particularisme du contrat d'hospitalisation

Parce qu'il est propre à la relation patient établissement de santé privé, on présente le contrat d'hospitalisation comme spécifique. Pourtant un patient se faisant hospitaliser en établissement public a le même objectif que le patient hospitalisé en établissement privé c'est-à-dire se faire soigner, et donc recevoir des soins.

Mais, dans le premier cas, il a la qualité d'usager de service public, dans le second cas, il est dans une situation contractuelle de droit privé. Cette dichotomie, retrouvée jusqu'à présent

⁶¹⁰ Cass. 1^{re} civ., 4 juin 1991, JCP, 1991, 21730, obs. J. Savatier.

⁶¹¹ MÉMETEAU, Gérard, *Médecine et Droit*, 2005, p. 55-60

à toutes les étapes de la relation de soins, est également présente à ce niveau. Alors que le patient, usager du service public ne pourra, négocier en rien les conditions de son séjour, le patient, hospitalisé en établissement privé, pourra en théorie exercer cette opportunité que lui confère le contrat d'hospitalisation (1). Est-ce à dire que la relation contractuelle qu'engendre le contrat d'hospitalisation, s'en trouve atténuée ? Ce que pourrait venir conforter l'absence de formalisme de ce contrat d'hospitalisation (2).

1. La particularité du contrat d'hospitalisation, en établissement privé, une dichotomie de statut public/privé pour un même objectif

Les personnes qui sont admises au sein d'un établissement public de santé afin d'y être soignées ne sont pas placées, comme elles le sont au sein d'un établissement de santé privé, dans une situation contractuelle vis-à-vis de l'établissement qui les prend en charge ; elles ont la qualité d'usager du service public et se trouvent donc dans une situation réglementaire. Cela implique que la situation du malade n'est pas régie à l'hôpital par des dispositions arrêtées librement et conjointement par l'établissement ou le médecin et le malade mais qu'elle résulte de droits et obligations définies par voie légale et réglementaire. Le malade s'engage implicitement à respecter la discipline intérieure du service et de façon plus large, le règlement intérieur de l'établissement et toutes les formalités prévues pour l'admission, le séjour et la sortie⁶¹². Il a droit en revanche au fonctionnement normal, régulier et égal du service public⁶¹³. Le malade pris en charge dans un établissement public de santé relève, sauf exception, d'un régime de droit public.

L'admission en établissement public de santé revêt, également, un caractère différent. L'admission du malade est prononcée par le directeur de l'hôpital sur avis d'un médecin ou d'un interne de l'établissement : il s'agit donc d'une décision administrative. L'article R. 1112-11 du Code de la santé publique prévoit qu'elle est prise, hors les cas d'urgence médicalement reconnue, « sur présentation d'un certificat d'un médecin traitant ou appartenant au service de consultation de l'établissement attestant la nécessité du traitement hospitalier ». De même la sortie du malade est prononcée par le directeur de

⁶¹² CE, 23 février 1979, Tolub, Vildart, Droit adm. 1979, n° 121 et 125 ; RD publ. 1979, p. 1763.

⁶¹³ Comme tous les services publics, le service public hospitalier est soumis au respect de quatre principes fondamentaux qui en régissent le fonctionnement : le principe de continuité, le principe d'égalité, le principe de neutralité et le principe de mutabilité.

l'établissement sur proposition du médecin chef de service lorsque son état de santé ne requiert plus son maintien au sein de l'établissement.

En établissement de santé privé, le malade devrait être en mesure de négocier les conditions de son hospitalisation. Lors de son admission, il devrait pouvoir discuter les conditions matérielles et financières du séjour, l'organisation de sa vie quotidienne, etc. C'est ce qui se passe parfois dans la clinique de luxe non agréée par la sécurité sociale. La concurrence peut aussi inciter certaines cliniques à proposer un confort supérieur, mais cette incitation est limitée par ses implications financières et le respect des normes sécuritaires. C'est également ce qui se passe lorsque le patient demande à être hospitalisé dans une chambre particulière.

Cependant, même dans ce type d'établissement, certaines règles seront imposées au patient.

En effet, le consentement du malade consiste à adhérer aux conditions établies unilatéralement par la clinique. On assisterait donc à un rapprochement du « statut » du malade hospitalisé en clinique privée et à l'hôpital public, d'autant que l'absence d'écrit ne peut que conforter ce rapprochement. À moins de considérer le livret d'accueil, comme étant selon l'établissement, soit un contrat, soit une acceptation du règlement intérieur, puisqu'il contient en fait le règlement intérieur, remis à chaque malade lors de son admission, et qu'il doit être signé par le patient.

2. L'absence de formalisation

Le contrat d'hospitalisation privé lors de sa formation ne nécessite pas un écrit. Il n'est donc pas soumis à l'article 1316 et suivant du Code civil concernant la preuve en matière de contrat⁶¹⁴. En effet, le contrat peut se former sans aucun écrit (c'est ce qui se passe le plus souvent) sans même la signature du malade, conformément à la théorie générale des contrats. Le malade ignore donc souvent qu'il est partie à un contrat.

Dès cet instant, on constate alors des similitudes entre la conclusion du contrat d'hospitalisation à la clinique privée et la procédure d'admission à l'hôpital public. En effet,

⁶¹⁴ Article 1316 du Code civil : « La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ».

le contrat d'hospitalisation est, comme le statut d'hospitalisé, élaboré pratiquement à l'insu de son principal intéressé, le malade.

Si l'absence de formalisation ne fait pas du contrat d'hospitalisation une spécificité, qu'en est-il de son contenu ? C'est ce que se proposent d'envisager les développements suivants.

Paragraphe 2 – Le contenu du contrat d'hospitalisation

Le contrat d'hospitalisation se forme dès que le patient est pris en charge par la structure de soins privée. L'établissement de soins ne peut, alors, s'engager « qu'à fournir à son client l'assistance d'un médecin pour la mise en œuvre des soins que nécessite son état »⁶¹⁵. L'établissement de santé privé s'engage, également, à fournir des soins paramédicaux au patient, ainsi que les prestations hôtelières ; le contenu des prestations hôtelières variant selon le mode de prise en charge par la structure de soins. La cour d'appel de Montpellier⁶¹⁶, a précisé que le contrat liant le patient et l'établissement « se divise en deux contrats, » celui hôtelier proprement dit et celui de nature paramédicale ». Le contenu du contrat d'hospitalisation sera donc envisagé selon cette distinction à savoir, dans un premier temps, un contrat « d'hôtellerie » (A), pour ensuite, aborder le contrat de soins (B).

A – Un contrat d'hospitalisation et d'hôtellerie au service du patient

G. Mémeteau⁶¹⁷ a distingué au sein du contrat d'hébergement que constitue le contrat d'hôtellerie le contrat de santé (1) du contrat d'hôtellerie proprement dit (2). C'est cette distinction qui sera adoptée pour aborder la problématique contractuelle de l'hébergement en établissement de soins privé.

⁶¹⁵ Cass. 1^{re} civ., 5 décembre 1978, n° 77-13.588, Consorts Varvogly c/ Fondation de santé des étudiants de France, D. 1980, p. 353, note J. Penneau.

⁶¹⁶ CA Montpellier, 24 juin 2003 (*Juris-data*, n° 2311293).

⁶¹⁷ MÉMETEAU, Gérard, *Médecine et droit*, 2005, n° 61-71, *Op-cit.*, p. 62

1. Un contrat de santé

Le contrat hospitalier oblige l'établissement de santé à recevoir des personnes « affaiblies ». C'est l'obligation principale de l'établissement de santé qui va être à l'origine de toutes les étapes contractuelles du parcours de soins du patient. C'est parce que l'établissement de soins reçoit le patient que ce dernier pourra consentir à conclure son contrat d'hospitalisation.

1.1 Pour la clinique, recevoir des patients

Lorsque le patient se présente dans l'établissement de soins privé, il offre à la clinique la possibilité de conclure un contrat. Or la clinique n'offre pas à ce jour de contrat écrit⁶¹⁸. Se pose alors la question de savoir qui conclut en établissement de santé privé le contrat avec le patient. On a évoqué précédemment, qu'en établissement de santé public c'est le directeur qui prononce l'admission, on pourrait penser, donc, qu'en établissement de santé privé, lors d'une hospitalisation programmée, les pouvoirs confiés au personnel d'accueil comportent celui de conclure pour l'établissement, sans attendre une ratification par le directeur, puisque la clinique est en position d'offre permanente de par sa spécificité d'entreprise privée. Cela implique donc que le pouvoir de contracter est conféré aux secrétaires et autres personnels des services des admissions, le directeur ne contractant pas en pratique avec la personne (ce pouvoir résulte des fonctions conférées par le contrat de travail à la personne). C'est avec la personne physique ou, le plus souvent, morale, propriétaire du fonds de clinique que le malade contracte.

Ce contrat permet, alors, à la clinique d'être titulaire de sa clientèle, présumée distincte de celle de ses médecins : « rien ne s'oppose à ce que la clientèle, attirée par les médecins opérant dans la clinique, constitue pour celle-ci une clientèle personnelle »⁶¹⁹. Se pose alors une nouvelle interrogation qui concerne la nature du contrat à savoir s'agit-il alors d'un contrat⁶²⁰ commercial « selon la nature de l'établissement ». G. Mémeteau⁶²¹ préfère parler de « contrat mixte », puisque l'une des parties n'est pas commerçante⁶²², mais de

⁶¹⁸ Sauf à considérer le livret d'accueil comme tel.

⁶¹⁹ Traité de D^r médical et hospitalier (Litec éd.) fasc. 140, n° 17 et réf., dont Cass. civ.3, D. 1972, somm., p. 193.

⁶²⁰ DUPONT, Marc, ESPER, Claudine, PAIRE, Christian, *Droit hospitalier*, 6^e éd, Paris, Dalloz, 2007, n° 575.

⁶²¹ *Ibid*

⁶²² PÉDAMON, Michel, *Droit commercial*, 2^e éd, Paris, Précis Dalloz, n° 34, p. 21.

toute façon soumise au droit de la consommation, dès lors que l'article L. 111-1 du Code de la consommation vise tous les professionnels prestataires de service sans distinctions ni réserves.

Si par nature le contrat hospitalier a pour objet de recevoir des patients⁶²³, la clinique contractante peut n'avoir pas le choix de refuser de conclure, une obligation légale l'imposant. D'une part, un refus discriminatoire, non motivé par des raisons médicales ou d'équipement, constituerait un refus de prestation de services⁶²⁴. Enfin, subsiste le refus éventuel d'assistance, si le malade est à son arrivée en état de péril, et il n'est plus impossible d'écarter la responsabilité pénale de l'établissement, personne morale, de ce chef⁶²⁵. Le contrat devient, alors, obligatoire pour la clinique.

1.2 Pour le patient, consentir à la conclusion du contrat

Concernant le patient hospitalisé, si les règles de consentement à la conclusion du contrat ne paraissent pas différer de celles propres à la formation du contrat médical. Cependant, un élément appelle considération. Il s'agit du principe de libre choix.

Le principe du libre choix, non seulement du praticien mais encore de l'établissement est affirmé par l'article L. 1110-8 du Code de la santé publique⁶²⁶.

Cette liberté est susceptible de conforter le thème de la clientèle propre de la clinique, et témoigne de la nature sanitaire du contrat conclu sous son autorité. Même si tout patient ne connaît pas les résultats de la certification de l'établissement qu'il choisit, une réputation médicale globale lui est parvenue, fût-ce par le truchement de son médecin-traitant, peut-être de sa mutuelle. Parfois encore, les « capacités techniques » de l'établissement constitueront les orientations du choix, avec l'effet en retour de limiter celui-ci. Par suite l'*intuitus personae* s'appliquera au contrat (*intuitus firmae*)⁶²⁷. Se pose alors la nature de ce contrat. En effet, dès la période de conclusion du contrat, la marque sanitaire de celui-ci se révèle. Pour autant peut-on qualifier le contrat hospitalier de sanitaire ou de

⁶²³ Art. L. 6111-2 du Code de la santé publique.

⁶²⁴ Sur le régime antérieur à la loi du 1^{er} juillet 1996, cf. Lamy commercial 2000 sous la dir. R. Bout, n° 1009 et réf.

⁶²⁵ CAILLE C., DANTI-JUAN, M., « La responsabilité pénale des établissements de santé », *Mélanges en l'honneur de Jean-Henri Soutoul*, Bordeaux, éd. LEH, 2000. p. 41.

⁶²⁶ Add. Code de la sécurité sociale, art. L. 162-2, selon les réserves techniques et tarifaires de l'alinéa 2 du texte.

⁶²⁷ KOSTIC, Gérard, *L'intuitu personae dans les contrats de droit privé*, Thèse Paris V, 14 octobre 1997, n° 240 et s.

thérapeutique ? Il s'agit de solliciter de l'établissement des prestations médicales. Cependant, certaines de ces prestations sont dépourvues de cause curative. C'est le cas de la recherche biomédicale⁶²⁸, dans ce cas le contrat ne sera pas le seul et l'on assistera même à une multiplication de contrats. Ainsi, dans ce cas précis, l'article L. 1121-3 paragraphe 1 du Code de la santé publique imposant des conditions matérielles et techniques adaptées et compatibles avec la sécurité des personnes, certains protocoles ne peuvent être mis en œuvre qu'avec des établissements autorisés⁶²⁹. Lorsque la recherche reste pratiquée en clinique, le contrat est complexe. Il y a contrat hospitalier aux fins éventuelles d'hébergement du sujet, et contrat de recherche conclu avec le promoteur, convention distincte du contrat médical *stricto sensu*, convenu par l'intermédiaire de l'investigateur, puis contrats entre promoteur et investigateur, promoteur et investigateur et établissement, même si ce dernier intervient à minima, mais il faut considérer qu'il fournit aux parties ses locaux, matériels, produits, personnels, des défaillances desquels il répondra envers le sujet. Mais il peut également être promoteur, dans ce cas, il semble que le contrat hospitalier change de nature et devient le contrat global de recherche, dans lequel l'hospitalisation est une prestation accessoire.

En conclusion, les contrats d'hospitalisation et de recherche ont deux objets principaux, à savoir soigner ou chercher.

Par conséquent, les patients reçus par la clinique ne sont pas toujours des « malades », même s'ils sont « usagers » du service de santé, les deux qualités ne se confondant plus nécessairement. Le contrat d'hospitalisation et de soins n'est donc qu'un des contrats susceptibles de lier le sujet et la clinique privée.

Si le contrat peut alors emprunter les traits d'un contrat hospitalier, même si parfois la frontière entre ce qui est sanitaire de ce qui est médicosocial est ténue, le contrat conclu avec l'établissement de soins privé est également hôtelier.

⁶²⁸ Il n'y a pas de recherche en clinique, mais en secteur privé non lucratif.

⁶²⁹ Art. L. 1125-4 et art. L. 1243-4 et L. 1125-1 du Code de la santé publique.

2. Un contrat d'hôtellerie particulier

Le contrat d'hospitalisation comprend une partie consacrée à l'hébergement. Cependant cet hébergement présente des particularités hôtelières auxquelles doit se conformer l'établissement.

2.1 L'établissement de santé n'est pas l'hôtel

Les règles de droit commun du contrat d'hôtellerie selon les articles 1952 et suivants du Code civil⁶³⁰ s'appliquent au contrat passé entre la clinique et le patient.

Le contrat « hôtelier » comprend le logement, la nourriture, la mise à disposition du téléphone, poste de télévision, éventuellement salles de réunion et d'animation⁶³¹. « La chambre hébergeant l'hospitalisé peut être au sens du droit pénal, considérée comme son domicile⁶³² ; au sens du respect des droits fondamentaux de la personne, elle abrite sa vie privée⁶³³, avec cette particularité que l'élément confidentiel est l'état de santé, et que les personnels de l'établissement sont tenus à un devoir de confidentialité dépassant celui des hôteliers. En outre la clinique prête au malade, pour le temps de l'hospitalisation, des vêtements adaptés aux soins à recevoir, ce que ne fait pas l'hôtelier.

Des obligations empruntées à divers contrats (hôtellerie, restauration, prêt) et même contrat de dépôt⁶³⁴ se cumulent pour conférer au contrat hospitalier une allure particulière »⁶³⁵.

2.2 Les obligations de la clinique liées au contrat d'hôtellerie

La première des obligations pour l'établissement de santé est de laisser se reposer le patient afin de bénéficier de tous les soins dans les meilleures conditions possibles, et ce, même si les pratiques hospitalières imposent aux malades des horaires de réveil, de soins,

⁶³⁰ Article 1952 du Code civil : « Les aubergistes ou hôteliers répondent, comme dépositaires, des vêtements, bagages et objets divers apportés dans leur établissement par le voyageur qui loge chez eux ; le dépôt de ces sortes d'effets doit être regardé comme un dépôt nécessaire ».

⁶³¹ CA, Aix-en-Provence, 4 novembre 2003, *Juris-data*, n° 229786.

⁶³² CA Paris, 17 mars 1986 : *Gazette du Palais*, 2/3 juillet 1986, note J.P.D.

⁶³³ Cass. 2^e civ., 12 juillet 1966 : D. 1966, 181, 2^e esp. ; CA Paris 17 mars 1986 : *Gazette du Palais* 2/3 juillet 1986, note J.P.D.

⁶³⁴ Art. L. 1113-1 du Code de la santé publique.

⁶³⁵ MÉMETEAU, Gérard, *Médecine et droit* (2005) 61-71, Op-cit., p. 64.

de repas contraires à cet impératif. « ... Il pèse sur l'établissement une obligation de sécurité⁶³⁶ ... »

Mais la clinique n'est tenue à l'égard des clients qu'à une obligation de moyens pour leur sécurité. Dans ce cadre-là, l'on peut admettre une obligation commune à la clinique et à l'hôtel.

Cependant, le volet hôtelier n'est qu'une partie du contrat d'hospitalisation, puisque le contrat de soins en constitue le deuxième volet.

B – Un contrat de soins au service du patient

La jurisprudence affirme constamment l'existence d'un « contrat d'hospitalisation et de soins », distinguant ainsi les deux volets du diptyque⁶³⁷ contractuel, hôtellerie et thérapeutique. C'est tout simplement la raison d'être de la clinique privée, comme celle de l'hôpital public. Cependant, lorsqu'il s'agit de donner des soins aux clients, le contrat n'impose pas à la clinique les mêmes obligations selon la nature de ces prestations ; le régime des soins médicaux paraît, sous l'effet de l'indépendance professionnelle du médecin, sacralisée, et sorti du champ contractuel.

On abordera donc le contrat de soins selon 3 volets que sont les soins non médicaux (1) et ceci concerne plus précisément la mise à disposition du personnel auxiliaire médical et paramédical, les soins médicaux (2), et, enfin, la fourniture de matériel et de produits nécessaires à la bonne réalisation des soins (3).

1. Les soins non médicaux

Depuis l'arrêt du 6 mars 1945⁶³⁸ affirmant le lien contractuel entre le patient et l'établissement, l'exécution des soins non médicaux fait partie du contrat, et ce, quel que soit le statut du médecin au sein de l'établissement privé, libéral ou salarié. L'arrêt du

⁶³⁶ MÉMETEAU, Gérard, *La responsabilité hôtelière de la clinique privée*, RDSS, 1995, p. 475 ; S. Delort, *La responsabilité des chirurgiens, des anesthésistes et des établissements de santé*, Thèse Paris II, 25 octobre 2003, p. 376 et S.

⁶³⁷ CA Paris, 14 septembre 1994 (*Juris-data*, n° 0231130) : chute d'un visiteur sur un sol glissant et mouillé.

⁶³⁸ Cass. civ., 6 mars 1945, Clinique de Sainte-Croix : D. 1945, jurispr. p. 247.

20 mars 2003⁶³⁹ précise que le contrat met à la charge de la clinique l'obligation de donner des soins, notamment en mettant à son service des professionnels qualifiés⁶⁴⁰. Ainsi, intervient, en première intention l'acte de soins, puis son environnement, qui correspond à l'organisation du service privé.

1.1 L'acte de soins

L'exécution des soins non médicaux fait partie du contrat, quel que soit le statut, libéral ou salarié de l'agent, excepté lorsqu'on peut invoquer une mise à disposition du médecin de ce personnel avec la qualité de préposé occasionnel⁶⁴¹, depuis l'arrêt du 6 mars 1945⁶⁴² affirmant le lien contractuel entre le patient et l'établissement.

« Si les agents de la clinique commettent une faute dans l'exécution de ces actes, c'est la clinique qui en répond vis-à-vis du malade, car c'est de la défaillance de sa propre obligation contractuelle qu'il s'agit⁶⁴³, du chef de ces actes dits soins courants, pré- et postopératoires et paramédicaux.

Quel que soit son propre contrat, d'ailleurs inconnu du patient, le personnel intervient comme substitué par la clinique dans l'exécution du contrat, et ainsi que P.-A. Crépeau le faisait remarquer⁶⁴⁴, il est surabondant d'en appeler à la notion de préposition et de responsabilité du fait du préposé. L'acte paramédical (ou de la sage-femme) est inclus dans les obligations contractuelles de la clinique elle-même, sauf si sa prestation a été convenue par contrat séparé, entre l'hospitalisé et un tiers »⁶⁴⁵.

La clinique privée se trouve dans la même situation que l'hôpital public ; elle est, elle aussi, et P.-A. Crépeau le constatait, une entreprise de soins. La conséquence logique est son engagement personnel du chef de ce qu'elle offre à ses partenaires. Tout soin nécessaire à tout patient doit être délivré par tout établissement quel que soit son statut.

⁶³⁹ CA Paris, 20 mars 2003, *Juris-data*, n° 226393.

⁶⁴⁰ CA Paris, 20 mars 2003, *Juris-data*, n° 226393.

⁶⁴¹ Harichaux, Michèle, « La responsabilité médicale et les établissements d'hospitalisation privée », *Traité de droit médical et hospitalier*, fasc. 19-1, n° 13 et 15.

⁶⁴² *Op. cit.*

⁶⁴³ CLÉMENT, Cyril, *La responsabilité du fait de la mission de soins des établissements publics et privés de santé*, Thèse. Paris VIII, 5 février 1997, LEH. 2001, préface A. Demichel, p. 157.

⁶⁴⁴ CREPEAU, P.-A., *La responsabilité civile de l'établissement hospitalier en droit civil canadien*. 1981 (26, R. Dr. Mc. Gill, spé. p. 719).

⁶⁴⁵ *Ibid*

1.2 L'acte d'organisation et de fonctionnement du service⁶⁴⁶ ou l'exigence de la mise à disposition du personnel auxiliaire médical et paramédical afin de réaliser l'acte de soins

Afin de délivrer des soins conformes, il est nécessaire de mettre à disposition du patient un personnel compétent et disponible. Il appartient à la clinique de vérifier les compétences et qualification de son personnel⁶⁴⁷.

Ainsi, il a été jugé qu'un établissement n'avait pas rempli l'obligation qui lui incombait en ne mettant pas à la disposition du service le personnel imposé par l'activité considérée et ayant reçu une formation suffisante pour lui permettre d'utiliser l'équipement nécessaire pour exécuter les soins reçus par les patients. En l'espèce, la préposée de l'établissement faisant office de panseuse n'avait que la qualification d'aide-soignante, ce qui est contraire à la réglementation⁶⁴⁸. Cela veut dire, d'abord, que la clinique doit compter dans son sein un personnel ayant les diplômes requis ; contrairement à ce qui avait pu être jugé il appartient à la clinique de vérifier les compétences de ces personnes⁶⁴⁹ et leur qualification⁶⁵⁰. Les établissements de santé doivent mettre à la disposition de leurs patients un personnel qualifié⁶⁵¹, étant précisé qu'il s'agit aussi bien du personnel paramédical, que des médecins. Nombreux sont les arrêts sanctionnant la clinique n'ayant pas eu recours à des professionnels – y compris médecins – qualifiés, aptes à intervenir en fonction des nécessités thérapeutiques, à prendre en charge des urgences⁶⁵².

Pour pouvoir satisfaire et délivrer des soins qualifiés et adaptés, l'établissement de santé, qui met le personnel soignant et le matériel adéquat à disposition du médecin doit connaître le domaine d'intervention de celui-ci au regard de ses qualifications.

Les soins médicaux constituent le deuxième volet du contrat de soins.

⁶⁴⁶ *Ibid*

⁶⁴⁷ CA Montpellier, 24 juin 2003, *Juris-data*, n° 231293.

⁶⁴⁸ CA Paris, 23 juin 2006, *Juris-data*, n° 2006-306800.

⁶⁴⁹ CA Versailles, 28 octobre 1999 : D. 2000, IR. p. 13.

⁶⁵⁰ CA Montpellier, 24 juin 2003, *Juris-data*, n° 231293.

⁶⁵¹ Cass. 1^{re} civ., 9 mai 1973, n° 71-13594, Fradin c/ clinique Immaculée Conception, Dame Balay, publié au bulletin.

⁶⁵² MÉMETEAU, Gérard, *Médecine et droit* (2005) 61-71.

2. Les soins médicaux

La clinique n'est pas le médecin ! Ceci explique que, par exemple, elle ne peut partager avec le professionnel libéral l'honoraire médical (cela recouvre la problématique de la « redevance » à l'intérieur du contrat médical d'exercice libéral⁶⁵³). Se pose alors la problématique de l'indépendance du médecin. Serait-elle un obstacle au contrat d'hospitalisation. La jurisprudence en a déduit un démembrement du contrat hospitalier, qui ne peut, comprendre l'obligation institutionnelle de donner des soins médicaux.

2.1 L'indépendance du médecin, obstacle au contrat d'hospitalisation ?

Lorsque le patient entre en établissement de soins privé deux alternatives s'offrent à lui. Soit le client a contracté d'un côté avec la clinique pour l'hébergement et les soins non médicaux, d'un autre côté avec le(s) médecin(s) pour les soins médicaux, et, dans le premier cas il y a bien dualité de conventions, l'objet du contrat hospitalier étant limité. Soit le client n'a contracté qu'avec la clinique, en s'en rapportant à elle de l'organisation de la prestation des soins médicaux, du choix de tous les intervenants, et dans ce cas précis, il y a unicité contractuelle, le contrat hospitalier s'étendant aux traitements même médicaux, solution simplifiant les orientations processuelles ultérieures du patient victime d'une faute médicale et ne connaissant qu'un seul cocontractant.

En première intention, la Cour de cassation avait paru suggérer l'idée d'un contrat d'hospitalisation global, comportant pour la clinique l'obligation de donner même les soins médicaux, ce qui avait pour logique de rendre l'établissement personnellement responsable des fautes commises dans l'exécution de ces soins. Ceci se devinait entre les lignes d'un arrêt du 4 juin 1991⁶⁵⁴ et sur celles de décisions de Cours d'appel⁶⁵⁵.

Or, la Cour suprême devait écarter ultérieurement la seconde branche de cette alternative, quoique ne redoutant pas de continuer à parler du contrat d'hospitalisation « et de soins »,

⁶⁵³ Problématique abordée dans le titre I, chapitre I, section III, §.1, A, 3.1b.

⁶⁵⁴ Cass. 1^{re} civ., 4 juin 1991, JCP. 1991, 21730, obs. J. SAVATIER ; *Gazette du Palais* 5-6 août 1992, note critique F. CHABAS ; P. JOURDAIN, « La responsabilité du fait d'autrui en matière médicale », *Médecine et droit* n° 40, janvier-février 2000, p. 15 ; Y. LACHAUD, « La responsabilité des cliniques du fait de l'activité des médecins libéraux : vers une révolution réglementaire ou jurisprudentielle ? », *Gazette du Palais* 12-13 juillet 1995.

⁶⁵⁵ CA Paris, 25 février 1994, *Juris-data*, n° 020728 ; CA Versailles, 31 janvier 1994, *Juris-data*, n° 040604.

expression devenue imprécise. Ce fut le principe fondamental de l'indépendance intangible du médecin qui arrêta la Cour⁶⁵⁶.

Certes cette indépendance mieux nommée liberté de prescription, est une règle fondamentale du droit médical et même de celui de l'assurance-maladie⁶⁵⁷, et elle interdit à la clinique de s'immiscer dans les choix médicaux du professionnel. Elle ne proscriit pas l'engagement par l'établissement de les donner au malade, c'est-à-dire concrètement, de les faire exécuter par le professionnel, pourvu que ce soit sous cette réserve, et sous celle de la compétence du médecin seul habilité à poser l'acte médical. Citant l'arrêt du 4 juin 1991, un auteur pouvait écrire « cet engagement contractuel de la clinique (en ce qui concerne les soins courants et médicaux) ne constitue pas selon les juges un obstacle à l'indépendance thérapeutique dont bénéficie impérativement le praticien »⁶⁵⁸.

« L'adoption du contrat d'hospitalisation entre dans le cadre de la mission moderne de la clinique privée. Les pratiques soignantes, la réglementation hospitalière, la diversification des services médicaux mêmes « lourds » dans les établissements privés, la participation possible de ceux-ci au service hospitalier, établissent à la fois la complémentarité et la concurrence des cliniques et des hôpitaux publics. Tous sont chargés de la même mission⁶⁵⁹ dont l'élément déterminant, justificatif de leur existence, est la prestation de tous les soins. La clinique offre comme l'hôpital public, les mêmes prestations. Le patient est en droit de les solliciter toutes de l'établissement. Pour autant, l'indépendance du médecin empêche-t-elle le malade d'entrer en relation juridique, pour la réalisation des soins médicaux, avec l'hôpital public plutôt qu'avec ses praticiens ? C'est à l'entreprise que les malades demandent les soins, même médicaux, et ce sont les médecins de celle-ci dont l'indépendance est invoquée, non au soutien d'une nullité du contrat hospitalier en ce cas global, mais au support du recours subrogatoire de la clinique »⁶⁶⁰.

Enfin, pourrait se dresser l'obstacle de la conclusion du contrat médical avec la personne morale qu'est la clinique privée, inapte à procurer des soins relevant du monopole médical. En fait, l'évidence tient en ce que cette personne morale, comme toute autre

⁶⁵⁶ Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1999, JCP 1999, 10112 rapport Sargos ; RTDC 1999, 634, obs. critiques P. Jourdain ; D. 1999, somm. 386, obs. J. PENNEAU ; D. 1999, 719, note E. Savatier. V. invocation du principe par Trib. conflits, 14 février 2000 (D. 2000, IR. 138 ; RDSS. 2001, p. 85). Le rapport de M. Sargos était nuancé. Il y a peut-être eu des considérations assurantielles. Sur le principe en cause, cf. Marie-Louise SIGNORET, *Approche de la déontologie médicale par l'étude de la liberté thérapeutique*, thèse de médecine, Tours 28 octobre 2004.

⁶⁵⁷ Art. L. 162-2 du Code de la sécurité sociale.

⁶⁵⁸ DANET, L., *Les problèmes actuels des cliniques privées*, Thèse université de Bordeaux, 29 janvier 2003, p. 318.

⁶⁵⁹ Art. L. 6111-1 et L. 6111-2 du Code de la santé publique.

⁶⁶⁰ MÉMETEAU, Gérard, *Médecine et droit, op. cit.*, p. 68.

offrant des services, agit par la main de personnes physiques, ce qui n'empêche pas que le contrat de service soit stipulé avec elle. En droit médical, d'autres exemples permettent de constater des dissociations entre cette formation du contrat avec une structure juridique et la prestation de soins. Lorsque les médecins sont groupés dans une société d'exercice, le contrat médical est noué avec cette société professionnelle tandis que les actes sont accomplis par les associés, et la responsabilité civile de celle-ci envers le client est *contractuelle, tandis que la responsabilité de celui-ci n'est que délictuelle*⁶⁶¹. On n'y voit pas offense au monopole du médecin dès lors que c'est le professionnel qualifié qui réalise les actes de soins. En clinique privée, si des spécialistes sont unis par un contrat de société d'exercice, le malade va donc conclure le contrat médical avec cette société, mais ne le peut pas avec la personne morale la clinique.

2.2 L'acte de soins ou l'exigence d'une organisation du diagnostic

L'exigence d'une organisation de diagnostic implique que l'établissement de soins privé mette à disposition du patient des médecins intervenant dans les délais, et que ces médecins soient compétents.

a) Des médecins intervenant dans les délais

Par ce contrat, la clinique s'engage à donner des soins⁶⁶². En vertu du contrat d'hospitalisation et de soins le liant à son patient, un établissement de santé privé est tenu de lui procurer des soins qualifiés⁶⁶³ en mettant notamment à son service des médecins pouvant intervenir dans les délais imposés par son état⁶⁶⁴ et en cas d'intervention tardive

⁶⁶¹ LAMBOLEY, Annie, *La société civile professionnelle, un nouveau statut de la profession libérale*, Litec-1974, préface. SAVATIER, n° 81 et s ; HARICHAUX, Michèle, *La rémunération du médecin*, Économica, 1979, préface B. Oppéit, n° 399.

⁶⁶² Trib. civ. Marseille, 26 novembre 1953 : D. 1954, p. 160. La clinique doit informer le public des limites des prestations offertes. Cass. 1^{re} civ., 14 octobre 1997, D. 1999, somm. 391, obs. J. Penneau ; RDSS 1998, p. 336. On précise : « Donne aux patient les soins nécessités par leur état et en fonction des données acquises de la science », ce qui est distinct de procurer « une équipe médicale qualifiée » (CA Lyon, 10 juin 2004, *Juris-data*, n° 245964).

⁶⁶³ Cass. 1^{re} civ., 15 décembre 1999, *Juris-data*, n° 1999-004439 ; *Bull. civ.* 1999, I, n° 351 ; Rapp. ann. C. Cass. 1999, p. 396 ; JCP G. 2000, II, 10384, note G. MÉMETEAU.

⁶⁶⁴ Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2008, n° 07-15.049, FS P+B, Sté p. c/ G, *Juris-data*, n° 2008-045781 (CA Orléans, Ch. civ., 12 mars 2007, note P. SARGOS. En l'espèce, une patiente suivie par un gynécologue obstétricien libéral a été hospitalisée dans une clinique. Le médecin de garde, après avoir été informé par la sage-femme à 17 h 30 d'une amélioration de l'état de la patiente, n'est pas intervenu, attendant l'arrivée du gynécologue-obstétricien qui, devant arriver à 18 h, n'est arrivé à la clinique qu'à 19 h 30, heure à laquelle il procéda, par

d'un médecin, imputable à un défaut d'organisation de l'établissement, la responsabilité de ce dernier était engagée vis-à-vis du patient. Un arrêt plus récent a énoncé que « l'organisation du service incombe à l'établissement de santé ⁶⁶⁵ ».

Par ailleurs, l'établissement doit ainsi disposer de locaux adaptés et d'un personnel suffisant qui corresponde aux normes fixées par la réglementation et ait notamment « reçu une formation suffisante pour lui permettre d'utiliser l'équipement » mis à la disposition des patients ⁶⁶⁶.

Enfin, en vertu du contrat d'hospitalisation et de soins le liant à son patient, tout établissement de santé privé est tenu de lui procurer des soins qualifiés en mettant notamment à son service des médecins pouvant intervenir dans les délais imposés par son état. La circonstance que les médecins exercent à titre libéral et engagent leur seule responsabilité au titre du contrat de soins n'est pas de nature à exonérer l'établissement de santé privé de la responsabilité née d'un défaut d'organisation ⁶⁶⁷.

b) Des médecins compétents

L'acte doit être réalisé, dans tous les cas, par un professionnel compétent. Se pose alors la question de la compétence. Un médecin peut réaliser un acte en dehors de son champ de compétence, aussi bien légale que réglementaire. Ce peut être par exemple le cas d'un médecin spécialiste qui réalise des actes non urgents pour lesquels il n'a pas reçu de formation particulière et qui relèvent d'une autre spécialité. Ainsi, un médecin ne doit pas réaliser une intervention sous anesthésie sans la présence d'un médecin anesthésiste ⁶⁶⁸. Le Code de déontologie médicale prévoit que le médecin « ne doit pas, sauf circonstances

césarienne, à l'accouchement d'un enfant qui, ayant souffert d'une encéphalopathie anoxique périnatale, est resté atteint de graves séquelles. La cour d'appel a constaté que les dispositions du règlement intérieur étaient insuffisamment contraignantes et trop imprécises quant aux horaires, pour que soit garantie aux malades la continuité des soins ; ce manque de rigueur dans l'organisation a permis à chacun des deux médecins en cause de considérer qu'il appartenait à l'autre d'intervenir et a conduit à une vacance totale de la permanence pendant une heure et demi au moins. La cour d'appel a pu en déduire que la clinique avait commis dans son organisation une faute qui avait contribué au dommage. La circonstance que les médecins exercent à titre libéral et engagent leur seule responsabilité au titre du contrat de soins n'était pas de nature à exonérer l'établissement de santé privé de la responsabilité née de cette faute.

⁶⁶⁵ CA Paris, 20 mars 2003, *Juris-data*, n° 226393 ; F. Chabas « La responsabilité des cliniques pour défaut d'organisation, étude de droit privé français » : *Gazette du Palais* 22/24 avril 2001.

⁶⁶⁶ Cass., 7 juillet 1998, *Bull.* n° 239.

⁶⁶⁷ Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2008, n° 07-15.049, FS P+B, Sté polyclinique des Longues Allées c/ G. : *JurisData* n° 2008-045781.

⁶⁶⁸ Cass. crim., 26 janvier 1977, *Bull. crim.*, n° 38.

exceptionnelles, entreprendre ou poursuivre des soins, ni formuler des prescriptions dans des domaines qui dépassent ses connaissances, son expérience et les moyens dont il dispose »⁶⁶⁹.

Cependant admettre, au-delà, que l'établissement de santé soit le garant des compétences du médecin, c'est-à-dire de son aptitude à exercer dans le domaine pour lequel il est qualifié, impliquerait corrélativement que l'établissement puisse s'immiscer dans la nature des soins délivrés que le médecin apprécie seul au regard de ses connaissances et de sa formation en application de l'article R. 4127-70 du Code de la santé publique. Mais cette liberté du praticien dans l'exercice de son art ne signifie pas que l'établissement s'interdise tout contrôle et vérification de la réalité des qualifications dont il se prévaut puisqu'en dépend la délivrance de soins qualifiés⁶⁷⁰.

Il en est de même en ce qui concerne l'organisation d'une clinique spécialisée dans les accouchements qui n'avait pas été en mesure d'assurer la présence immédiate du médecin accoucheur de garde dès que l'accouchement de la patiente était apparu manifestement dystocique a été jugée fautive. Il eut de plus fallu que ce médecin possède les compétences et les qualifications requises pour les postes occupés⁶⁷¹. Ainsi, l'établissement de soins privé doit également veiller, au profit de ses patients, à la planification des soins et à la concertation entre les spécialistes⁶⁷². Ainsi, doit être immédiatement disponible un anesthésiste réanimateur⁶⁷³, ou un interne de garde⁶⁷⁴, ou encore, au moins une infirmière⁶⁷⁵, et pour les cliniques disposant d'une maternité, une sage-femme⁶⁷⁶.

⁶⁶⁹ Art. 70 du Code de déontologie médicale.

⁶⁷⁰ Cass. 1^{re} civ., 11 juin 2009, Société Clinique A c/ M^{me} X, n° 08-10.642.

⁶⁷¹ CA Paris, 17 mai 2001, Dalloz, 2001, p. 3085.

⁶⁷² CA Bourges, 6 mai 1998 : *RDSS*, 1999, p. 565.

⁶⁷³ Cass. 1^{re} civ., 15 décembre 1999 ; SA Clinique générale d'Annecy c/ Épx S. [arrêt n° 2021 P] [*Juris-data*, n° 004439]. Défaut d'organisation d'une permanence de médecins anesthésistes-réanimateurs permettant une intervention dans les trois minutes suivant la naissance. Ayant constaté que la clinique n'avait pas organisé une permanence de médecins anesthésistes-réanimateurs permettant une intervention dans les trois minutes suivant la naissance, délai au-delà duquel la souffrance cérébrale consécutive à une anoxie provoque des dommages graves chez le nouveau-né, la cour d'appel a pu en déduire que la clinique avait ainsi commis une faute dans son organisation, la circonstance que les médecins aient eux-mêmes des obligations n'étant pas de nature à exonérer un établissement de santé privé de sa responsabilité ; ensuite, ayant constaté que le retard du médecin anesthésiste, imputable au défaut d'organisation de la clinique, avait entraîné pour l'enfant un manque d'oxygène provoquant la souffrance cérébrale et ses séquelles, a pu décider que sa faute était en relation avec l'entier préjudice de l'enfant.

⁶⁷⁴ Cass. 1^{re} civ., 8 juin 1994, ou encore, au moins une infirmière.

⁶⁷⁵ Cass. crim., 26 février 1997, *Revue de droit sanitaire et social*, 1997, p. 837.

⁶⁷⁶ Cass. 1^{re} civ., 30 juin 1993, *Juris-data*, n° 002687.

Il appartient à la clinique de vérifier les compétences de ces personnes, leur qualification⁶⁷⁷, ce qui incidemment, constitue un autre argument à l'encontre de la prétendue « cession » du contrat d'exercice libéral du médecin (ou de la sage-femme). Elle doit veiller, au profit de ses patients, à la planification des soins, à la concertation entre les spécialistes⁶⁷⁸, éviter d'imposer à ceux-ci des stipulations dites de « rendement », contraires à la fois à la sécurité des malades⁶⁷⁹ et à l'indépendance des praticiens, ainsi que, logiquement, au libre choix.

c) Des médecins en nombre suffisant

Ce personnel doit être en nombre suffisant, et, à tout le moins, correspondre aux normes qui seraient fixées par la réglementation⁶⁸⁰. Mais au-delà d'une mise à disposition de personnels auxiliaires, la clinique répondra d'un défaut d'organisation ayant provoqué l'intervention tardive du médecin. L'établissement de santé doit mettre au service des patients « des médecins qualifiés pouvant intervenir dans les délais imposés par leur état »⁶⁸¹.

Enfin, les établissements de santé privés concourent à assurer les soins hospitaliers normaux et courants, c'est-à-dire ceux qui ne sont pas de la compétence exclusive d'un médecin, ou, qui ne sont pas dans les suites immédiates d'une intervention médicale restée sous le contrôle du praticien⁶⁸². Il s'agira aussi des soins normaux postopératoires⁶⁸³.

De plus, la clinique ne doit pas, imposer des mesures de « rendements », contraires à la fois à la sécurité des malades⁶⁸⁴, à l'indépendance des praticiens, ainsi que, logiquement au libre choix.

En tout état de cause, l'organisation du service incombe à l'établissement de santé⁶⁸⁵.

⁶⁷⁷ CA Montpellier, 24 juin 2003, *Juris-data*, n° 231293.

⁶⁷⁸ CA Bourges, 6 mai 1998 : *RDSS*. 1999, p. 13.

⁶⁷⁹ CA Angers, 11 mars 1971 : D. 1973, 82, note R. SAVATIER ; CA Versailles, 12 mai 1998 : D. 1999, somm. 386, obs. J. PENNEAU ; *RDSS*. 1999, 756 ; *RDSS*. 2000, p. 974.

⁶⁸⁰ Cass. 1^{re} civ., 30 octobre 1995, arrêt « clinique du Château », *Bull. civ.* 1995, I, n° 383 p. 267.

⁶⁸¹ Cass., 15 décembre 1999, *Bull.* n° 351, Rapport annuel, p. 396.

⁶⁸² Arrêt « Hôpital Sainte-Croix » du 15 mars 1976.

⁶⁸³ Arrêt « Clinique Boucharel » du 26 février 1957 et de l'arrêt « clinique médicochirurgicale » de juin 1963.

⁶⁸⁴ Angers CA 11 mars 1971 : D. 1973, 82, note R. Savatier ; CA Versailles, 1^{er} mai 1998 : D. 1999, somm. 386, obs. J. PENNEAU ; *RDSS*. 1999, 756 ; *RDSS*, 2000, p. 974.

⁶⁸⁵ Cass. 1^{re} civ., 21 février 2006 : *Bull. civ.*, 2006, I, n° 84 ; D. 2007, p. 1457, obs. J. PENNEAU.

Ces obligations se résumant ainsi : « Il se forme entre un établissement de santé privé et son client un contrat d'hospitalisation et de soins, qui met à la charge de l'établissement l'obligation de donner au patient des soins qualifiés, en mettant notamment à son service des médecins pouvant intervenir dans les délais imposés par son état ; la circonstance que les médecins aient eux-mêmes des obligations n'est pas de nature à exonérer l'établissement de santé privé de la responsabilité qu'il encourt à raison des fautes commises dans l'organisation de son service »⁶⁸⁶.

Il est à noter que la notion de faute dans l'organisation et le fonctionnement d'une clinique, qui irrigue le contentieux de la responsabilité du service hospitalier devant le juge administratif⁶⁸⁷ est aussi fermement consacrée par le juge judiciaire.

En outre, ces prestations, et celles accomplies par les médecins, supposent la mise à disposition des professionnels des matériels et produits nécessaires⁶⁸⁸, ce qui relève de la partie hospitalière et non hôtelière du contrat.

3. La nécessaire mise à disposition de fournitures, de matériels et produits nécessaires à la réalisation des soins

L'ensemble des prestations accomplies par l'ensemble du personnel aussi bien médical que paramédical, suppose la mise à disposition des professionnels des matériels et produits nécessaires⁶⁸⁹.

Si cette fourniture est l'objet, du moins avec les praticiens libéraux, de clauses contractuelles, elle se situe également sur le terrain des obligations envers le patient, qui doivent être assurées que tout sera préparé pour encadrer et faciliter les soins eux-mêmes.

Un ensemble de devoirs est souscrit par l'établissement. Chacun est en relation avec les autres afin que le traitement du malade hospitalisé soit garanti, même si la clinique promet l'hospitalisation et non la guérison. La nécessaire mise à disposition de fournitures et de produits nécessaires à la réalisation des soins incombe à l'établissement de soins tenu à une obligation de sécurité vis-à-vis du patient.

⁶⁸⁶ CA Paris, 20 mars 2003 : *Juris-data*, n° 226393, *op. cit.* ; F. CHABAS « La responsabilité des cliniques pour défaut d'organisation, étude de droit privé français » : *Gazette du Palais*, 22024, avril 2001.

⁶⁸⁷ CE, 15 décembre 2000, n° 214065, Le Bihan-Graf : Rec. CE 2000, p. 616.

⁶⁸⁸ Caille, C, fasc. Responsabilité médicale, in *Dictionnaire permanent de bioéthique*, n° 78.

⁶⁸⁹ Caille, C, *supra*.

Concernant les produits et médicaments, la clinique souscrit, et dans le cadre du contrat d'hospitalisation et de soins, une obligation de sécurité résultat⁶⁹⁰, transposable au matériel mis en œuvre⁶⁹¹ nonobstant l'imprécision de l'article L. 1142-1, al. 1 du Code de la santé publique. L'on sait par ailleurs qu'en droit public, l'hôpital est devenu garant de la défaillance des appareils de santé qu'il utilise⁶⁹².

4. La nécessaire obligation de l'établissement de santé privé de veiller à la sécurité du patient

Au sein de l'obligation médicale de la clinique se dégage l'obligation plus particulière, qui est une des obligations de sécurité de l'établissement, de mettre à la disposition des malades les professionnels soignants susceptibles de délivrer les soins nécessaires dans les conditions, notamment de délai⁶⁹³, pertinentes, ainsi que – *via* une obligation envers les médecins – un équipement adapté aux interventions des services, c'est-à-dire permettant aux médecins d'exercer leur art dans des conditions compatibles avec la sécurité des malades ; ceci entraîne, par ricochet, l'obligation d'informer le public de la nature et de la qualité des services offerts⁶⁹⁴. En cas de manquement à ce devoir de bonne organisation médicale de la clinique, celle-ci supporte la responsabilité du dommage causé au patient, même lorsqu'en réalité cette faute d'organisation est constituée par des fautes de l'équipe médicale, ce qui est une façon de juger l'établissement responsable de la faute médicale sous cette autre qualification. S'y ajoute le cas échéant la responsabilité pénale du chef d'établissement, s'il a joui de pouvoirs réels sur l'organisation de la clinique, lui permettant de créer ou tolérer l'état dangereux à l'origine du sinistre, la qualification variant selon les espèces entre l'homicide involontaire et la mise en danger consciente de la sécurité d'autrui, la clinique elle-même, personne morale, tombant désormais sous le coup de la loi pénale.

⁶⁹⁰ Cass. 1^{re} civ., 7 novembre 2000 (*Bull.*, n° 279 p. 181). Art. L. 1142-1-1 du Code de la santé publique.

⁶⁹¹ CA Aix-en-Provence, 13 février 2002, *Juris-data*, n° 172645.

⁶⁹² Cons. État, 9 juillet 2003 : *AJDA*. octobre 2003, p. 1946, note M. DEGUERGUE ; D. 2003, IR. 2341.

⁶⁹³ Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2008, n° 07-15.049, FS P+B, Sté polyclinique des Longues Allées c/ G, *Juris-data*, n° 2008-045781.

⁶⁹⁴ Cass. 1^{re} civ., 15 décembre 1999 ; SA Clinique générale d'Annecy c/ Épx S. [arrêt n° 2021 P] *Juris-data*, n° 004439.

De même, la cour d'appel de Montpellier⁶⁹⁵ a jugé qu'en vertu du contrat d'hospitalisation et de soins, un établissement de santé privé est tenu de prendre les mesures nécessaires pour veiller à la sécurité du patient, les exigences afférentes à cette obligation étant fonction de l'état de celui-ci. En l'espèce, en dépit de l'absence de consignes de surveillance précises faites par le médecin au personnel de la clinique, la simple mention par celui-ci dans le compte rendu opératoire d'une prescription de médication en cas d'agitation aurait dû attirer l'attention de l'établissement de soins, qui aurait dû adapter le rythme et les modalités concrètes de son obligation de surveillance à la situation d'un patient dont l'agitation était possible et prévisible, même si elle n'était pas visible et manifeste à la fin d'une opération n'ayant pas nécessité une anesthésie générale. C'est donc à juste titre que le premier juge a considéré qu'il n'existait aucune contestation sérieuse au paiement d'une provision par la clinique au patient.

⁶⁹⁵ CA Montpellier, 5^e ch. A, 24 novembre 2003, SA polyclinique Sainte-Thérèse c/ Tramontana, *Juris-data*, n° 2003-238375.

CONCLUSION DE LA SECTION II

Dans le cadre d'une hospitalisation, le patient est lié par deux contrats lorsque le médecin n'est pas le salarié de l'établissement hospitalier : l'un avec le praticien au titre de l'obligation de soin et l'autre avec l'établissement hospitalier. Le contrat liant un patient à un établissement hospitalier se divise également en deux ; celui hôtelier proprement dit et celui de nature paramédicale.

Un ensemble de devoirs médicaux est souscrit par l'établissement. Chacun est en relation avec les autres afin que le traitement du malade hospitalisé soit garanti, même si la clinique promet l'hospitalisation et non la guérison.

Par le contrat d'hospitalisation (ou contrat hospitalier), l'établissement de santé privé s'engage à fournir « avec prudence et diligence des soins attentifs et consciencieux » au patient⁶⁹⁶. Il constitue la deuxième spécificité engendrée par le caractère privé de l'établissement de santé.

⁶⁹⁶ Cass. 1^{re} civ., 6 mars 1945, Clinique Sainte-Croix, D. 1945, 217.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

Les spécificités juridiques, conférées par le contrat médical et le contrat d'hospitalisation engendrées par le caractère privé de l'établissement de santé, confèrent un rôle d'acteur principal au patient qui se retrouve au cœur de cette double relation contractuelle. Pour autant, si le contrat d'hospitalisation n'apparaît pas contesté en tant que spécificité, il n'en est pas de même en ce qui concerne le contrat médical qui voit son existence remise en question, notamment par la loi du 4 mars 2002. Cette remise en question est à la fois un pas de plus vers une plus grande complémentarité des secteurs publics et privés d'hospitalisation, et dans le même temps une remise en cause du caractère contractuel de la relation médecin-patient. Les développements futurs permettront de revenir sur cette problématique afin d'en apprécier sa persistance ou son évanescence dans les conséquences sur la condition de patient.

CONCLUSION DU TITRE I

L'établissement de soins privé présente trois catégories de spécificités. Des spécificités structurelles conséquences de l'histoire, des spécificités économiques qui font de l'établissement de soins privé une entreprise, au sens économique du terme, et enfin des spécificités juridiques, puisque le contrat est la loi.

À l'origine, l'établissement de santé se positionne en fonction de la condition du patient. La condition du patient est un critère de sélection. Peu à peu sous l'influence du développement industriel, la condition du patient ne devient pas un critère de choix de la part de l'établissement, mais un critère de sélection de la part du patient, puisque la clinique va être pendant très longtemps assimilée à une prise en charge de confort fort coûteuse et difficilement accessible à certaines catégories sociales.

Mais sous l'effet conjugué de la concurrence, de la volonté des patients d'être de mieux en mieux soigné, les établissements de soins vont être amenés à se restructurer afin de mutualiser leurs moyens et offrir au patient un plateau technique performant. Cela ne va que renforcer la dichotomie de notre système de santé.

Face à l'inflation des dépenses hospitalières les pouvoirs publics vont devoir rationaliser les dépenses et permettre aussi bien dans le public que dans le privé une prise en charge du patient dans les meilleures conditions de sécurité et de qualité des soins, au moindre coût. Cela va renforcer la concurrence, la clinique va se positionner de plus en plus comme une entreprise dont la rentabilité et le profit sont la règle. Pour cela elle va se spécialiser et offrir au patient les mêmes services que l'hôpital public. Aussi, le patient devient-il décisionnaire dans le choix de l'offre de soins proposée. Secteur public ou secteur privé, peut apparaître transparent pour lui. Pourtant, le fait d'être hospitalisé en secteur privé va lui conférer le statut de contractant de droit privé. Ainsi, il deviendra partie au contrat dans le cadre du contrat d'hospitalisation le liant à l'établissement de soins, et dans le cadre du contrat médical lors de sa relation avec le médecin. Contrat médical, contrat hospitalier, chaque contrat est conclu séparément, mais les deux sont indivisibles aussi bien pour le patient que pour le professionnel de santé : le médecin ne peut contracter avec le

malade que s'il a d'abord contracté avec l'établissement aux fins d'y exercer son art et recevoir ses malades ; le malade ne peut se faire soigner dans la clinique par ce praticien que s'il a conclu, ou va conclure, il n'importe, le contrat hospitalier. La jurisprudence atteste ce lien entre les contrats « superposés » : si le contrat d'exercice du professionnel est résilié, il peut être provisoirement maintenu pour permettre la réalisation des contrats médicaux en cours.

Si le contrat d'hospitalisation permet d'appréhender les effets juridiques sur le patient, le contrat médical semble beaucoup plus « discret » dans ses effets. Il n'en demeure pas moins qu'il confère une spécificité au médecin, qui se doit à une obligation personnelle d'exercer et au patient de choisir son médecin par un libre consentement.

Pourtant, on peut se poser la question, face à ces constats de la spécificité privée de l'établissement de santé sur la condition du patient. Le contrat médical nous laissant entrevoir certaines réponses dans une même applicabilité de droits quel que soit le secteur d'hospitalisation, semble-t-il, pourrait-on dire que cette dichotomie publique/privée a vécu au bénéfice d'une condition unique du patient quel que soit son lieu d'hospitalisation ? Tel sera l'objet du titre II.

TITRE II

LA SPÉCIFICITÉ DE L'ÉTABLISSEMENT DE SANTÉ PRIVÉ ET LES DROITS DU PATIENT

Les différentes spécificités qui participent à la définition d'un établissement de santé privé et plus particulièrement d'un établissement de santé privé commercial ayant été analysées, il convient de s'interroger sur les conséquences, éventuelles, que peuvent engendrer ces diverses spécificités dans la prise en charge du patient hospitalisé en établissement de santé privé. En effet, le patient se voit reconnaître des droits que l'on qualifie pour certains de principes fondamentaux ou de droits constitutionnels, ce qui par définition, sous-entend qu'un patient se voit appliquer les mêmes droits quel que soit l'établissement où il se trouve. Constat que vient renforcer la loi HPST.

Pourtant, la dichotomie publique/privée subsiste, et ce malgré la volonté des pouvoirs publics de rendre les deux secteurs d'hospitalisation complémentaires. Est-ce à dire que la dualité de notre système de santé aurait des conséquences sur les droits du patient selon la nature juridique de la structure d'hospitalisation ? Plus précisément, le patient hospitalisé en établissement de santé privé se verrait-il reconnaître un statut particulier d'une application privée des droits du patient, engendrée par la spécificité privée de l'établissement d'hospitalisation ? Ceci permet de s'interroger : Le patient souhaitant se faire hospitaliser, se voit-il appliquer les mêmes droits, quelle que soit la structure d'hospitalisation ?

Telle est la problématique des développements suivants. Afin de tenter d'apporter une réponse, seront, tout d'abord envisagés, les droits du patient hospitalisé en établissement de santé privé lorsqu'il est partie au contrat, cela lui conférant la condition de contractant de droit privé (chapitre I). Le chapitre II abordera les droits du patient hospitalisé en tant que consommateur de soins, d'un établissement de santé privé, qui, lui, se trouve en situation d'offres de soins (prestations de soins) (chapitre II).

LES DROITS DU PATIENT, CONTRACTANT DE DROIT PRIVÉ, HOSPITALISÉ EN ÉTABLISSEMENT DE SANTÉ PRIVÉ

Envisager les droits du patient lorsque ce dernier est contractant de droit privé c'est aborder les éventuelles conséquences des différents contrats auxquels il est lié soit directement, dans le cas du contrat médical, ou du contrat d'hospitalisation, soit indirectement, dans le cas des contrats d'exercices qui lient les professionnels de santé libéraux aux établissements de soins privés, dans l'application des droits des patients.

Afin d'appréhender l'influence de la relation contractuelle sur le droits du patient, il sera envisagé son impact sur le droit au libre choix, principe fondamental et absolu du patient. Il sera abordé plus précisément sous l'angle du contrat d'exercice (section I). L'influence de la situation contractuelle du patient sur son droit à réparation, constituera la deuxième partie du développement (section II).

SECTION I

L'influence de la relation contractuelle sur le libre choix

Le concept de démocratie sanitaire a pour conséquence de faire du patient un patient-citoyen participant au fonctionnement du système de santé en général et du système de soins en particulier. Cependant ce statut de patient-citoyen, démocrate de la santé, ne pourra s'exercer réellement que si le patient peut effectivement se prévaloir des libertés y étant afférentes. Ainsi, il convient de s'intéresser à celle reconnue comme fondamentale que constitue le libre choix du praticien par le patient. Ce principe du libre choix est énoncé à l'article L. 1110-8 du Code de la santé publique, issu de la loi du 4 mars 2002, qui prévoit que « le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé est un principe fondamental de la législation sanitaire ». Ce principe se trouve conforté par l'article 6 du Code de déontologie médicale qui énonce « *Le médecin doit respecter le droit que possède toute personne de choisir librement son médecin* ». Par ailleurs, l'article L. 1111-1, alinéa 1^{er} du Code de la santé publique précise « Le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé est un principe fondamental de la législation sanitaire ».

Cependant, la spécificité contractuelle de la relation médecin-établissement de santé, notamment du fait de la clause d'exercice privilégié, amène à s'interroger sur l'influence du contrat d'exercice sur le droit au libre choix du patient (paragraphe 1). Par ailleurs, l'établissement de santé privé ayant une tendance à une spécialisation et à une activité programmée, sera également envisagé l'impact de la relation contractuelle sur le droit au libre choix du patient dans le cadre de la permanence des soins en établissement de santé privé (paragraphe 2).

Paragraphe 1 – L’influence du contrat d’exercice sur le droit au libre choix du patient

Si le contrat d’exercice existant entre le médecin et l’établissement de santé n’intéresse pas directement le patient, ce dernier n’en demeure pas pour autant étranger dans ses conséquences, notamment en ce qui concerne le libre choix. En effet, si le libre choix constitue un principe absolu, ceci implique que son application doit – être identique quel que soit le lieu d’hospitalisation du patient. Au regard de l’ensemble des spécificités qu’engendrent le contrat d’exercice, que ce soit la clause d’exercice privilégiée (A) ou la cession de clientèle (B) qu’en est-il du respect du droit au libre choix du patient. Ces différentes situations permettront de constater que paradoxalement, et malgré les différentes complexités contractuelles, le patient est plus libre d’exercer son choix en établissement de santé privé qu’en établissement public de santé (C).

A – L’influence de la clause d’exercice privilégiée

Lorsque le patient doit se faire hospitaliser, plusieurs possibilités se présentent à lui. Si peu lui importe le médecin, et peu lui importe l’établissement de santé, auquel cas le praticien et l’établissement s’imposent à lui. S’il veut rester maître de ses choix, dans ce cas précis il se heurte à deux alternatives. Si le médecin qu’il a choisi exerce dans l’établissement qu’il a également choisi, le principe du libre choix est alors respecté à tous les niveaux. Si le médecin n’exerce pas dans l’établissement : dilemme de l’établissement de santé privé qui doit respecter le principe du libre choix du médecin par le patient, d’une part, et d’autre part, a le devoir d’honorer son engagement contractuel d’exclusivité auprès de ses médecins.

En effet, en vertu de la clause d’exclusivité, la clinique s’engage à n’accueillir aucun praticien de la même spécialité que le créancier de l’exclusivité sans son accord. Elle garantit également à la clinique la présence d’un médecin spécialiste susceptible d’intervenir à tout moment auprès de ses patients.

Les clauses d’exclusivité doivent se concilier avec le principe à caractère impératif du droit du malade au libre choix. Par conséquent, elles ne peuvent donc s’opposer à ce que le

patient qui s'adresse à un établissement de soins puisse faire appel à un spécialiste extérieur dès lors qu'il en est le client personnel.

Pourtant, certains ont, durant un temps, retenu une conception restrictive selon laquelle le libre choix du patient se limite à celui de l'établissement. On assistait alors à la primauté de la convention d'exercice exclusive sur le libre choix du patient (1). Cependant, une jurisprudence plus récente a, au contraire, favorisé la primauté du libre choix du malade sur la convention d'exercice privilégié (2).

1. La primauté de la convention d'exercice sur le libre choix du patient

Si l'on assimile l'établissement de santé privé à une entreprise, du moins dans son fonctionnement, sa viabilité repose sur la rentabilité et l'efficacité. Par conséquent, l'établissement privé est tenu à un résultat qu'il fait fructifier en recrutant les médecins les plus compétents et qui seront susceptibles d'augmenter le rayonnement de la clinique, donc d'attirer le plus grand nombre possible de patients afin d'augmenter le chiffre d'affaires et d'être le plus rentable possible dans un bassin de population donné. Pour cela, le contrat d'exercice, va apparaître comme une garantie aussi bien pour l'établissement de santé que pour le médecin. En effet, ce dernier s'assure une rémunération à la hauteur de l'objectif proposé par la clinique, qui, elle, attend un nombre croissant de patients. Cette garantie se traduit par les clauses d'exclusivité. Aussi, entre les obligations résultant des clauses d'exclusivité consenties et la règle du libre choix de son médecin par le malade, la préférence est évidemment donnée aux engagements contractuels. On constate donc que les établissements de santé privés ne respectent pas à ce moment-là le principe du libre choix. Mais paradoxalement ils n'encourent aucune responsabilité de ce fait, puisque si le patient souhaite voir intervenir d'autres médecins que ceux proposés par l'établissement, il lui suffit de changer d'établissement de santé. Ainsi, le principe du libre choix est-il respecté, puisque le patient en choisissant la clinique, choisit *de facto* son médecin.

Cette conception restrictive selon laquelle le libre choix du patient se limite à celui de l'établissement sera retenue par certains auteurs⁶⁹⁷. J. Bardoul, soutenant sa thèse en

⁶⁹⁷ BARDOUL, Jacques, *Médecins et cliniques ; les médecins dans leurs rapports juridiques avec les cliniques*, Thèse Paris, décembre 1950, n° 116 ; J. Savatier, note sous Cass. 1^{re} civ., 24 mai 1960, JCP 1961. II. 120444.

1950⁶⁹⁸, précisait : « La liberté de choisir son médecin est une liberté toute relative, son exercice peut être limité en fait par de nombreuses circonstances »⁶⁹⁹.

En choisissant l'établissement, le patient accepte d'être soigné par les médecins qui y exercent. Pendant très longtemps la jurisprudence ira dans ce sens. Ainsi, le tribunal civil de Bergerac et la cour d'appel de Bordeaux⁷⁰⁰ font jouer son plein sens à la clause d'exclusivité, en considérant que le patient doit changer d'établissement s'il souhaite être pris en charge par des praticiens autres que ceux liés à la clinique⁷⁰¹. Toutefois, des nuances seront apportées, à cette conception restrictive, qui précisait que le patient est libre de se faire soigner par le médecin de son choix, si ces soins sont prodigués en dehors de l'établissement et après sa sortie⁷⁰². La cour d'appel d'Amiens⁷⁰³ a jugé que « la clause ne doit pas supprimer le libre choix du médecin par le malade sous peine de devenir illicite eu égard au caractère d'ordre public de ce principe de déontologie médicale ». De même, pour valider une convention comportant une clause d'exclusivité, un arrêt de la première chambre civile du 3 novembre 1988⁷⁰⁴ relève qu'« elle ne portait pas atteinte au libre choix d'un médecin

⁶⁹⁸ BARDOUL, Jacques, *Médecins et cliniques ; les médecins dans leurs rapports juridiques avec les cliniques*, Thèse Paris, décembre 1950, p. 30, 89 ; G. MÉMETEAU, *Contrat d'exclusivité de la clinique, et volonté de l'hospitalisé*, Nouv. pr. méd., 1974, p. 2590.

⁶⁹⁹ Et de préciser, illustrant la relativité de ce droit, l'urgence en tout premier lieu, qui empêche le patient de choisir un médecin qui exercerait dans une ville éloignée. Puis il précise que, quand bien même un patient choisirait son médecin, ce dernier pourrait toujours le refuser. Enfin si un praticien a signé un accord de non-concurrence pour un temps déterminé dans une zone délimitée, il ne peut soigner de malades dans ce périmètre. L'auteur conclut donc que « le libre choix du malade ne se ramène souvent qu'au seul droit de refuser les soins ». Propos cités par O. Lantres, *La responsabilité des établissements de santé privés*, Thèse de droit privée soutenue à l'université de Poitiers, 29 octobre 1999, Les Études hospitalières, p. 108.

⁷⁰⁰ CA Bordeaux, 30 mai 1933, *Gazette du Palais*, 1933. 2. 255.

⁷⁰¹ Harichaux, Michèle, *Sur l'exclusivité des médecins exerçant dans les établissements d'hospitalisation privée*, JCP Ed. G., 1979-I-2950 – Cass. 1^{re} civ., 29 mai 1979 : D. 1981, inf. rap. p. 253, note Penneau.

⁷⁰² CA Amiens, 5 novembre 1979, D. 1980. 348, note M. HARICHAUX-RAMU.

⁷⁰³ La cour d'Amiens intervenait en tant que cour de renvoi après l'arrêt de la Cour de cassation du 23 novembre 1976 ; *Bull. civ.*, 1^{re} partie, p. 283, n° 359 ; cité également in G. GAZAC, « Libre choix et clause d'exclusivité en établissements de soins », *Le Concours médical*, 1977, vol. 99-42, p. 6586. En l'espèce, l'arrêt attaqué retient que « s'il est établi que la clinique laisse le libre choix du gynécologue accoucheur aux futures mères, il est aussi établi qu'elle refuse le libre choix du pédiatre à ces futures mères pour l'enfant à naître ; qu'elle ne peut soutenir que celles-ci ont la possibilité d'accoucher ailleurs, ce qui leur permettra d'obtenir le pédiatre de leur choix alors que ce choix doit être libre et total en raison même du contrat qui lie le patient à son médecin conclu sur l'intuitu personae ». L'arrêt indique en outre que « ce n'est qu'en l'absence de toute préférence ou de choix clairement manifesté par la future mère que la clinique est tenue de faire appel aux deux pédiatres de son établissement en vertu de la convention qui la lie ». Cette même idée se retrouve dans l'article 11 du décret n° 75-750 du 7 août 1975 relatif aux établissements qui reçoivent des femmes enceintes et aux termes duquel : « Tout établissement ou section d'accouchement doit disposer d'un médecin qualifié en pédiatrie. Sauf recours de la femme à un autre praticien, ce médecin en pédiatrie est chargé de l'examen médical du nouveau-né et de l'établissement du certificat de santé obligatoire. » Or, l'arrêt constate que les pédiatres défendeurs au pourvoi se sont vus interdire l'accès aux chambres des mères alors que celles-ci avaient demandé à les consulter.

⁷⁰⁴ *Bull. civ.* I, n° 302 ; *RDSS*, 1988, p. 285, obs. G. MÉMETEAU.

dès lors qu'il s'agissait de malades ayant fait le choix de leur médecin avant leur hospitalisation ».

La clause d'exercice privilégié, on le sait, assure la clinique de la disponibilité permanente de praticiens qu'elle peut proposer à tous ses clients et qui en théorie doivent répondre à toutes les urgences. C'est pourquoi le contrat ne peut être exercé que dans les locaux de la clinique⁷⁰⁵. De son côté, le médecin bénéficiaire de la clause est en principe garanti contre la concurrence des confrères de la même spécialité⁷⁰⁶. On comprend que la jurisprudence valide *a priori* de telles stipulations d'intérêt commun⁷⁰⁷, approuvée en cela par la doctrine. La clause fera donc la loi des parties⁷⁰⁸.

Toutefois, deux raisons déterminantes conduisent à en restreindre la portée. D'abord, la règle de l'effet relatif des contrats puisque la clause ne lie pas les autres médecins de l'établissement si ce n'est dans les limites de leur obligation extracontractuelle de ne point porter atteinte aux droits des parties. C'est ensuite le principe d'ordre public du libre choix du médecin par le malade formulé par les articles L. 162-2 du Code de la sécurité sociale et L. 1110-8 du Code de la santé publique.

Bien que certaines décisions anciennes⁷⁰⁹ aient donné à penser qu'en faisant le choix d'un établissement de santé, le patient acceptait automatiquement de se faire soigner par le personnel de cet établissement, la jurisprudence contemporaine a fait prévaloir le principe du libre choix sur la clause d'exclusivité.

2. La primauté du libre choix du patient sur la convention d'exercice

Jusque dans les années 1970, le patient, vulnérable, profane, se voit imposer la décision médicale. Ainsi, entre les obligations résultant des clauses d'exclusivité consenties et la règle du libre choix de son médecin par le malade, la préférence est évidemment donnée aux engagements contractuels. Par conséquent les cliniques ne respectent pas le principe du libre choix, mais, par ailleurs n'encourent aucune responsabilité de ce fait. La

⁷⁰⁵ Cass. 1^{re} civ., 17 juin 1997 : D. 1997, jurispr. p. 604, note G. MÉMETEAU.

⁷⁰⁶ MÉMETEAU, Gérard, *L'hospitalisation privée*, Litec, n° 140-141.

⁷⁰⁷ Cass. 1^{re} civ., 23 novembre 1976 : *Bull. civ.* I, n° 359.

⁷⁰⁸ Cf. HARICHAUX, Michèle, *Sur l'exclusivité des médecins exerçant dans les établissements d'hospitalisation privée*, JCP éd. G., 1979, I, 2950. – Cass. 1^{re} civ., 29 mai 1979 : D. 1981, inf. rap. p. 253, note PENNEAU.

⁷⁰⁹ CA Bordeaux, 30 mai 1933 : *Gazette du Palais* 1933, 2, p. 255.

jurisprudence et la doctrine sont en total accord avec cette approche, comme cela vient d'être abordé, à savoir que le patient doit changer d'établissement s'il souhaite être pris en charge par des praticiens autres que ceux liés à la clinique⁷¹⁰.

Le droit reconnu au malade par les articles L. 162-2 du Code de la sécurité sociale et 6 du Code de déontologie médicale de choisir librement son médecin, n'est pas une simple règle déontologique, mais constitue un principe d'ordre public de portée générale.

Par ailleurs, pour l'article 1165 du Code civil, le malade est un tiers à la convention entre la clinique et le praticien ; dès lors qu'il a un droit d'ordre public lui permettant de choisir librement son médecin, la convention ne peut lui être opposée.

Ainsi, dans un jugement du 8 juillet 1975⁷¹¹, le tribunal de grande instance de Paris considère qu'un chirurgien peut avoir recours à d'autres anesthésistes que ceux bénéficiant d'une clause d'exclusivité dans la clinique. Cela constitue alors un revirement de la jurisprudence. Le principe de l'opposabilité permanente de la clause d'exclusivité s'effondre, et peu à peu les magistrats vont progresser dans cette orientation juridique.

Allant plus loin, dans un arrêt du 23 janvier 1987⁷¹², la première chambre civile de la Cour de cassation considère qu'il est possible pour une clinique d'avoir recours à un médecin pratiquant l'anatomopathologie et la cytologie à l'extérieur de la clinique, alors qu'un praticien bénéficiait d'une exclusivité dans l'établissement pour cette spécialité. Il est, dès lors, possible de considérer que, si la clause d'exclusivité ne limite pas la clinique, il est difficile d'imaginer qu'une situation différente puisse prévaloir pour l'hospitalisé. Mais il faudra attendre un arrêt du 31 octobre 1989⁷¹³, pour que la Cour de cassation opère une avancée décisive. En effet, en l'espèce, un médecin qui a vu son contrat rompu dans une clinique alors qu'il bénéficiait d'un exercice exclusif, est appelé par un malade ; or, alors que ce praticien est désormais extérieur à la clinique, la haute juridiction considère que celui-ci est autorisé « à exercer dans la clinique chaque fois qu'un malade souhaite faire appel à lui, le principe du libre choix de son médecin par le patient étant d'ordre public ». Une clinique

⁷¹⁰ Cf. HARICHAUX, Michèle, *Sur l'exclusivité des médecins exerçant dans les établissements d'hospitalisation privée*, JCP éd. G., 1979-I-2950.

⁷¹¹ T. G. I. Paris 8 juillet 1975, *Bull. Ordre*, avril 1976, p. 55.

⁷¹² D. 1987, *Somm. comm.*, p. 418 ; A. DORSNER-DOLIVET, « Les clauses d'exclusivité entre médecins et cliniques », *Médecine et droit*, n° 4, janv.-fév. 1994, p. 19.

⁷¹³ Cass., 31 octobre 1989, *Juris-data*, n° 003422 ; I. LUCAS-BALOUP, *Médecins-cliniques, cent questions sur le contrat d'exercice*, SCROF, 1992, p. 131.

ne peut pas non plus interdire son accès à un médecin qui y a exercé et dont le contrat a été résilié, dès lors qu'un patient demande à faire appel à lui⁷¹⁴.

Le Conseil d'État, va aller encore plus loin, dans une décision « syndicats des médecins libéraux » du 27 avril 1998, puisqu'il qualifie ce droit de principe général du droit⁷¹⁵.

Dès lors la jurisprudence fait application de ce principe avec rigueur, affirmant son caractère d'ordre public⁷¹⁶. En permettre l'exercice par le patient est une obligation professionnelle et déontologique, affirmée par les différents textes en la matière. La jurisprudence ne cesse depuis d'affirmer que la clause doit respecter le libre choix par le patient de son praticien, tout en précisant l'étendue du libre choix⁷¹⁷ en retenant que le patient pouvait faire appel à un médecin extérieur à l'établissement, limitant ainsi la portée de la clause d'exclusivité⁷¹⁸.

Par conséquent, le libre choix ne se limite pas à l'établissement. Le patient libre de choisir le médecin, a la possibilité de refuser d'être soigné par les médecins bénéficiaires d'une exclusivité et de faire appel à un spécialiste extérieur à l'établissement. L'article L. 1110-8 du Code de la santé publique issu de la loi du 4 mars 2002 va en ce sens en énonçant le libre choix de son praticien et de son établissement. Pour l'exercer, le patient doit manifester expressément sa volonté d'être soigné par ce dernier. L'exclusivité s'applique pleinement toutes les fois que le patient ne fait le choix d'aucun médecin. La clause est donc supplétive de volonté⁷¹⁹.

Ce revirement de jurisprudence s'il constitue une avancée pour le patient amène à s'interroger sur la place de la clause d'exclusivité accordée par la clinique au médecin. Même si elle n'est pas réduite à néant, son contenu se trouve largement restreint. Aussi n'est-il pas étonnant qu'elle soit dénommée depuis quelques années « clause d'exercice privilégiée ».

⁷¹⁴ Cass. 1^{re} civ., 31 octobre 1989, n° 88-15.352, Clinique du Croisé Laroche ; *RDSS* 1990, p. 351, note G. MÉMETEAU.

⁷¹⁵ CE 18 février 1998, Section locale du Pacifique Sud de l'ordre des médecins, req. n° 171851 ; J.-Cl. Droit administratif, juin 1998, p. 25 ; JCP Ed. G., 1998-I-181, p. 2059.

⁷¹⁶ Cass. 1^{re} civ., 31 déc. 1989, n° 88-15.352.

⁷¹⁷ Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2003, JCP 2004. II. 10115, concl. Sainte Rose.

⁷¹⁸ Cass. 1^{re} civ., 19 septembre 2007, n° 05-20.564.

⁷¹⁹ Cass. 1^{re} civ., 3 novembre 1988, *Bull. civ. I*, n° 302, *RDSS* 1988. 285, obs. G. MÉMETEAU.

Si la clause d'exercice privilégiée ne semble pas porter atteinte au libre choix du praticien par le patient qu'en est-il de la cession de clientèle autre conséquence du contrat d'exercice.

B – L'influence de la cession de clientèle médicale sur le libre choix du patient

Dans le cadre de son hospitalisation en établissement de santé privé, abordé comme une entreprise lors du titre I, le patient est un client. Au même titre, que lors de sa relation avec le médecin dans le cadre de son contrat médical.

Se pose alors la question du libre choix par le patient du médecin, lorsque ce dernier cède sa clientèle. En effet, en cas de cession de clientèle le patient se retrouve contraint d'accepter une situation voulue unilatéralement par le médecin.

La meilleure façon d'appréhender cette notion reste l'analyse jurisprudentielle, qui, a rejeté en première intention la cession de clientèle (1) pour l'admettre par la suite (2).

1. La cession de clientèle, obstacle au libre choix du patient

La clientèle médicale n'est qu'une forme de clientèle civile. Or l'évolution de la matière montre que l'on est passé progressivement d'un refus d'admettre la validité de toute cession de clientèle civile, à une admission détournée, jusqu'à une reconnaissance totale.

1.1 Du refus absolu

Le tribunal de la Seine a retenu lors de sa décision du 25 février 1846⁷²⁰, que la confiance, qui est le seul lien entre le patient et son médecin, ne pouvait être l'objet d'une obligation contractuelle. Le raisonnement suivi, voulait que l'on ne puisse pas contracter sur un objet impossible, comme le prévoit l'article 1126 du Code civil. Or l'objet de l'obligation est la confiance que le patient porte en son médecin. Cependant, la confiance est liée *intuitu*

⁷²⁰ Trib. civ. de la Seine, 25 février 1846, D. 1846, 3, 62 ; S., 1846, 2, 142.

personae au médecin. Dès lors il est certain qu'elle ne peut être transmise, le médecin n'étant plus le même. Au juge de conclure, que le contrat est donc nul car l'objet de l'obligation du vendeur est impossible et n'existe pas dans la réalité.

Plus récemment, la Cour de cassation s'est fondée sur l'idée que la clientèle était hors commerce, au regard de l'article 1128 du Code civil. Dès lors, le contrat de cession est nul pour « absence d'objet et de cause »⁷²¹ ou pour cause illicite, au regard des articles 1131 et 1133 du Code civil, la personne humaine ne pouvant pas être au centre d'une convention⁷²². Cependant, un tel fondement fut critiqué comme induisant la possibilité que la clientèle puisse faire partie du commerce.

1.2 ...À une admission progressive.

Mais, un arrêt rendu par la Cour de cassation le 7 novembre 2000⁷²³, convient d'être évoqué ici. Il permet d'aborder « la patrimonialité des clientèles libérales ». Par cette décision, la haute juridiction pose le principe que « si la cession de la clientèle médicale, à l'occasion de la constitution ou de la cession d'un fonds libéral d'exercice de la profession n'est pas illicite, c'est à condition que soit sauvegardée la liberté de choix du patient ». Ainsi, cet arrêt reconnaît la cession de clientèle comme licite mais prévoit des limites par le respect de la liberté de choix du patient et la cession ne pouvant s'effectuer qu'à l'occasion de la constitution ou de la cessation d'un fonds libéral. Tout en reconnaissant la cession de clientèle, les juges la déclarent comme nulle en l'espèce, car attentatoire à la liberté de choix du patient. En l'espèce, un chirurgien voulant céder son cabinet avait vendu une partie de sa clientèle, alors que ledit chirurgien continuait d'exercer. L'atteinte au libre choix du patient apparaît alors manifeste ; on peut difficilement concevoir que le patient comprenne et accepte ce partage de clientèle et change de praticien, alors que celui-ci continue d'exercer. Pour autant, on ne peut déduire de cette décision que les conventions de partage de

⁷²¹ Cass. 1^{re} civ., 7 février 1990, *Bull. civ.* I, I, n° 38 ; Defrénois, 1990, art. 34837, p. 1018, obs. J.-L. AUBERT ; D. 1991, somm., p. 319, obs. J.-L. AUBERT ; RTD Civ., 1991, p. 561, obs. F. ZENATI.

⁷²² Cass. 1^{re} civ., 1^{er} octobre 1996, *Bull. civ.* I, n° 332, D., 1997, somm., p. 171, obs. R. LIBCHABER.

⁷²³ Cass. 1^{re} civ., 7 novembre 2000, JCP, 2001, II, 10452 note F. VIALLA ; JCP, 2001, I, 301, p. 432, note J. ROCHFELD ; Cont. Concu. Conso., 2001, n° 2, p. 12, note L. LEVENEUR. Cf. M.-C. CHEMTOB, « Cession de clientèle médicale : licéité sous réserve du respect de la liberté de choix du patient », Cont. Concu. Conso., 2001, n° 4, p. 9.

clientèle sont illicites, preuve en est par la décision de la Cour de cassation du 17 octobre 1997⁷²⁴ qui reconnaît comme valide la cession d'un droit de présentation partielle.

Un autre arrêt de la Cour de cassation a clairement opposé la liberté du patient à la reconnaissance de la validité de cette convention. Dans ce cas présent la Cour retient l'ultraspécialisation du médecin comme motif pour écarter la convention, la haute technicité du médecin faisant obstacle au libre choix du patient, celui-ci n'ayant pas la possibilité de s'adresser à un autre médecin, que le médecin acheteur. Cependant une partie de la doctrine critique cette décision, dénonçant une confusion entre l'éventuelle pression subjective exercée sur le patient et la réalité objective du patient. Ainsi, soit ce sont les procédés maîtrisés par le médecin qui atteignent le libre choix, par conséquent la cession peut être nulle, soit le libre choix est atteint par la situation objective, la spécificité des soins réclamés, et la convention ne sera pas nulle. Quoi qu'il en soit, cette jurisprudence reconnaît une protection de plus au libre choix du patient en ne reconnaissant pas cette cession de partage de clientèle au motif d'une ultraspécialisation du médecin.

De plus, l'impossibilité de céder la clientèle se trouve remise en cause pour un autre motif. Progressivement il est admis que la clientèle ne se rattache pas exclusivement à la personne du médecin mais aussi aux cabinets médicaux, qui ont acquis une certaine notoriété. En accord avec cette évolution, la jurisprudence a admis, dans certains cas, le rattachement de la clientèle au fonds de commerce et non plus à la personne même du médecin⁷²⁵.

Toutefois, même si elle refuse la cession de clientèle, la jurisprudence va admettre la cession d'un droit de présentation⁷²⁶, façon contournée, d'une admission progressive de la cession de clientèle médicale.

⁷²⁴ Cass. 1^{re} civ., 17 octobre 1997, D. 1998, p. 78, note B. Beignier ; JCP G, 1997, IV, 2273, Cont. Concu. Conso., 1998, comm. n° 19, obs. L. LEVENEUR.

⁷²⁵ Cass. 1^{re} civ., 5 mai 1993, *Bull. civ. I*, n° 157 ; Defrénois 1994, art. 35691, p. 120, obs. M.-C. FORGEARD ; JCP, 1994, II, 22279, note G. MÉMETEAU.

⁷²⁶ CA Paris, du 29 décembre 1847 S., 1848, 2, 64.

2. La présentation de clientèle permet le libre choix du patient

Parallèlement au refus de la cession de clientèle, la jurisprudence a admis la possibilité d'une cession d'un droit de présentation.

La présentation de clientèle met à la charge du médecin une obligation de présenter son successeur à ses patients. Cette obligation de moyens inhérente au médecin revient à mettre tout en œuvre pour que la confiance se reporte sur son successeur. Une distinction opérée par la Cour de cassation qui peut sembler quelque peu subtile tant la finalité, aussi bien du droit de présentation que de la cession de clientèle est proche et repose sur la terminologie adoptée. Ainsi, lorsque le terme de « cession de clientèle » est employé, le contrat est nul, alors que l'emploi des termes « présentation de clientèle » rend le contrat valable.

Même s'il est indéniable que les juges ont pris en compte au fur et à mesure de leurs décisions la cession de clientèle, cette dernière demeure fortement encadrée, comme l'on a pu le constater à la lecture des décisions. Cependant, cette cession a surtout été reconnue par le biais du droit à présentation reconnu au praticien, et c'est celui-ci qui peut poser des difficultés, puisqu'il permet une cession de clientèle à laquelle les juges pourront opposer le libre choix après une analyse factuelle de sa mise en place. Par conséquent, cette approche casuistique, factuelle, est à la fois positive car permettant une certaine souplesse dans l'application, mais à la fois négative car elle laisse planer une certaine insécurité de par la souveraineté des juges.

Par conséquent, le contrat d'exercice et les différentes clauses afférents ne constituent pas un obstacle au libre choix du patient aussi bien de son médecin que de son établissement de santé. Le droit au libre choix du médecin est reconnu à tout patient quel que soit son lieu d'hospitalisation, même si ce libre choix semble plus facile à exercer en établissement de santé privé qu'en établissement public de santé.

Il est à noter, qu'un important arrêt⁷²⁷ juge qu'une rupture de contrat médecin-clinique sans respect total du préavis conventionnel prive indirectement les malades de leur libre choix en ne permettant pas au médecin de poursuivre son activité dans de bonnes conditions.

⁷²⁷ Cass. 1^{re} civ., 8 décembre 1987, *RDSS*, 1988, 283.

C – Le patient plus libre de son choix en établissement de soins privé qu’en établissement public de santé

Si le patient dispose du libre choix de son médecin, paradoxalement alors que l’établissement de santé privé est une imbrication de relations contractuelles, il semblerait que l’exercice du libre choix soit plus aisé en établissement de soins privé qu’en établissement public de santé. En effet, même si le libre choix du médecin par le patient est possible à certaines conditions (1), il s’impose le plus souvent au patient(2).

1. Le choix du médecin en établissement de santé public s’impose au patient

Si l’on évoque dans le processus législatif visant à conférer un véritable statut au patient, la loi du 31 décembre 1970, portant réforme hospitalière, on s’aperçoit que cette loi énonce le principe du libre choix par le patient et permet de s’intéresser à la place du patient dans sa relation avec l’établissement public de soins. Mais paradoxalement la situation du patient à l’hôpital public semble contraire au principe affirmé par cette loi. En effet, l’exercice de ce droit que constitue le libre choix n’existe pas à l’hôpital public (sauf dans les hypothèses strictement déterminées de contrat entre le patient et le médecin). Si le patient peut choisir son établissement de santé, son droit de choisir le médecin au sein de l’établissement public de santé sera plus limité, car le choix du médecin en établissement public s’impose au patient.

En effet, l’usager de l’hôpital public ne peut modifier à son gré les modalités de prise en charge dans le service, ni nouer de relations juridiques personnelles avec le médecin hospitalier. Un patient ne peut donc pas se plaindre, même si à l’origine il a été vu, lors de sa consultation, par le chef de service, d’être opéré par un assistant du service dès lors que celui-ci présente toutes les conditions nécessaires à l’exercice de la médecine en France.

De même le patient, se faisant hospitaliser en établissement de santé public ne peut récuser un praticien ou un agent hospitalier, notamment pour des raisons à caractère culturel ou religieux (refus d’être soigné par une personne d’un autre sexe, par exemple), le libre choix devant s’accommoder des règles d’organisation du service, des tours de garde⁷²⁸.

⁷²⁸ Circulaire DHOS n° 57 du 2 février 2005 relative à la laïcité dans les établissements de santé.

Le Conseil d'État a souligné dans son rapport annuel 2004⁷²⁹, qu'à l'hôpital, la demande de se faire soigner par un médecin du même sexe ne saurait primer sur les contraintes d'organisation du service⁷³⁰.

2. Un choix imposé qui n'est pas absolu

Si le patient hospitalisé en établissement public de santé se trouve dans une position statutaire de droit public, une situation ne permettant pas, en principe le maintien de la relation contractuelle due à la disparition de l'entente et du versement des honoraires⁷³¹, il faut cependant préciser que tout libre choix n'est pas annihilé par la relation statutaire comme le prévoit l'article 9 du décret du 14 janvier 1974⁷³². En effet, ce texte prévoit que pour les disciplines qui comportent plusieurs services, le patient peut choisir dans quel service il désire être admis. De plus l'article 13 de ce même décret complète ce libre choix du service, en reconnaissant que « les malades peuvent être admis sur leur demande, avec l'accord du médecin intéressé, dans le secteur privé des médecins à plein-temps qui en disposent ou en clinique ouverte ». Par conséquent, on peut en déduire que malgré la source légale du principe, la liberté de choix est difficile à appliquer dans les établissements de santé publics, sauf dans certains cas tels que ceux prévus, par exemple par le décret du 14 janvier 1974.

Le droit au médecin de son choix est aujourd'hui reconnu à tout patient qui souhaite se faire hospitaliser en établissement de santé privé, le contrat d'exercice n'étant pas un obstacle à la mise en œuvre de ce droit, et semblant plus facile à exercer en établissement de soins privé qu'en établissement public de santé.

Si le patient reste libre du choix de son médecin, qu'en est-il de l'établissement de santé ? le patient peut-il choisir de se faire hospitaliser en établissement de santé privé dans le cadre de la permanence des soins ?

⁷²⁹ Rapport public du Conseil d'État 2004, Considérations générales : Un siècle de laïcité (EDCE n° 55), 2004, p. 332.

⁷³⁰ DUPONT, Marc, BERGOIGNAN-ESPER, Claudine, PAIRE, Christian, *Droit hospitalier*, 6^e éd., Paris, Dalloz, p. 536.

⁷³¹ LEMOYNE DE FORGES, Jean-Michel, *L'hospitalisé*, *Op-cit.*, p. 326-327.

⁷³² Décret n° 74-27 du 14 janvier 1974 relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers et des hôpitaux locaux.

Paragraphe 2 – L’influence de la relation contractuelle sur le libre choix de l’établissement de santé dans le cadre de la permanence des soins

Tout établissement de santé, quel que soit son statut ne peut refuser un patient qui se présente (A). Pour autant, ce principe se trouve mis à rude épreuve dans le cadre de la permanence des soins en établissement privé (B).

A – L’établissement de santé accueille tous les patients

L’établissement de santé privé est un établissement de santé avant tout et de fait est tenu aux obligations de tout établissement de santé. Conformément à l’article L. 1111-1 du Code de la santé publique, il est tenu d’accueillir toute personne se présentant pour une hospitalisation.

Toutefois, la multiplication des contrats, et notamment le contrat d’exercice, de par ses effets, ont-ils un impact sur le principe de libre choix de l’établissement de santé, dont dispose le patient ?

À cette fin sera envisagée, d’une part, l’influence de la clause d’exercice privilégié sur le libre choix (1), alors même que la loi HPST permet à tout établissement d’exercer des missions de service public, d’autre part (2).

1. La clause d’exercice privilégié n’est pas une limite au libre choix de l’établissement de santé privé par le patient

Pour l’établissement de santé privé aucune difficulté juridique ne pèse sur la possibilité de proposer pour l’hospitalisé un praticien avec lequel il a signé une convention d’exercice exclusif. Ceci est parfaitement admis par les tribunaux « si le malade n’exerce pas spontanément ou sur les conseils de son médecin traitant sa faculté de libre choix, (alors) la clinique est tenue en vertu de la clause d’exclusivité concédée à un praticien de le confier dans le domaine de sa spécialité aux soins de ce dernier »⁷³³. Par ailleurs, le patient peut

⁷³³ CA, Amiens, 5 janvier 1979, D. 1980, jurispr., p. 348, *op. cit.*

choisir l'établissement de santé⁷³⁴, et faire appel à un médecin n'exerçant pas dans l'établissement⁷³⁵, comme cela fut évoqué précédemment.

A cette liberté s'ajoute la possibilité pour tout établissement, d'assurer des missions de service public.

2. Dans le cadre de la loi HPST, tout établissement de santé peut assurer des missions de service public

Par ailleurs, la loi HPST⁷³⁶ a introduit la possibilité, dans un objectif de meilleure adéquation entre les besoins de santé d'un territoire et le cadre juridique relatif aux établissements, la possibilité, pour tout établissement de santé, quel que soit son statut, public, privé, à but lucratif ou non lucratif, d'exercer une mission de service public⁷³⁷. Le rapport Rolland⁷³⁸, dans l'exposé des motifs du projet de loi, a clarifié les missions d'un établissement de santé en précisant que les missions de service public peuvent être assurées par les établissements de santé quel que soit leur statut afin d'assurer la couverture optimale d'un territoire. Aujourd'hui, « l'examen des conditions d'accès aux soins montre que sur certains territoires, aucun établissement n'assure les missions de service tandis que dans d'autres, l'exercice de ces missions est parfois redondant. Il importe donc de définir précisément ces missions de service public pour que les autorités sanitaires puissent mieux les répartir. Quand sur un territoire donné des structures privées sont disponibles pour garantir des besoins définis, il n'est effectivement pas illégitime que le décideur public choisisse d'y faire appel sachant que certains établissements de santé privés assurent déjà des missions de service public »⁷³⁹.

Dans le cadre de la loi HPST⁷⁴⁰, l'agence régionale de santé organise, dans des conditions définies par décret en Conseil d'État, la mission de service public de permanence des soins⁷⁴¹.

⁷³⁴ Voir *supra*.

⁷³⁵ *Op. cit.*

⁷³⁶ Loi n° 2009-879 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, JO, 22 juillet 2009.

⁷³⁷ Art. L. 6314-1 du Code de la santé publique

⁷³⁸ *Op. cit.*

⁷³⁹ ROLLAND, Jean-Marie, *Op-cit.*, p. 14.

⁷⁴⁰ *Op. cit.*

⁷⁴¹ Art. L. 1435-5 du Code de la santé publique.

Par conséquent à la lecture des textes, de la jurisprudence, le patient souhaitant se faire hospitaliser dispose du libre choix de l'établissement de soins. Cependant, se pose alors la question, de l'impact du contrat, dans le cas d'un patient se présentant en urgence, dans un établissement de santé privé. Tandis que le dispositif antérieur s'appuyait sur une conception organique de la notion de service public dans les établissements de santé (en définissant strictement les personnes susceptibles d'en être chargées), les nouvelles dispositions introduisent une approche matérielle des missions de service public. La permanence des soins fait partie d'une mission de service public⁷⁴². Par conséquent, tout établissement de santé devrait pouvoir exercer une permanence des soins, et permettre ainsi au patient d'exercer son libre choix.

Pour autant, qu'en est-il au regard des différentes relations contractuelles de l'exercice du libre choix du patient dans le cadre de la permanence des soins, en général et de l'urgence en particulier ?

B – L'exercice du libre choix dans le cadre de la permanence des soins en établissement de santé privé

Le rapport Descours précise que la permanence des soins n'est pas la continuité des soins⁷⁴³ ; l'article D. 6124-304 du Code de la santé publique précisant que « les structures de soins mentionnées à l'article D. 6124-301 sont tenues d'organiser la permanence et la continuité des soins en dehors de leurs heures d'ouverture, y compris les dimanches et jours fériés. Elles se dotent à cet effet d'un dispositif médicalisé d'orientation immédiate des patients ». Par conséquent, si l'établissement de santé, dans le cadre de la permanence des soins peut accueillir tous les patients (1), cette obligation de permanence des soins constitue une obligation de l'établissement de santé public, mais elle n'est pas générale pour l'établissement de santé privé (2), ce qui rend difficile le libre choix du patient, notamment dans le cas de l'urgence (3).

⁷⁴² Art. L. 6112-1 du Code de la santé publique.

⁷⁴³ DESCOURS, Charles, *Rapport relatif à la permanence des soins*, remis le 22 janvier 2003 à J.-F. Mattei, ministre de la Santé, La Documentation française, p. 5.

1. L'établissement de santé dans le cadre de la permanence des soins peut accueillir tous les patients

Si au regard de la législation, le patient dispose d'un droit à la continuité des soins, puisque l'établissement de santé, quel que soit son statut y est tenu, en revanche, le patient se verra opposer une obligation de ne pas choisir ou son médecin ou son établissement de soins au nom de la permanence des soins.

Face à cette diversité de vocabulaire, la définition des différents termes que constituent continuité des soins et permanence des soins, apparaît comme un préalable avant tout développement.

1.1 Permanence des soins et continuité des soins, deux notions différentes mais complémentaires

Alors que la permanence des soins se traduirait sur le plan pratique par la mise en œuvre d'un système de garde, d'astreinte et donc de permanence physique, la continuité des soins se définirait comme l'absence de rupture dans les soins délivrés, leur poursuite dès que l'intérêt du patient le requiert.

Par conséquent, continuité des soins et permanence des soins sont des notions différentes mais complémentaires.

En premier lieu, la continuité s'inscrit dans le prolongement du principe de continuité des services publics dont elle est dégagée et dont elle tend aujourd'hui à se détacher⁷⁴⁴. La continuité caractérise une finalité, l'accès au juste soin, la seconde consiste en la mise en place des moyens permettant de parvenir à cet objectif. La permanence des soins définie [...] comme une organisation mise en place par des professionnels de santé afin de répondre par des moyens structurés, adaptés et régulés, aux demandes de soins non programmés exprimés par le patient, couvre pour atteindre son objectif les plages horaires comprises en dehors des horaires d'ouverture des cabinets libéraux et en l'absence d'un médecin traitant⁷⁴⁵.

⁷⁴⁴ WALINE, Jean, *Droit administratif*, 23^e éd. PARIS : Précis Dalloz, 2010, p. 360-363

⁷⁴⁵ DESCOURS, Charles, *op. cit.*, p. 5.

En dernier lieu, l'organisation d'une permanence des soins peut naturellement permettre d'assurer la continuité, c'est d'ailleurs en ce sens que la définition de cette permanence semble être entendue par le ministère : « L'organisation de l'offre de soins, libérale et hospitalière (qui) permet de maintenir la continuité et l'égalité de l'accès aux soins, notamment aux heures habituelles de fermeture des cabinets médicaux »⁷⁴⁶.

Ainsi, par permanence des soins au sein d'un établissement de santé, on entend l'organisation de l'offre de soins hospitalière mise en place au sein d'un établissement de santé afin de répondre par des moyens médicaux, présents sur place ou susceptibles d'intervenir dans les plus brefs délais, aux demandes de soins de patients « aigus » ou « chroniques ». Cette organisation de la permanence des soins ne sera examinée qu'au sein des établissements de santé publics et privés, c'est-à-dire au sein de toute structure matérielle de soins et de prévention qui assure des missions légalement définies aux articles L. 6111-1 et L. 6111-2 du Code de la santé publique et exercées, dans le respect d'un certain nombre de principes fondamentaux, par des personnes publiques ou privées (CHU, CHR, centres hospitaliers, hôpitaux locaux, établissements de santé privés, structures d'hospitalisation à domicile, structures de dialyse extrahospitalière, centres de lutte contre le cancer.⁷⁴⁷

Permanence des soins et continuité des soins, tentent de concilier à la fois le fait que l'on ne peut imposer à un médecin de soigner (même si le droit au refus de soins est limité) et parallèlement le fait que la loi impose à tout médecin libéral de participer à cette permanence des soins.

1.2 Si dispenser des soins ne peut être imposé au professionnel de santé

La liberté de soigner ou pas est en théorie une des libertés fondamentales du professionnel médical. L'obligation de soigner n'est jamais posée en tant que telle et de manière absolue, ni par les règles professionnelles ni par le droit. Toutefois cette liberté

⁷⁴⁶ [http : // WWW.snte-sports.gouv.fr/hopital-patients-sante-territoires-une-loi-a-la-croisee-de-nombreuses-attentes.html](http://WWW.snte-sports.gouv.fr/hopital-patients-sante-territoires-une-loi-a-la-croisee-de-nombreuses-attentes.html).

⁷⁴⁷ Ne sera donc pas envisagée la permanence des soins dans les établissements sociaux et médicosociaux (art. L. 312-1 CASF), les centres de santé (art. L. 6323-1 du Code de la santé publique), les structures ne pratiquant qu'une activité de chirurgie esthétique (art. L. 6322-1 du Code de la santé publique), les établissements de transfusion sanguine (art. L. 1223-1 du Code de la santé publique), les maisons médicales (art. L. 162-3 du Code de la sécurité sociale) ou encore dans les cabinets de médecins libéraux de ville (art. R. 4127-85 du Code de la santé publique).

connaît des limites, historiques avant tout : la déontologie professionnelle présente la médecine comme un sacerdoce⁷⁴⁸. De fait elle ne favorise guère son appréhension par la négative et entrave la possibilité pour le professionnel de refuser de dispenser des soins ; juridiques ensuite, puisque le Code de la santé publique énonce le droit fondamental du patient à la protection de la santé et le droit de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité lui garantisse la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées⁷⁴⁹. Ceci se traduit en devoir, pour les professionnels de santé, de participer à la mise en œuvre d'un tel droit⁷⁵⁰. Mais cela ne revient aucunement à leur imposer, par principe, de dispenser des soins, hors des hypothèses spécifiques qui se ramènent à deux occurrences exceptionnelles que sont la mise en danger de la personne⁷⁵¹ et l'urgence.

a) Concernant la mise en danger de la personne

Dans ce cas le Conseil d'État⁷⁵² rappelle que le refus de soins est une faute professionnelle sans que le professionnel ne puisse s'exonérer en invoquant, par exemple, le manque de personnel ou d'équipement⁷⁵³.

b) Concernant l'urgence

Élément dérogatoire par nature en droit de la santé, elle impose au professionnel d'agir, sans même soumettre l'acte médical à l'accord de la personne⁷⁵⁴. Cette exception suit un régime identique à celui de la notion de péril, qu'elle rejoint.

Si un cas d'urgence ou de péril impose de soigner, cela n'amène pas pour autant à énoncer que le professionnel a l'obligation de donner des soins. La relation entre le médecin et son patient, qu'elle relève d'un régime de droit public ou de droit privé, demeure une

⁷⁴⁸ Art. R. 4127-2 du Code de la santé publique.

⁷⁴⁹ Il s'agit par ces termes de la consécration de ce qui était autrefois les « données acquises de la science », art. L. 1110-5 du Code de la santé publique.

⁷⁵⁰ Art. L. 1110-1 du Code de la santé publique.

⁷⁵¹ L'article R. 4127-9 du Code de la santé publique énonce que tout médecin qui se trouve en présence d'un malade ou d'un blessé en péril doit lui porter assistance ou s'assurer qu'il reçoit les soins nécessaires.

⁷⁵² CE, 12 novembre 1958, min. de la Justice c/ Galerant, Rec. p. 553 ; 28 février 1958, Cayro, Rec. p. 129.

⁷⁵³ V. CE, 25 février 1976, Alcay, Rec. p. 114 ; RDSS, 1977, 45, note Moderne ; CE, sect., 12 mars 1976, Raynal, Rec. p. 154 ; RDSS, 1977, 38, concl. Labetoulle, *ibid.*, 45, note MODERNE.

⁷⁵⁴ Art. 16-3 C. civ.

relation contractuelle régie par un principe essentiel du droit des obligations qui est le caractère essentiel du consentement⁷⁵⁵.

Si l'obligation de dispenser des soins ne peut être imposée au professionnel de santé, l'établissement de santé dispose-t-il d'une obligation de soins ?

1.3 La participation à la permanence des soins est une obligation pour les médecins libéraux

Alors qu'un praticien opposait que sa spécialisation et l'orientation de son activité vers l'homéopathie et l'acupuncture, légitimaient son « impossibilité », aujourd'hui, de pouvoir intervenir dans le cadre de la permanence des soins, le Conseil d'État⁷⁵⁶ rendait la décision suivante « Considérant qu'aux termes de l'article 77 du décret du 6 septembre 1995, dans sa rédaction demeurée en vigueur dans le département de la Dordogne antérieurement à la mise en œuvre, par le conseil départemental de l'Ordre des médecins de la Dordogne, du tableau nominatif des médecins de permanence prévu par les articles R. 731 et R. 733 introduits dans le Code de la santé publique par le décret du 15 septembre 2003 : dans le cadre de la permanence des soins, c'est un devoir pour tout médecin de participer aux services de garde de jour et de nuit ». Le conseil départemental de l'Ordre peut néanmoins accorder des exemptions, compte tenu de l'âge du médecin, de son état de santé et, éventuellement, de ses conditions d'exercice.

Considérant que la décision attaquée, qui énonce les considérations de droit et de fait sur lesquelles s'est fondé le Conseil national de l'Ordre des médecins, est suffisamment motivée ;

Considérant qu'en estimant que les conditions d'exercice de M. G., médecin généraliste, qui se prévaut de ce que sa pratique professionnelle est orientée vers l'acupuncture, l'homéopathie et les médecines manuelles, n'étaient pas susceptibles de justifier une exemption du tour de garde, le Conseil national de l'Ordre des médecins n'a entaché sa décision ni d'une erreur de droit, ni d'une erreur d'appréciation des circonstances de l'espèce ».

À l'époque où cette décision a été rendue, c'était l'article 77 du Code de déontologie qui était alors applicable dans la version reprise dans le considérant de la décision : il

⁷⁵⁵ Art. 1108 C. civ.

⁷⁵⁶ CE, 9 décembre 2004, n° 263157.

s'agissait alors d'un devoir pour tout médecin de participer aux services de garde, de jour et de nuit⁷⁵⁷.

Seul le conseil départemental de l'Ordre pouvait effectivement accorder des exemptions en tenant compte par exemple, de l'âge du médecin ou de son état de santé.

À cette occasion, il a été à nouveau affirmé que chaque médecin conserve, de par sa formation de généraliste, une capacité à prendre en charge tout type de patient, peu importe l'orientation ensuite de sa pratique professionnelle ; chacun doit rester en mesure de prendre en charge tout patient.

En 2003, avec le décret n° 2003-881, du 15 septembre⁷⁵⁸, la rédaction de l'article 77 a été sensiblement modifiée. L'article R. 4127-77 du Code de la santé publique, qui en est issu, précise aujourd'hui qu'il est du devoir du médecin de participer à la permanence des soins dans le cadre des lois et des règlements qui l'organisent.

L'obligation n'existerait plus, mais cette participation reste un « devoir » pour chaque médecin, nuance plus que subtile.

Depuis la mise en œuvre des dispositions de la loi n° 2002-303, du 4 mars 2002, le droit d'accéder aux soins est « devenu » inconditionnel : « Toute personne a, compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue »⁷⁵⁹. Le droit d'accès aux soins doit pouvoir être mis en œuvre, sans aucune forme de discrimination⁷⁶⁰ et concerner toutes les formes de soins⁷⁶¹ [...], et ce quel que soit le lieu.

Dans une décision plus récente du Conseil d'État, du 3 décembre 2009⁷⁶², l'actualité de l'existence de cette « obligation » est confirmée. Par ailleurs, avec l'entrée en vigueur de la loi HPST⁷⁶³, tant la contribution que l'organisation de cette permanence des soins revêt une importance encore plus accrue. Ainsi, l'article L. 4130-1 du Code de la santé publique issu de la loi du 21 juillet 2009, qui concerne la définition des soins de « premiers recours

⁷⁵⁷ CE, 23 mars 1994, D. 1994, IR, p. 141 ; *RGDM*, n° 33, CE, 3 septembre 2009, *Juris-data*, n° 002656, obs. G. MÉMETEAU, p. 405.

⁷⁵⁸ Décret n° 2003-881 du 15 septembre 2003 modifiant l'article 77 du décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 portant Code de déontologie médicale, *JORF* n° 214 du 16 septembre 2003, p. 15864.

⁷⁵⁹ Art. L. 1110-R du Code de la santé publique.

⁷⁶⁰ Art. L. 1110-1 du Code de la santé publique.

⁷⁶¹ Art. L. 1110-9 du Code de la santé publique.

⁷⁶² CE, 3 septembre 2009, obs. G. MÉMETEAU, *RGDM*, n° 33, décembre 2009, p. 405 et s.

⁷⁶³ Loi n° 2009-879, du 21 juillet 2009, dite « HPST », *op. cit.*

confiés au médecin généraliste, rappelle d'ailleurs, avec force et insistance, la participation à la mission de service public de permanence des soins ».

Par conséquent tout établissement de santé doit accueillir les patients qui se présentent. S'ils sont tenus à une continuité des soins, sont-ils tenus, pour autant, à une obligation de permanence des soins ?

2. Une obligation de permanence des soins pour l'établissement public, l'absence d'obligation générale pour les établissements de santé privés

L'article L. 6112-1 du Code de la santé publique précise que « les établissements de santé peuvent être appelés à assurer, en tout ou partie, une ou plusieurs des missions de service public... dont la permanence des soins ».

La formulation de cette disposition aurait pu conduire à considérer que ces établissements n'étaient pas tenus d'assurer une permanence des soins, la continuité des soins pouvant être réalisée par le transfert du patient dans un établissement mieux à même de le soigner, et ce, bien qu'aucun établissement de santé, public ou privé, ne puisse fonctionner sans avoir au préalable organisé en son sein une permanence des soins graduée et adaptée au profil des patients dont il assure la prise en charge et le traitement.

Pourtant, aussi bien la doctrine que la loi ont interprété, depuis longtemps la permanence des soins comme, une obligation de l'établissement public de soins, en imposant à l'établissement un service de garde et d'astreinte. En revanche, il n'est prévu aucune obligation générale de permanence des soins pour l'établissement privé lucratif.

a) L'obligation de permanence des soins à la charge des établissements publics de santé et des établissements de santé privés PSPH⁷⁶⁴ ou concessionnaires

S'il n'existe pas d'obligation générale pour un établissement de santé privé de participer à la permanence des soins ambulatoires⁷⁶⁵, en revanche, existe une obligation de permanence des soins à la charge des établissements publics de santé et des établissements de santé privés PSPH ou concessionnaires. Ainsi, le patient va disposer de l'obligation de ne

⁷⁶⁴ Devenu, dans le cadre de la loi HPST, Établissement de Santé Privé d'Intérêt Collectif (ESPIC).

⁷⁶⁵ TA Pau, 27 septembre 2005, SA la polyclinique de l'Ormeau, req. n° 0401537.

pas choisir son médecin, ni son établissement de par l'absence d'obligation de permanence des soins qui s'impose à lui.

Pour les établissements publics de santé, c'est l'arrêté modifié du 30 avril 2003⁷⁶⁶ qui détaille l'organisation et l'indemnisation de la permanence des soins au sein des établissements publics de santé en indiquant que « l'organisation des activités médicales, pharmaceutiques et odontologiques comprend un service quotidien de jour et un service relatif à la permanence des soins pour la nuit, le samedi après-midi, le dimanche et les jours fériés, sous forme de permanence sur place ou par astreinte à domicile ».

Celui-ci distingue notamment les activités de soins qui exigent une présence médicale continue sur place (dans le cadre d'un dispositif de garde), de celles qui n'exigent qu'un dispositif d'astreinte à domicile (art. 2).

Il précise que c'est au directeur d'hôpital⁷⁶⁷ chef d'établissement d'arrêter, après avis des responsables de pôle, des chefs de service et de la commission d'organisation de la permanence des soins, l'organisation de la permanence des soins dans son établissement. Ce document doit être complété par des tableaux de service (de pôle) nominatifs mensuels arrêtés par le directeur sur programme du chef de service (ou du responsable de pôle).

Le règlement intérieur de l'établissement, établi par le conseil d'administration⁷⁶⁸, peut également préciser les modalités d'organisation de la permanence des soins⁷⁶⁹.

L'arrêté modifié du 30 avril 2003, comme les « statuts » des différentes catégories de médecins exerçant au sein des établissements publics de santé⁷⁷⁰, rappelle que cette participation à la permanence des soins est obligatoire pour tous les « médecins hospitaliers » (art. 9).

Cependant, concernant les établissements privés lucratifs, le Code de la santé publique ne prévoit aucune obligation de permanence des soins.

⁷⁶⁶ Arrêté du 30 avril 2003 relatif à l'organisation et à l'indemnisation de la continuité des soins et de la permanence pharmaceutique dans les établissements publics de santé et dans les établissements publics d'hébergement pour personnes âgées dépendantes, JO n° 102 du 2 mai 2003, p. 7655.

⁷⁶⁷ Art. 5 de l'arrêté du 30 avril 2003.

⁷⁶⁸ Article L. 6143-1 13 du Code de la santé publique.

⁷⁶⁹ Article R. 1112-77 du Code de la santé publique.

⁷⁷⁰ Pour les praticiens hospitaliers (PH), art. 6152-26 et R. 6152-28 du Code de la santé publique ; pour les PH temps partiel, art. R. 6152-221 et R. 6152-224 du Code de la santé publique ; pour les praticiens.

b) *L'introuvable obligation de permanence des soins pour les établissements de santé privés ne collaborant pas au service public hospitalier*

Si l'article L. 1110-1 du Code de la santé publique prévoit que les professionnels, les réseaux et les établissements de santé contribuent à assurer la continuité des soins, cette contribution n'a pas pour corollaire une obligation générale d'organiser une permanence des soins dans tous les établissements de santé.

En effet, pour ces établissements de santé privés non-PSPH et non-concessionnaires, le Code de la santé publique ne prévoit aucune obligation générale de permanence des soins. Le seul article L. 6112-1 du Code de la santé publique précise que l'établissement de santé peut être appelé à assurer une mission de service public, en l'occurrence la permanence des soins. De même qu'il n'existe pas d'obligation générale pour un établissement de santé privé de participer à la permanence des soins ambulatoires⁷⁷¹, en revanche, existe une obligation de permanence des soins à la charge des établissements publics de santé et des établissements de santé privés PSPH ou concessionnaires.

La seule obligation à laquelle est tenu l'établissement de soins privé lucratif concerne la continuité des soins. Ils doivent contribuer à la continuité des soins et ils ont l'obligation de porter secours aux personnes en danger qui se présentent ou s'adressent à eux⁷⁷², mais aucun texte de portée générale ne leur impose l'organisation d'une permanence des soins.

Pourtant, il ne faut pas croire qu'ils n'aient aucune obligation en la matière. En effet, pour les établissements de santé privés, l'organisation de la permanence des soins est essentiellement détaillée dans le règlement intérieur de l'établissement et dans les tableaux de garde et d'astreinte, d'une part.

Par ailleurs, en application de l'article R. 4127-83 du Code de la santé publique, tout médecin salarié ou libéral exerçant dans un établissement de santé privé⁷⁷³ doit signer avec cet établissement un contrat écrit (contrat de travail ou contrat d'exercice) communiqué au conseil départemental de l'Ordre. Par ailleurs, l'article R. 6124-49 du même code prévoit que : *Dans des établissements de santé privés, les contrats conclus en application du Code de déontologie médicale mentionné à l'article R. 4127-83 entre les établissements et les*

⁷⁷¹ TA Pau, 27 septembre 2005, SA la polyclinique de l'Ormeau, req. n° 0401537.

⁷⁷² Art. R. 6123-27 du Code de la santé publique.

⁷⁷³ Il convient de distinguer les établissements commerciaux qui ont recours à des médecins libéraux des établissements à but non lucratif qui emploient des médecins salariés.

*membres de l'équipe médicale comportent des dispositions organisant la continuité des soins médicaux en gynécologie-obstétrique*⁷⁷⁴, *anesthésie-réanimation et pédiatrie*. Ce sont donc dans ces contrats de travail ou d'exercice que doivent être détaillées les modalités particulières de participation de chaque médecin à la permanence des soins de l'établissement. Pour les médecins salariés, les conventions collectives qui leur sont applicables font référence à leur participation à la permanence des soins de leur établissement⁷⁷⁵.

Enfin, la Cour de cassation considère que ces établissements de santé privés ont l'obligation, en vertu du contrat d'hospitalisation conclu avec leur patient, de mettre à la disposition de leur patient des médecins *pouvant intervenir dans des délais imposés par son état*⁷⁷⁶, ce qui implique dans de nombreuses situations d'organiser une permanence des soins en leur sein, et par là même peuvent voir leur responsabilité engagée. La discontinuité est alors assimilable à un défaut d'organisation qui, tant devant les juridictions administratives que civiles, permet d'engager la responsabilité de l'acteur de santé.

Lorsque les établissements de santé ne peuvent assurer seuls la permanence des soins, les textes les autorisent, sous certaines réserves, à organiser cette permanence dans le cadre de coopération interétablissements. Comme le rappelle l'article R. 4127-77 du Code de la santé publique : *il est du devoir du médecin de participer à la permanence des soins dans le cadre des lois et règlements qui l'organisent*. Plusieurs textes réglementaires prévoient ainsi les modalités d'organisation de la permanence des soins au sein des établissements de santé, ainsi que certaines règles de rémunération de la participation des médecins à cette permanence des soins.

Cependant, s'il n'existe pas d'obligation générale de permanence des soins pour les établissements de santé privés, en revanche, des conditions techniques de fonctionnement imposent à l'établissement de soins privé, une permanence des soins.

Ainsi, des textes de plus en plus nombreux et de plus en plus contraignants, imposent une permanence (médicale ou non) des soins aux établissements de santé publics ou privés, titulaires d'autorisations d'exercer certaines activités de soins. La totalité des décrets fixant des conditions techniques de fonctionnement publiés en application de la loi du 31 juillet

⁷⁷⁴ Cass. crim., 11 janvier 1990, M^{me} V., n° 8894501.

⁷⁷⁵ C'est par exemple le cas de la convention collective nationale du 31 octobre 1951 de la Fédération des établissements hospitaliers et d'assistance privés à but non lucratif (FEHAP) dans son paragraphe M.05.02.

⁷⁷⁶ Cass. 1^{re} civ., 15 décembre 1999, Société clinique générale d'Annecy c/ époux X et autres, n° 97-22-652, *Bull. civ. I*, n° 351 ; JCP, éd. G, 2000, p. 1709, note G. MÉMETEAU ; D. 2000, jur. p. 3082, note J. PENNEAU.

1991⁷⁷⁷, crée des obligations particulières de permanence des soins pour les établissements de santé titulaires d'autorisations sanitaires. C'est le cas pour les activités d'accueil et de traitement des urgences⁷⁷⁸, puisque les SAU⁷⁷⁹ et les UPATOU⁷⁸⁰ doivent accueillir « sans sélection, vingt-quatre heures sur vingt-quatre, tous les jours de l'année, toute personne se présentant en situation d'urgence ». Ces structures sont ainsi tenues de disposer d'un médecin et d'infirmiers effectivement présents sur place vingt-quatre heures sur vingt-quatre.

Une telle obligation de permanence des soins est également imposée, avec une présence médicale sur place, pour les activités de réanimation⁷⁸¹, de gynéco-obstétrique⁷⁸², de néonatalogie⁷⁸³, de réanimation néonatale⁷⁸⁴, de surveillance continue pédiatrique⁷⁸⁵, de traitement de l'insuffisance rénale chronique par la pratique de l'épuration extrarénale en centre d'hémodialyse pour adultes⁷⁸⁶ ou pour enfants⁷⁸⁷, de chirurgie cardiaque⁷⁸⁸.

Les textes réglementaires prévoient également, sans exiger une présence médicale sur place, que certaines activités de soins ne peuvent être assurées que si un médecin peut intervenir « dans des délais compatibles avec l'impératif de sécurité »⁷⁸⁹.

Par ailleurs, d'autres textes exigent une permanence des soins sur place pour des activités non soumises à autorisation sanitaire. C'est le cas en ce qui concerne l'anesthésie⁷⁹⁰, les soins intensifs en cardiologie⁷⁹¹ et pour les structures d'hospitalisation à domicile⁷⁹².

Ainsi, si tout établissement de santé est tenu d'assurer une continuité des soins, l'établissement de santé privé n'est pas tenu à une obligation générale de permanence des soins, mais à une obligation spécifique en fonction des activités exercées.

⁷⁷⁷ Loi n° 91-748 du 31 juillet 1991, portant réforme hospitalière, *JO*, 2 août 1991, p. 10255.

⁷⁷⁸ Circulaire DHOS/O 1 n° 2003-195, du 16 avril 2003, relative à la prise en charge des urgences, *BO Santé*, 31 mai 2003, n° 2003/20, p. 87.

⁷⁷⁹ Art. R. 6123-3 du Code de la santé publique pour les services d'accueil et de traitement des urgences.

⁷⁸⁰ Art. R. 6123-6 du Code de la santé publique pour les unités de proximité, d'accueil, de traitement et d'orientation des urgences.

⁷⁸¹ Art. R. 6123-34, R. 6123-37, R. 6123-38 et D. 6124-29 du Code de la santé publique, et circulaire DHOS/SDO n° 2003-413, du 27 août 2003, relative aux établissements de santé publics et privés pratiquant la réanimation, les soins intensifs et la surveillance continue, *BO Santé*, 22 novembre 2003, n° 2003/45, p. 127.

⁷⁸² Art. 6123-43 et D. 6124-44 du Code de la santé publique pour les unités d'obstétrique.

⁷⁸³ Art. R. 6123-44 et D. 6124-55 du Code de la santé publique pour les unités de néonatalogie.

⁷⁸⁴ Art. R. 6123-45 et D. 6124-61 du Code de la santé publique pour les unités de réanimation néonatale.

⁷⁸⁵ Art. R. 6123-38-7 du Code de la santé publique.

⁷⁸⁶ Art. R. 6123-58 et D. 6124-69 du Code de la santé publique.

⁷⁸⁷ Art. D. 6124-72 du Code de la santé publique.

⁷⁸⁸ Art. R. 6123-73, D. 6124-121 et D. 6124-125 du Code de la santé publique.

⁷⁸⁹ C'est ce que prévoit l'article D. 6124-76 du Code de la santé publique pour l'intervention d'un médecin néphrologue en unité de dialyse médicalisée.

⁷⁹⁰ Art. D. 6124-91 et suiv. du Code de la santé publique.

⁷⁹¹ Art. D. 6124-109 du Code de la santé publique.

⁷⁹² Art. D. 6124-303, D. 6124-304, D. 6124-308 et D. 6124-309 du Code de la santé publique.

Enfin, la différence de rémunération entre médecins exerçant une permanence des soins, en fonction du statut de l'établissement de santé constitue un obstacle au libre choix.

c) La dichotomie de rémunération du médecin, obstacle au libre choix

La différence de rémunération de la garde ou de l'astreinte médicale, en secteur privé, constitue une difficulté à la mise en œuvre de la permanence des soins.

En effet, déterminée par l'arrêté du 30 avril 2003⁷⁹³, la rémunération des médecins hospitaliers publics pour leurs gardes et astreintes relevant de la permanence des soins a fait l'objet, depuis, de plusieurs revalorisations. Celle des médecins salariés est organisée dans les conventions collectives. En revanche, celle des médecins libéraux exerçant dans des établissements de santé privés n'est pas prévue. Sauf dispositif particulier prévu par le Code de la sécurité sociale⁷⁹⁴. Cette absence de revalorisation aggravant la différence de traitement explique la désaffection de certains médecins et donc de certaines spécialités en établissement de santé privé ; Tel est le cas de l'activité d'obstétrique.

3. L'impossible choix de l'établissement de santé privé par le patient dans le cadre de l'urgence

Le droit d'accès, pour les patients, aux soins rendus nécessaires à leur état, doit permettre un accès dans des conditions d'urgence, ce qui doit supposer l'organisation d'une permanence des soins pour le corps médical. En pratique, cette « organisation » doit s'avérer être sans faille, mais le tissage de l'offre de soins ne permet pas toujours une présence sur tout le territoire de praticiens amenés à intervenir dans ces conditions. Par ailleurs, tout établissement de santé privé ne dispose pas d'autorisations d'urgence. Enfin, de par son état le patient peut ne pas pouvoir faire prévaloir sa volonté. Par conséquent le patient se trouve dans l'impossibilité de choisir son établissement de santé. Ce non choix n'est pas la conséquence du contrat d'exercice ou du contrat médical, mais de la spécificité privée de l'établissement de santé.

⁷⁹³ *Op. cit.*

⁷⁹⁴ C'est par exemple le cas pour les urgences, arrêté du 5 mars 2006 relatif à la classification et à la prise en charge des prestations d'hospitalisation pour les activités de médecine, chirurgie, obstétrique et odontologie, et pris en application de l'article L. 162-22 du Code de la sécurité sociale, *JO*, 14 mars 2006, p. 3839.

3.1 L'absence d'une offre de soins « urgentiste ».

Le patient voit son choix limité, lorsqu'en situation d'urgence il souhaite être hospitalisé en établissement de santé privé. En effet, tout établissement de santé qui souhaite disposer d'une structure d'urgence doit obtenir une autorisation délivrée par l'ARS concernée ; cette autorisation étant conditionnée par plusieurs éléments.

A défaut d'une telle autorisation, l'établissement de santé n'est pas dispensé de répondre aux obligations générales de secours et de soins aux personnes en danger qui s'adressent à lui. Par contre, il est tenu de réorienter le patient vers la structure compétente et de donner les premiers soins si le patient est intransportable, dans le cadre de la continuité des soins à laquelle est tenue tout établissement de santé quel que soit son statut.

Or l'établissement de soins privé n'est pas systématiquement pourvu d'autorisation en la matière, contrairement à l'établissement public de soins, et lorsqu'il dispose d'autorisations d'urgence, ce sont généralement pour des urgences spécialisées (comme par exemple les urgences des la main « SOS Mains »). Dans ce cas précis, le contrat d'exercice du médecin libéral spécialiste devra mentionner l'obligation de permanence des soins.

3.2 L'absence de contrat médical dans le cas de l'urgence.

Par définition l'urgence est non programmée. Par conséquent la volonté du patient n'intervient pas dans le fait de consulter et d'être hospitalisé, elle n'intervient que dans le choix de l'établissement de santé, si cela lui est possible de par son état de santé.

Toutefois, l'état du patient peut l'amener, et c'est le plus souvent le cas à ne pas pouvoir consentir.

a) L'urgence justifie l'absence de consentement.

Bien que tout acte de soins nécessite de recueillir au préalable à toute investigation le consentement du patient, certaines situations permettent au médecin d'agir préalablement sans recueillir l'accord du patient C'est le cas du patient inconscient avec incapacité à consentir alors qu'aucun représentant légal ne peut être joint, ou alors présentant une altération de ses facultés mentales telle qu'aucun consentement ne peut être valablement donné.

Il s'agit là d'une dérogation à la prééminence de la volonté du patient. L'absence d'expression de volonté du patient empêche la rencontre des consentements à former le contrat. S'agissant d'une dérogation à la prééminence de la volonté du patient, seules certaines situations pratiques strictement définies peuvent échapper à l'exigence du consentement⁷⁹⁵.

b) L'absence de consentement réglementée.

La loi du 4 mars 2002, dans son article L. 1111-4 du Code de la santé publique précise que « *lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut-être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, ou la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté* ».

La loi distingue donc selon qu'il y a urgence ou impossibilité, situations qui permettrait au médecin d'agir sans prévenir quiconque, et les autres hypothèses, dans lesquelles le médecin ne peut intervenir qu'après avoir prévenu l'entourage du patient.

Ainsi, la dispense de consentement permet dans ces cas précis de rendre licite l'intervention du médecin. Elle a pour conséquence de ne pas conduire à la conclusion d'un contrat médical. Aucun accord de volonté ne peut être recueilli, puisque l'un des contractants potentiels est soit inconscient, soit incapable. « Dés lors, aucune convention, définie comme un accord de volonté en vue de créer des effets des droit, ne peut exister. La condition première de l'engagement d'une responsabilité de nature contractuelle fait défaut : au terme d'une doctrine et d'une jurisprudence constante, seules les règles des articles 1382 et suivants du Code civil peuvent être mises en œuvre. La responsabilité⁷⁹⁶ ne peut-être engagée que sur le terrain délictuel

⁷⁹⁵ , *Cas et justification de la dispense de consentement* : v. notamment S. PORCHY, « Volonté du malade et responsabilité du médecin », *op.cit.*, n° 494 et s.

⁷⁹⁶ , J.L. POURRIAT, G. KIERZEK, « La responsabilité du médecin face à l'urgence », *Méd.et droit*, mai 2006, p. 91

CONCLUSION DE LA SECTION I

L'exercice du principe de libre choix, libre choix du médecin ou libre choix de l'établissement de santé, par le patient existe lorsque ce dernier souhaite se faire hospitaliser en établissement privé. La spécificité privée de l'établissement de soins et les différentes relations contractuelles qu'engendre cette spécificité n'altèrent en rien ce droit. Cela est cependant à modérer dans le cadre de la permanence des soins, problématique sur laquelle on reviendra lorsqu'on abordera les conséquences de la planification sur l'accès aux soins. Le patient va disposer de l'obligation de ne pas choisir ou son médecin ou son établissement au nom de la permanence des soins en ce sens qu'il n'y'a pas d'obligation générale de permanence de soins et que les modalités d'organisation sont différentes selon le statut de l'établissement. Il pourra faire le choix d'un établissement de santé privé mais si ce dernier ne dispose pas de service d'urgence, il sera transféré dans le cadre de la continuité des soins vers un autre établissement de soins qu'il n'aura pas forcément choisi. Il en sera de même pour la patiente qui doit accoucher en urgence, et qui sera transportée à l'hôpital public, car l'établissement de santé privé ne dispose pas de maternité.

Afin de poursuivre les éventuelles conséquences des contrats existants sur les droits du patient hospitalisé en établissement de soins privés, le prochain développement envisagera le droit à réparation du patient contractant de droit privé. Si le principe de libre choix n'est en rien altéré par la relation contractuelle, qu'en est-il du droit à réparation du patient. Tel va être l'objet du prochain développement.

SECTION II

L'influence de la relation contractuelle sur le droit à réparation du patient hospitalisé en établissement de soins privé

Jusqu'en 2002, le droit à réparation des patients victimes d'un préjudice suite à un acte médical, était très inégalitaire entre le secteur public et le secteur privé. À l'origine de cette disparité, la qualification de la faute médicale en faute lourde en établissement public de santé, ce qui rendait le préjudice plus difficile à prouver et donc plus difficilement indemnisable pour le patient. Face à cette différence de traitement, il était nécessaire de réformer. C'est ce que va entreprendre la loi du 4 mars 2002 (paragraphe 1). Cependant, malgré cette réforme et la tentative d'unification des régimes de responsabilité entre secteur public et secteur privé, le droit à réparation des patients demeure différent d'un secteur à l'autre (paragraphe 2). Il ne traduit que le reflet de la dichotomie du système de santé français.

Paragraphe 1 – L'avènement d'une réforme qui n'en est pas une

Jusqu'en 2002, le patient devait invoquer la faute lourde pour mettre en jeu la responsabilité de l'établissement public de santé, alors qu'une faute simple était suffisante pour engager celle de l'établissement de soins privé ou celle du médecin exerçant à titre libéral. Sous l'influence de la loi du 4 mars 2002, le régime de responsabilité va être modifié, tendant à une unification des différents régimes de responsabilité s'exerçant en secteur public et en secteur privé. On passe ainsi d'un régime de responsabilité différent selon le statut de l'établissement à un régime de responsabilité reposant sur une même faute, la faute médicale, quel que soit l'établissement de santé.

A – Avant 2002, une responsabilité évolutive en fonction du statut de l'établissement de santé

Jusqu'en 2002 coexistaient deux responsabilités : la responsabilité civile pour la médecine libérale, fondée sur les textes du Code civil, et la responsabilité administrative pour les actes médicaux ou de soins réalisés à l'hôpital.

Cette dualité, héritée de l'histoire avait engendré des différences de régimes difficiles à comprendre pour les victimes. À titre d'exemple, on peut rappeler que jusqu'à l'arrêt du Conseil d'État du 10 avril 1992⁷⁹⁷, pour le même type d'acte médical, une faute lourde était nécessaire pour engendrer la responsabilité de l'hôpital (1), alors qu'une faute simple suffisait depuis toujours pour engager la responsabilité des médecins libéraux (2). Par ailleurs, l'absence de responsabilité de l'établissement public de santé est reconnue dans le cadre de l'aléa thérapeutique (3). Sous l'évolution de la jurisprudence on va assister à une dénaturation de la faute lourde qui va présager de la nouvelle responsabilité issue de la loi du 4 mars 2002.

1. L'exigence d'une faute lourde pour engager la responsabilité de l'établissement public de santé, jusqu'en 1992

Très tôt, le Conseil d'État a posé en matière de dommages résultant de l'activité hospitalière, un système de gradation des fautes suivant la nature de l'acte à l'origine du préjudice. La jurisprudence s'est construite sur la distinction entre la faute simple dans l'organisation et le fonctionnement du service et la faute lourde du fait des actes médicaux. Le Conseil d'État a étendu, au domaine de la responsabilité hospitalière, la distinction faite dans d'autres domaines, entre des activités difficiles, lesquelles n'engagent la responsabilité de l'administration que pour une faute lourde, et les autres activités qui l'engagent pour faute simple (ce qui sera vu plus en avant de ce travail). Traditionnellement, et jusqu'en 1992, la jurisprudence exigeait la preuve d'une faute lourde pour engager la responsabilité de la puissance publique lorsque le dommage résultait d'un acte médical. Sur le fondement de la faute lourde, les tribunaux administratifs appréciaient les manquements aux

⁷⁹⁷ CE. 10 avril 1992, Époux V.- Rec. Lebon p. 171, JCP 1992. II. 218, note J. MOREAU, Rev. Dr. Adm. 1992, p. 1039, note R. CHAPUS.

obligations que le service public impose aux médecins, soit du fait de leurs gestes techniques, soit du fait de leur comportement. Il résulte de l'analyse de la jurisprudence que les actes médicaux recouvrent essentiellement le diagnostic, le choix thérapeutique et l'intervention chirurgicale.

1.1 La faute lourde requise pour les accidents médicaux

La responsabilité en cas d'erreur de diagnostic est connue depuis l'Antiquité. Au ^{xii}^e siècle, un médecin rapportait la coutume des anciens Grecs : « Si la symptomatologie, le diagnostic et le traitement sont trouvés corrects, le médecin sera remercié. Si les faits sont contraires à ce qu'il croyait, alors il ne lui sera pas permis d'exercer. S'il y a une erreur grave, alors la peine capitale sera indiquée ». Le principe retenu par la jurisprudence est que l'erreur de diagnostic n'est pas fautive en elle-même⁷⁹⁸, néanmoins si le médecin se trompe en raison d'une erreur grossière, d'une négligence ou de légèretés, cette erreur constituera une faute manifeste. Il en est de même, lorsque le médecin ne fait pas le bon choix thérapeutique ou commet une faute au cours de l'intervention chirurgicale. Ces erreurs sont qualifiées de faute lourde.

a) L'erreur de diagnostic peut être considérée comme fautive

L'erreur de diagnostic est fautive lorsqu'il s'agit d'une erreur grossière par confusion de symptômes ou mauvaise évaluation. Elle constitue une erreur de diagnostic grave constitutive d'une faute lourde⁷⁹⁹. Ainsi, en omettant, devant les symptômes que présentait un malade, de rechercher par les méthodes appropriées s'ils ne pouvaient être les signes d'un méningiome, les médecins d'un hôpital ont commis une erreur de diagnostic constitutive d'une faute lourde⁸⁰⁰.

De même, l'erreur de diagnostic résultant d'examens insuffisants, de l'absence ou du retard d'examen est toujours qualifiée de faute lourde, tout comme l'absence de diagnostic

⁷⁹⁸ L'erreur de diagnostic n'est pas considérée comme fautive lorsqu'il existe des difficultés particulières dans l'interprétation des radiographies et des symptômes⁷⁹⁸ de même que l'erreur de diagnostic n'est pas considérée comme fautive lorsqu'il existe une confusion possible avec une autre pathologie (CE Contentieux, 4 octobre 1989, n° 77709, M^{me} Ozenat).

⁷⁹⁹ CE Contentieux, 3 novembre 1982, n° 22828, Administration générale de l'assistance publique à Paris c/ M. Aribaut.

⁸⁰⁰ CE 5/3 SSR, 2 décembre 1977, n° 00700, Dame Rossier.

résultant de clichés de mauvaise qualité, alors qu'il était possible d'en prévoir de nouveaux, est constitutive d'une faute lourde⁸⁰¹. Enfin, Le retard de diagnostic entraînant un retard thérapeutique est constitutif d'une faute lourde. Tel est le cas des soins insuffisants et inadaptés donnés à un enfant atteint de septicémie et d'ostéomyélite⁸⁰².

b) La faute lourde dans le choix thérapeutique

Le médecin qui décide de pratiquer seul une opération qui nécessitait deux praticiens, alors que l'urgence ne s'imposait pas, fait courir au patient un risque inutile constitutif d'une faute lourde⁸⁰³. De même le retard dans la mise en œuvre du traitement peut être constitutif d'une faute lourde⁸⁰⁴.

c) La faute lourde dans l'acte chirurgical

Pour que la faute médicale soit retenue, les experts devront apprécier, compte tenu de l'état du patient et des moyens dont disposait le praticien, si l'acte, tel qu'il a été réalisé, est constitutif d'une faute lourde. Le choix de la technique opératoire et sa réalisation seront appréciés en fonction des règles de l'art. Enfin, les experts devront s'attacher à rechercher quelles ont été les conditions de l'acte opératoire. Il résulte de la jurisprudence qu'une distinction est à opérer entre les erreurs opératoires qui n'engagent pas, en principe, la responsabilité des hôpitaux, et la faute chirurgicale caractérisée constituant une faute lourde.

Enfin, l'oubli de corps étrangers dans le corps d'un patient est constitutif d'une faute lourde⁸⁰⁵ au même titre que la faute lourde est reconnue dans les cas de négligence ou de faute inexcusable pouvant résulter d'un défaut de précaution⁸⁰⁶.

Malgré son apparente simplicité, la distinction traditionnelle présentait de nombreux inconvénients. En premier lieu se posait le problème de sémantique quant à la définition de

⁸⁰¹ CAA Bordeaux, 16 juillet 1991, n° 89BX01074, Compagnie Via Assurances Iard Nord et Monde.

⁸⁰² CE 5/3 SSR, 9 juillet 1975, n° 93206, Grandclément.

⁸⁰³ CAA Paris, 1^{re} ch., 5 juin 1990, n° 89PA01236, Assistance publique à Paris c/ Grunfelder, Mentionné dans les tables du Recueil Lebon.

⁸⁰⁴ CAA Paris, 11 octobre 1990, n° 89PA00373, Antoine Hervé.

⁸⁰⁵ CE 5/3 SSR, 12 mars 1975, n° 90250, Hospices civils de Haguenau.

⁸⁰⁶ CE Contentieux, 18 février 1987, n° 38048, M^{me} Juyoux.

la faute lourde. En effet, celle-ci, trop imprécise dans son contenu et contestée dans son principe, ne permettait pas de dégager un modèle représentatif de faute lourde. Ensuite, la charge de la preuve incombait à la victime qui éprouvait les pires difficultés à satisfaire à cette exigence probatoire et à engager la responsabilité de l'hôpital. Enfin, certaines décisions de la juridiction administrative heurtaient manifestement l'éthique, puisqu'en dépit d'un dommage touchant un patient aucune réparation ne lui était octroyée. Le juge administratif pour pallier ces multiples désavantages a fait usage de ce que l'on pourrait appeler des « artifices juridiques » dans le but de favoriser l'indemnisation des victimes, faisant perdre par là même toute signification à la distinction d'origine. Il était donc nécessaire de réformer le régime de responsabilité reposant sur la faute lourde.

1.2 La chronique d'un revirement de jurisprudence

À partir des années 1980, les maladroites, les retards, l'insuffisance de la surveillance postopératoire ainsi que les erreurs ou mauvais diagnostics ont été regardés comme pouvant constituer des fautes lourdes, ce qui n'était pas le cas auparavant⁸⁰⁷. Ainsi, il résulte de la jurisprudence que le juge a préféré, sans revenir sur la distinction faute simple, faute lourde, systématiser l'engagement de la responsabilité du service public hospitalier en qualifiant de lourdes les fautes imputables à un médecin. Seul l'impondérable ou l'imprévisible prive l'acte de son caractère fautif. Puis, la jurisprudence a étendu le champ de la faute simple aux dépens de la faute lourde. Cette technique consistait à substituer une faute d'organisation et de fonctionnement à la faute lourde afin de ne pas laisser la victime sans indemnisation. On assista alors à la dénaturation de la faute lourde.

a) La dénaturation de la faute lourde

La faute simple a été relevée dans le fonctionnement pour un geste technique défectueux associé à un défaut de surveillance (en l'espèce, pose d'un cathéter dont la migration accidentelle a provoqué une hémiplégie)⁸⁰⁸. Lorsque les juges ne tiennent pas compte de la nature médicale de l'acte et l'englobent dans le fonctionnement défectueux du service, cette démarche jurisprudentielle porte une appellation différente selon les auteurs.

⁸⁰⁷ CE Contentieux, 18 février 1987, n° 38048, M^{me} Juyoux.

⁸⁰⁸ TA Marseille, 12 février 1982, X. c/ Y., RHF 1982, p. 744

Certains parlent de déqualification quand le dommage résulte d'un acte médical pour lequel la juridiction devrait normalement examiner, puis qualifier, l'attitude du professionnel et l'acte médical, en écartant ou retenant la faute lourde, et que les tribunaux préfèrent ne faire aucune référence à cet acte et se fonder uniquement sur l'organisation du service. La déqualification de l'acte intervient dans l'hypothèse où la faute lourde n'a pu être prouvée⁸⁰⁹.

La responsabilité en matière administrative est une responsabilité pour « faute de service ». Ce n'est ni la faute d'une personne morale ni celle d'une personne physique. Le terme « faute de service » a été employé pour la première fois en 1904⁸¹⁰. C'est devenu le « droit commun de la responsabilité administrative »⁸¹¹. Ce terme a été repris par le doyen Maurice Hauriou à propos de l'arrêt du 10 février 1905⁸¹². Il l'a défini comme une *violation du devoir général qui impose de se conduire en prenant les précautions nécessaires et en apportant tous les soins exigés par l'activité et selon les circonstances*.

En matière médicale, la faute de service peut être un retard anormal du diagnostic ou une persistance dans l'erreur, une mauvaise organisation des soins, un défaut de fonctionnement (mauvaise transmission des données...), un défaut de surveillance, une omission, une carence, une maladresse, une négligence, une imprudence.

C'est en 1992, que l'on assiste à un revirement de jurisprudence par l'abandon de la faute lourde à l'hôpital public.

b) Le renoncement à la « faute lourde » avec l'arrêt « dame V »

Par sa décision du 10 avril 1992⁸¹³, le Conseil d'État a renoncé à la faute lourde dans un cas où l'application de la jurisprudence traditionnelle n'aurait pas permis de retenir la responsabilité de l'hôpital⁸¹⁴. Le tribunal administratif de Rouen avait exclu, dans un

⁸⁰⁹ CE 5/3 SSR, 5 janvier 1977, n° 99142, Prades.

⁸¹⁰ CE, 1^{er} juillet 1904, rec. Lebon, p. 536.

⁸¹¹ GUETTIER, C., *Faute civile et faute administrative*, Resp. civ. et assur., juin 2003, p. 66-74.

⁸¹² CE, 10 février 1905, rec. Lebon, p. 139, concl. Romieu.

⁸¹³ CE, Ass. 10 avril 1992, Époux V. – , Rec., Lebon p. 171, req n° 79027.

⁸¹⁴ En l'espèce, il s'agissait d'une femme de 34 ans admise pour un accouchement dans un établissement public de santé. Elle devait subir une césarienne en raison d'un placenta prævia découvert à l'échographie. L'intervention s'était soldée par d'importantes séquelles neurologiques dues à une anoxie cérébrale après arrêt cardiaque. Il résultait de quatre expertises que la conduite médicale avait été discutable sur plusieurs points : choix de la méthode analgésique, anesthésie péridurale, persistance dans ce choix malgré une chute tensionnelle insuffisamment remontée. Cependant, les appréciations des experts étaient divergentes tant sur ces éléments que sur le rôle causal vis-à-vis du dommage.

jugement du 4 avril 1986, l'existence d'une faute lourde. Une faute dans l'organisation du service avait également été écartée. Saisi en appel de ce jugement, le Conseil d'État, suivant les conclusions du commissaire du gouvernement Legal, estima que les erreurs commises constituaient une faute de nature à engager la responsabilité de l'établissement. Ainsi, pour la première fois, le juge administratif, dans une décision de principe rendue par sa formation investie de la plus haute autorité, retenait la responsabilité de l'administration pour un acte médical, non pas sur la base d'une faute lourde, mais bien sur la base d'une faute non qualifiée, d'une faute simple. En l'espèce, les praticiens avaient commis un ensemble d'erreurs et d'imprudences à l'occasion d'un accouchement par césarienne, mais ils n'avaient pas réellement eu un comportement fautif. Ce faisant, le Conseil d'État a unifié le régime de la faute et s'est aligné sur le régime de la responsabilité pour faute des cliniques privées.

Ce revirement n'est que l'aboutissement logique d'une évolution qui peu à peu avait vidé le concept de faute lourde de toute substance. « Il reste qu'entre l'exigence d'une faute lourde et celle d'une faute simple caractérisée, il y a une distance. Ainsi, à l'effet heureux d'ordre général produit par le changement de vocabulaire, s'ajoutera certainement une plus grande satisfaction donnée aux victimes »⁸¹⁵.

Alors qu'une faute lourde était nécessaire en établissement public de santé, une faute simple suffisait à engager la responsabilité de l'établissement de santé privé.

2. La faute simple suffit à engager la responsabilité de l'établissement de santé privé

Avant la loi du 4 mars 2002, et malgré l'émergence d'importantes hypothèses de responsabilité sans faute du médecin ou de l'établissement hospitalier, la responsabilité médicale était par principe restée fondée sur la faute, et jusqu'en 1992, la qualification de

⁸¹⁵ , CHAPUS, René, *Droit administratif général*, Tome 1, 15^e éd. PARIS : Domat Droit Public, Montchrestien, 2001, p. 1306.

faute lourde rendait difficile pour le patient la mise en jeu de la responsabilité de l'établissement de santé public et par là même son indemnisation.

Au contraire, la seule faute médicale suffisait à engager la responsabilité de l'établissement de santé privé, la différence étant qu'en droit privé, la solution posée par l'arrêt Mercier⁸¹⁶ qui rattachait clairement les obligations du médecin au domaine de l'obligation de moyens constituait en effet le droit commun de la responsabilité médicale, principe réaffirmé à de nombreuses reprises, tant par les juges du fond que la Cour de cassation⁸¹⁷.

2.1 Le principe de la faute médicale en établissement de santé privé

Les différentes relations contractuelles liant le patient, le médecin et l'établissement de santé privé, font peser différentes obligations à tout moment de l'hospitalisation du patient. Ainsi, l'obligation de soins qui pèse sur le médecin est classiquement présentée comme l'archétype de l'obligation de moyens prévue par l'arrêt Mercier, dans la mesure où il est inconcevable de garantir le résultat escompté⁸¹⁸. Selon la Cour de cassation, toute maladresse d'un praticien engage sa responsabilité (civile) et est, par là même, exclusive de la notion de risque inhérent à un acte médical⁸¹⁹.

L'obligation qui pèse sur le médecin résulte du contrat de soins conclu entre lui et son patient. Lorsque le traitement ou l'opération chirurgicale s'accompagnent d'une hospitalisation, un contrat d'hébergement, voire de soins, intervient avec l'établissement de soins, privé ou public. Dès lors qu'un manquement intervient dans la qualité des soins cette obligation contractuelle peut être invoquée par le patient victime d'une faute ou d'une maladresse du corps médical à l'encontre soit du médecin, soit de l'établissement de soins, selon la partie au contrat. Ainsi, en vertu du contrat d'hospitalisation et de soins le liant à son patient, un établissement de santé privé peut voir sa responsabilité civile engagée du fait d'un défaut d'organisation du service de garde.

⁸¹⁶ Cass. civ., 20 mai 1936, *op. cit.*

⁸¹⁷ Cass. 1^{re} civ., 27 mai 1998 : D. 1999, p. 21, note S. Porchy ; Cass. 1^{re} civ., 8 novembre 2000 : resp. civ. et assur. 2000, comm. n° 375 ; JCP G. 2001, II, 10493, rapp. P. SARGOS, note F. CHABAS ; CA Dijon, 25 janvier 2000, *Juris-data*, n° 2000-144534 ; CA Rouen, 9 février 2000 : *Juris-data*, n° 2000-114620 ; CA Borges, 20 juin 2000, *Juris-data*, n° 2000-131769.

⁸¹⁸ Il ne viendrait à l'esprit de personne d'engager une action en dommages intérêts parce que son médecin ne l'a pas guéri. L'arrêt Mercier a eu le mérite d'énoncer de manière précise et réaliste la formule de cet arrêt : « Il se forme... ».

⁸¹⁹ Cass. 1^{re} civ., 4 janvier 1974, *Bull. civ. I*, n° 4.

En droit administratif, la responsabilité personnelle du médecin ne peut être engagée qu'à l'occasion d'une faute détachable du service (cela sera développé plus en avant de ce travail). Dès lors, c'est seulement en présence d'une faute suffisamment grave du médecin que la responsabilité de l'hôpital pourra être écartée.

En revanche, dans un établissement de soins privé, un médecin préposé (salarié) qui agit *sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant*, n'engage pas sa responsabilité civile à l'égard des tiers, mais celle de son employeur⁸²⁰.

Chaque praticien est tenu de répondre seul de ses actes par lesquels il engage sa responsabilité personnelle (d'où l'obligation de disposer d'une assurance responsabilité civile).

Il est donc plus facile pour le patient hospitalisé en établissement de santé privé d'exercer son droit à réparation et par conséquent de se faire indemniser.

Cette inégalité de traitement, et donc l'inégalité dans l'indemnisation du patient, avant 2002, se retrouve dans l'indemnisation de l'infection nosocomiale.

2.2 Une illustration de la dichotomie d'interprétation de la faute médicale avec le régime jurisprudentiel d'indemnisation des infections nosocomiales contractées avant le 5 septembre 2001

L'infection nosocomiale est une infection contractée dans un établissement de santé. Elle est désormais intégrée dans les infections associées aux soins (IAS). Une infection est considérée comme IAS si elle survient au cours ou au décours d'une prise en charge (diagnostique, thérapeutique, palliative, préventive ou éducative) d'un patient si elle n'était ni présente ni en incubation au début de la prise en charge⁸²¹.

Les principes sont entièrement jurisprudentiels et varient selon le lieu de survenue de l'infection.

⁸²⁰ Cass., ass. plén., 25 février 2000, Costedoat c/ Girard et a ; *Bull.*, n° 2, p. 3, *Juris-data*, n° 000650 ; JCP E 2000, p. 388 ; rapp. Cass. Comm., 12 octobre 1993, JCP G. 1995, II, 22493, note F. CHABAS.

⁸²¹ Définition de l'infection nosocomiale donnée par le Comité technique des infections nosocomiales et des infections liées aux soins (2007).

Ainsi, si l'infection est contractée dans un établissement public de santé c'est un régime par responsabilité pour faute présumée qui s'applique et qui a été dégagé par l'arrêt Cohen, du Conseil d'État, du 9 décembre 1988⁸²².

Le juge administratif⁸²³ à la différence du juge judiciaire, se refuse à reconnaître la responsabilité d'un établissement de santé lorsque l'infection est d'origine endogène.⁸²⁴

Au contraire, si l'infection nosocomiale est contractée dans un établissement de santé privé ou consécutivement à l'intervention de médecins libéraux, alors une obligation de sécurité résultat sera mise à leur charge. Ce régime de responsabilité sans faute a été dégagé à l'occasion des 3 arrêts du 29 juin 1999, dits « staphylocoques dorés »⁸²⁵, décidant que les établissements de santé privés et les médecins étaient tenus en cette matière d'une obligation de sécurité résultat dont ils ne pouvaient s'exonérer que par la preuve d'une cause étrangère. La Cour de cassation a mis à la charge de la clinique une obligation de sécurité de résultat, en retenant que « le contrat d'hospitalisation et de soins met à la charge de ce dernier, en matière d'infections nosocomiales, une obligation de sécurité résultat dont il ne peut se libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère ».

Un arrêt du 13 février 2001⁸²⁶ précise ainsi qu'un médecin est tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière d'infection nosocomiale consécutive à un acte médical réalisé dans un établissement de santé ou dans son cabinet. Il appartient au patient de démontrer le caractère nosocomial de son infection et la Cour de cassation ne distingue pas selon que l'origine est endogène ou exogène⁸²⁷.

À la différence du juge administratif, le juge judiciaire accepte d'indemniser l'infection endogène⁸²⁸. Cette évolution jurisprudentielle est favorable aux victimes. Cependant, elle a créé de réelles difficultés pour les professionnels et établissements de santé à contracter les assurances nécessaires à leur activité.

Cependant, il est à noter qu'existe depuis 1993 une responsabilité sans faute de l'établissement public de santé que constitue la réparation de l'aléa thérapeutique.

⁸²² CE, 9 décembre 1988, Cohen, n° 65087.

⁸²³ CE, 27 novembre 2002.

⁸²⁴ L'infection est d'origine endogène lorsque le malade s'infecte avec ses propres germes.

⁸²⁵ Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1999, n° 97-14.254, CPAM de la Seine-Saint-Denis ; Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1999, n° 97-15.818, M. X c/ M. Y et autres ; Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1999, n° 97-21.903.

⁸²⁶ Cass. 1^{re} civ., 21 février 2001, *Bull. civ. I*, n° 32.

⁸²⁷ Rapport annuel de la Cour de cassation 2007, p. 233 à 237.

⁸²⁸ Cass. 1^{re} civ., 4 avril 2006.

3. La réparation de l'aléa thérapeutique avant la loi du 4 mars 2002

C'est par l'arrêt Bianchi⁸²⁹, du 9 avril 1993, que le Conseil d'État a admis la responsabilité sans faute de l'hôpital public. Il a consacré ainsi l'indemnisation du risque thérapeutique, mais à de strictes conditions, puisque la victime devait montrer la réunion de cinq conditions à savoir, le risque exceptionnel, le risque connu, un lien direct de cause à effet, l'état initial du patient sans relation avec le préjudice ultérieur, et enfin le dommage anormal et d'une extrême gravité.

En imposant le cumul de ces cinq conditions, les juges ont pris soin de ne pas ouvrir la boîte de Pandore. C'est le cas lors de don de sang, dans l'hypothèse des biens détenus ou déposés par les malades hospitalisés, et dernier cas que constituent les produits défectueux avec l'impossibilité d'invoquer toute cause d'exonération de responsabilité lorsque le dommage a été causé par un élément du corps humain ou par les produits issus de celui-ci. Outre les dommages survenus aux collaborateurs occasionnels du service public hospitalier⁸³⁰, les juridictions administratives ont introduit la prise en compte du risque dans le droit hospitalier public à l'occasion du dommage subi par un tiers du fait d'une décision médicale concernant un malade soigné en psychiatrie. Dans une telle hypothèse, ce n'est pas le patient qui subit un dommage, mais une ou plusieurs personnes totalement extérieures au traitement médical. Le premier arrêt rendu en ce sens concernait un malade interné en psychiatrie⁸³¹

Cette dualité public/privé a aujourd'hui vécu, puisque la loi du 4 mars 2002 a consacré un dispositif unique, applicable à tous les professionnels de santé et tous les établissements de soins sans distinction. Le lieu de réalisation du dommage n'a donc plus d'incidence, et consacre une nouvelle responsabilité partiellement unifiée.

⁸²⁹ CE, 9 avril 1993, Rec. CE p.127 ; D. 1994, som. 65 BON et TERNEYRE ; RD publ. 1993, 1099 note PAILLET ; JCP 1993 II 22061 note MOREAU. Lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité.

⁸³⁰ CE, 13 décembre 1957, Hôpital-Hospice de Vernon, Rec. CE, p. 680 ; CE 31 mars 1999, Hospices civils de Lyon, *AJDA* 1999, p. 528.

⁸³¹ CE, Dép. de la Moselle, 13 juillet. 1967, Rec. CE, p. 341.

B – Après 2002, une nouvelle responsabilité partiellement unifiée

La loi du 4 mars 2002 a eu pour objectif de concilier les intérêts divergents des victimes d'une part et des acteurs de santé d'autre part. Pour cela elle revient au principe traditionnel de la responsabilité pour faute. La loi du 4 mars 2002, dite loi Kouchner⁸³² confirme, entre autres, le principe de la responsabilité pour faute simple des professionnels de santé et des établissements de santé. Les professionnels de santé et les établissements de santé ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute⁸³³. La responsabilité médicale nouvelle est donc une responsabilité rénovée (1), dont la faute reste le fondement. En contrepartie, pour répondre aux préoccupations des patients, la loi institue un système d'indemnisation des victimes d'accidents non fautifs au titre de la solidarité nationale et met également en place une nouvelle procédure de règlement amiable des litiges permettant une indemnisation rapide de ces victimes. Pour autant, l'on va assister à la mise en œuvre d'une responsabilité partiellement unifiée, puisque vont subsister les deux juridictions compétentes et une dichotomie de régime de responsabilité entre le médecin hospitalier et le médecin salarié de l'établissement de soins privé (2).

1. La rénovation des fondements de la responsabilité

Parce que la faute reste le fondement même de la mise en œuvre de la responsabilité, elle ne peut être que rénovée dans son application.

1.1 La faute reste le fondement de la responsabilité

La faute reste la condition à la mise en jeu de la responsabilité de par son universalité et la constitutionnalité du principe de responsabilité.

⁸³² Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *op. cit.*

⁸³³ Art. L. 1142-1 du Code de la santé publique.

a) De par l'universalité du principe de responsabilité

L'universalité du principe de la responsabilité en liaison avec la responsabilité médicale a été proclamée par la cour d'appel de Rouen⁸³⁴. Le principe de la responsabilité *pèse à la fois sur toutes les fonctions publiques et sur toutes les professions*⁸³⁵.

b) De par l'exigence constitutionnelle du principe de responsabilité

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a jugé que l'article 1382 du Code civil correspondait à une exigence constitutionnelle. Il s'agit d'une part, de sa décision 82-144 DC⁸³⁶, du 22 octobre 1982, relative au développement des institutions représentatives du personnel par laquelle le Conseil a annulé une disposition de cette loi qui écartait toute responsabilité, même pour faute, de certaines personnes en matière de conflits de travail. Les motifs du Conseil constitutionnel posent en principe que : « Nul n'ayant le droit de nuire à autrui, en principe tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer [...] le droit français ne comporte en aucune matière de régime soustrayant à toute réparation les dommages résultant de fautes civiles imputables à des personnes physiques ou morales de droit privé quelle que soit la gravité de ces fautes ».

Il s'agit ensuite de la décision n° 99-419 DC, du 9 novembre 1999⁸³⁷, concernant la loi relative au pacte civil de solidarité qui énonce que « la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre l'exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dont il résulte que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

Ces deux décisions érigent à un niveau d'exigence constitutionnelle l'article 1382 du Code civil. Elles rejoignent en cela, ce qu'exprimait, plus d'un siècle auparavant, la Cour de cassation. En effet, la chambre des requêtes a, le 21 juillet 1862⁸³⁸, déclaré que les articles 1382 et 1383 du Code civil « contiennent une règle générale, celle de l'imputabilité des

⁸³⁴ CA Rouen, 22 mai 1834.

⁸³⁵ Cass. Req., 18 juin 1835, S. 1835, « Jurisprudence de la Cour de cassation », p. 401, avec les conclusions du procureur général Dupin.

⁸³⁶ Cons. Const., Décision n° 82-144 DC du 22 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel.

⁸³⁷ Cons. Const., Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, relative au pacte civil de solidarité.

⁸³⁸ Cass. Req., 21 juillet 1862, Dalloz périodique, 1862, Cour de cassation, p. 418.

fautes et de la nécessité de réparer le dommage que l'on a causé non seulement par son fait, mais aussi par sa négligence ou son imprudence ; que toute personne, quelle que soit sa situation ou sa profession, est soumise à cette règle [...] ; que, sans doute, il est de la sagesse du juge de ne pas s'ingérer témérairement dans l'examen des théories ou des méthodes médicales, et prétendre discuter des questions de pure science ; mais qu'il est des règles générales de bon sens et de prudence auxquelles on doit se conformer, avant tout, dans l'exercice de chaque profession, et que sous ce rapport, les médecins restent soumis au droit commun, comme tous les autres citoyens ».

Si la faute reste la condition de la mise en jeu de la responsabilité, la loi du 4 mars 2002, n'est pas une réforme en soi ; elle ne propose qu'une responsabilité renouvelée.

1.2 La rénovation de la responsabilité pour faute

Toutefois, on ne peut parler que d'une rénovation de la responsabilité, puisque l'on assiste à une restauration de la responsabilité pour faute, et la continuité de l'exception de la responsabilité pour absence de faute.

a) La restauration de la responsabilité pour faute

Les principes légaux de responsabilité sont énoncés aux articles L. 1142-1 à L. 1142-3 du Code de la santé publique⁸³⁹. Ainsi, le nouvel article L. 1142-1, I, du Code de la santé publique affirme que « Hors cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un produit de santé, les professionnels de santé, les établissements de santé dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins, ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute ».

La faute est donc redevenue le fondement de référence de la responsabilité médicale.

⁸³⁹ Tels qu'issus de la loi du 4 mars 2002, modifiée par les lois n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 sur la responsabilité civile médicale, *JO* 31 décembre p. 22100 et n° 2004-806 du 9 août relative à la politique de santé publique, *JO* 11 août, p. 14277.

b) La subsistance de cas de responsabilité sans faute

Deux situations échappent à son empire : les dommages causés par le défaut d'un produit de santé et les infections nosocomiales.

Ainsi, l'article L. 1142-1, I, du Code de la santé publique exclut expressément du nouveau dispositif le cas où la responsabilité des professionnels ou établissements ou organismes est engagée pour un dommage causé par le défaut d'un produit de santé ; pour cette source de dommages le législateur n'a pas entendu revenir sur le régime de responsabilité existant. Ce régime résulte notamment de la loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux⁸⁴⁰ qui institue une responsabilité sans faute à la charge des producteurs et distributeurs de produits.

En cas de dommages causés par le défaut d'un produit de santé, la victime peut donc invoquer contre le producteur ou contre l'établissement ou le médecin fournisseur les dispositions issues de la loi du 19 mai 1998. Elle peut aussi invoquer l'obligation de sécurité, résultat que la Cour de cassation a mis récemment à la charge des établissements pour les produits fournis⁸⁴¹. La référence au défaut d'un produit de santé dans la loi du 4 mars 2002 renvoie à la législation sur la responsabilité du fait des produits défectueux⁸⁴², qui, sauf pour les produits issus du corps humain, est moins rigoureuse que l'obligation de sécurité de résultat (nécessité d'établir le défaut du produit, sa mise en circulation, possibilités d'exonération pour risque de développement...).

En ce qui concerne les infections nosocomiales, l'évolution jurisprudentielle antérieure avait créé soit une présomption de faute en matière de responsabilité hospitalière⁸⁴³, soit une responsabilité sans faute aussi bien pour les cliniques que pour les médecins⁸⁴⁴. Le législateur a donc finalement maintenu un principe de responsabilité sans faute pour les établissements de santé en cas d'infections nosocomiales dont ils ne peuvent s'exonérer qu'en démontrant l'existence d'une cause étrangère⁸⁴⁵. En revanche, dans la mesure où le texte ne vise que les établissements et services de santé, l'extension de la responsabilité de

⁸⁴⁰ Cass. civ., art. 1386-1 et s.

⁸⁴¹ Cass. 1^{re} civ., 7 novembre 2000, D. 2001, somm. 2236, obs. D. MAZEAUD, *ibid.* somm. 3083, obs. J. PENNEAU, JCP 2001. I. 340 ; obs. G. VINEY, Defrénois 2001. 268, obs. E. SAVAUX. L'arrêt a statué sur le cas de fourniture d'un médicament, mais la doctrine s'accorde à reconnaître que cette solution est transposable à la fourniture de sang par l'établissement.

⁸⁴² Art. 1386-1 à 18 Cass. civ.

⁸⁴³ CE 9 décembre 1988, Cohen, Rec. Lebon, p. 431.

⁸⁴⁴ Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1999 *op. cit.*

⁸⁴⁵ Art. L. 1142-1-1 du Code de la santé publique, réd. L. 30 décembre 2002.

plein droit aux médecins en cas d'infection nosocomiale paraît bien implicitement condamnée par la loi⁸⁴⁶.

Ainsi, une distinction est faite en ce qui concerne les infections nosocomiales. S'agissant de celles contractées dans un établissement de santé, et pour reprendre la formulation même du rapport n° 174 présenté au Sénat⁸⁴⁷, la loi « consacre la jurisprudence de la Cour de cassation », puisque le second alinéa du I de l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique précise que *les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère*. La loi du 30 décembre 2002 a toutefois partiellement modifié ce régime en transférant à la solidarité nationale la réparation des dommages résultant d'infections nosocomiales provoquant un taux d'incapacité permanente supérieur à 25 % ou le décès.

En revanche, en ce qui concerne les infections nosocomiales imputables à un médecin, il ne pourra en être responsable qu'en cas de faute. On devrait donc en revenir sur ce point à l'ancienne jurisprudence qui appréciait la faute en fonction de l'exigence très forte de respect des mesures d'asepsie et de prophylaxie qui pèsent sur les médecins⁸⁴⁸.

La loi du 4 mars 2002 paraît donc s'analyser essentiellement comme une loi de consolidation d'une jurisprudence séculaire en ce qui concerne la faute.

2. Une responsabilité partiellement unifiée

On peut parler d'une responsabilité partiellement unifiée, en ce sens, que seule la responsabilité dans le cas des infections nosocomiales contractées après le 5 septembre 2001, bénéficie à la fois d'un régime de responsabilité de droit commun et d'un régime d'indemnisation par la solidarité nationale, quel que soit le statut de l'établissement.

L'indemnisation des infections sera prise en charge soit par les assureurs, soit par la solidarité nationale *via* l'ONIAM. La loi a pour cela consacré un régime de responsabilité de droit commun.

⁸⁴⁶ SARGOS, Pierre, *Le nouveau régime des infections nosocomiales*, JCP 2002.I.276.

⁸⁴⁷ GIRAUD, Francis, DERIOT, Gérard, LORRAIN, Jean-Louis, *Rapport annuel de la Cour de cassation 2007*, p. 233-237.

⁸⁴⁸ Cf. en particulier les arrêts de la première chambre civile, du 28 février 1984 (*Bull. civ. I*, n° 77) et 29 novembre 1989 (*Bull. civ. I*, n° 388), la preuve de la faute d'asepsie résultant de l'absence de toute cause envisageable de l'infection.

2.1 Un régime de responsabilité de droit commun

La loi du 4 mars 2002 a entériné la jurisprudence antérieure établissant une responsabilité sans faute des établissements de santé, de quelque nature qu'il soit, sauf preuve d'une cause étrangère (fait d'un tiers, force majeure, cas fortuit...). Toutefois cette responsabilité automatique est limitée aux établissements de santé.

La loi a condamné la jurisprudence civile mettant à la charge des professionnels de santé une obligation de sécurité résultat, car pour engager la responsabilité civile du médecin au titre d'une infection nosocomiale, la victime devra prouver sa faute.

2.2 Un régime d'indemnisation par la solidarité nationale

Le législateur a étendu aux infections le nouveau régime de réparation au titre de la solidarité nationale lorsqu'on est en présence de l'aléa nosocomial.

Ainsi, si l'établissement apporte la preuve d'une cause étrangère ou si le professionnel de santé n'a pas commis de faute, alors la victime a droit à une indemnisation par l'ONIAM au titre de la solidarité nationale sous réserve que le dommage subi réponde à trois conditions : Le dommage doit être directement imputable à des actes de soins ; il doit avoir des conséquences anormales au regard de l'état de santé du patient ou de son évolution prévisible ; enfin, il doit présenter un certain caractère de gravité suffisant fixé par décret.

Mais les infections nosocomiales représentent une part importante de dommages médicaux, malgré les multiples mesures de prévention mises en place. Les assureurs des établissements de santé se sont donc insurgés contre la charge financière qu'ils allaient devoir supporter puisque, lorsque la responsabilité de leurs assurés est engagée, ils doivent non seulement indemniser les victimes de leurs préjudices, mais aussi rembourser les tiers payeurs de leurs débours. Ils ont notamment menacé de se retirer du marché de l'assurance de responsabilité médicale et le législateur a dû à nouveau intervenir pour calmer leurs inquiétudes. La loi du 4 mars 2002 a donc été modifiée par la loi du 30 décembre 2002⁸⁴⁹ qui a institué un partage de la charge de l'indemnisation entre les assureurs des établissements

⁸⁴⁹ Loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale, JO 31 décembre.

et la solidarité nationale⁸⁵⁰. Les dommages graves imputables aux infections nosocomiales, c'est-à-dire ceux qui remplissent les conditions pour ouvrir droit à l'indemnisation au titre de la solidarité nationale, n'engagent plus la responsabilité sans faute des établissements. Sous réserve d'un recours contre l'établissement, en cas de faute prouvée, l'indemnisation de ces dommages relève désormais de la solidarité nationale ; l'intervention de la solidarité nationale en matière d'indemnisation constituant l'une des innovations de la loi du 4 mars 2002.

La solidarité nationale s'applique donc aux accidents médicaux comme aux affections iatrogènes survenues en l'absence de faute⁸⁵¹.

Ainsi, le régime juridique des infections nosocomiales a été modifié par la loi du 30 décembre 2002 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, ajoutant un nouvel article L. 1142-1-1 du Code de la santé publique prévoyant une prise en charge par la solidarité nationale pour les infections les plus graves.

Ce nouveau régime ne s'applique qu'aux infections nosocomiales postérieures à son entrée en vigueur soit après le 1^{er} janvier 2003. Ainsi, si les infections causent une atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique supérieure à 25 % ou entraînent le décès de la victime, elles seront désormais indemnisées par l'ONIAM au titre de la solidarité nationale.

L'ONIAM sera alors titulaire d'une activité récursoire sur l'établissement hospitalier en cas de manquement caractérisé aux obligations édictées en matière de lutte contre les infections nosocomiales.

Dans les autres cas, pour les infections causant une atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique inférieure ou égale à 25 % elles relèvent de la responsabilité sans

⁸⁵⁰ La loi du 4 mars 2002 a prévu une responsabilité de plein droit des établissements de santé en cas de vol, perte ou détérioration des objets déposés par le patient.

En principe, la responsabilité des établissements de santé n'est engagée qu'en cas de faute. Tout en affirmant ce principe, la loi du 4 mars 2002 pose une exception pour laquelle la responsabilité de la clinique est engagée sans faute : c'est le cas des infections nosocomiales. En effet, la jurisprudence, depuis 1999, met à la charge des établissements de santé une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne ces infections, dont ils ne peuvent se dégager qu'en prouvant la cause étrangère⁸⁵⁰. Il appartient donc au patient de démontrer le caractère nosocomial de l'affection dont il est atteint⁸⁵⁰. L'article L. 1142-1 du Code de la santé publique maintient cette obligation de sécurité de résultat. C'est la loi du 30 décembre 2002, modifiée par un décret du 4 avril 2003, qui atténue la rigueur de l'obligation mise à la charge des établissements de santé. En effet, elle ne prévoit que les dommages résultant d'infections nosocomiales correspondant à un taux d'incapacité permanente supérieure à 24 % et les décès provoqués par ces infections ouvrent droit à réparation au titre de la solidarité nationale.

⁸⁵¹ Art. L. 1142-1-II du Code de la santé publique.

faute de l'établissement au sein duquel elles sont contractées et seront indemnisées par les assureurs.

Il faut admettre que ce régime est le fruit d'un compromis entre la protection des victimes, la responsabilisation des établissements de santé et la sauvegarde de l'assurabilité des établissements. Il est toutefois source d'inégalité pour les victimes d'infection. En effet, l'absence de définition légale des infections nosocomiales indemnissables pose des difficultés et conduit à des interprétations jurisprudentielles divergentes ainsi que la différence de régime appliqué selon le lieu où l'infection a été contractée. L'on se retrouve donc face à une responsabilité partiellement unifiée.

La loi consacre en effet un dispositif unique, applicable à tous les professionnels de santé et tous les établissements de soins sans distinction. Le lieu de réalisation du dommage n'a donc plus d'incidence. De ce fait, dans le domaine spécifique de la médecine libérale, le rattachement artificiel de la responsabilité au contrat médical, opérée par l'arrêt *Mercier*⁸⁵², aurait-il vécu ? La responsabilité médicale s'oriente vers une responsabilité statutaire indépendante de l'existence ou non d'une relation contractuelle médecin/patient ? Cela constituerait une preuve supplémentaire d'une spécificité de moins en moins importante de la nature privée de l'établissement de santé.

Néanmoins, la loi a maintenu la dualité des compétences juridictionnelles. La responsabilité hospitalière relève toujours de la compétence du juge administratif, et la responsabilité des médecins libéraux et des cliniques relèvent de celle du juge judiciaire. Outre les différences procédurales qui en découlent, l'inconvénient majeur de cette dualité de compétence est le risque de voir perdurer des divergences de jurisprudence entre la Cour de cassation et le Conseil d'État. Sans pour autant attendre une évolution de la jurisprudence, la réforme de 2002 concernant la responsabilité en droit de la santé demeure un artifice d'unification.

⁸⁵² Cass. 1^{re} civ., 20 mai 1936, D.P. 1936, 1, 88, concl. MATTER, rapp. JOSSERAND, note E.P., S. 1937, 1, 321, note Breton, RTD civ. 1936. 691, obs. DEMOGUE.

Paragraphe 2 – Le droit à réparation du patient hospitalisé en établissement de santé privé après 2002 ou l’artifice d’une responsabilité unifiée pour le patient

L’article 98 de la loi du 4 mars 2002 a mis en place un régime légal de responsabilité fondé sur la faute. Le texte organise la solidarité nationale pour réparer, à certaines conditions, le dommage survenu en l’absence de toute faute. Ce sont ces principes légaux qui s’imposent en toutes circonstances. Un mécanisme de règlement amiable obéissant à une procédure précise, est également prévu. L’ensemble de ces modalités pourraient faire croire à une responsabilité unifiée. Pourtant, la jurisprudence antérieure conserve son intérêt étant applicable aux accidents survenus avant l’entrée en vigueur de la loi nouvelle et servant de référence pour l’interprétation des nouveaux textes. Rendue par les deux ordres de juridiction, elle concerne la réparation supportée par les établissements publics de santé (A) et par les établissements de soins privés (B), et laisse apparaître l’artifice que constituent les deux régimes de réparation.

A – La réparation civile supportée par les établissements publics de santé

Les suites financières d’un accident thérapeutique survenu en établissement public de santé incombent à ce dernier et non à ses personnels⁸⁵³. Ces règles valent dans le cas où le malade ou sa famille mettent en mouvement l’action publique et saisissent le juge pénal. Par application du principe de séparation des deux ordres de juridiction, les tribunaux

⁸⁵³ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite Le Pors, art. 11 : « Les fonctionnaires bénéficient, à l’occasion de leurs fonctions, d’une protection organisée par la collectivité publique dont ils dépendent, conformément aux règles fixées par le Code pénal et les lois spéciales. Lorsqu’un fonctionnaire a été poursuivi par un tiers pour faute de service et que le conflit d’attribution n’a pas été élevé, la collectivité publique doit, dans la mesure où une faute personnelle détachable de l’exercice de ses fonctions n’est pas imputable à ce fonctionnaire, le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui. La collectivité publique est tenue de protéger les fonctionnaires contre les menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages dont ils pourraient être victimes à l’occasion de leurs fonctions, et de réparer, le cas échéant, le préjudice qui en est résulté. La collectivité publique est tenue d’accorder sa protection au fonctionnaire ou à l’ancien fonctionnaire dans le cas où il fait l’objet de poursuites pénales à l’occasion de faits qui n’ont pas le caractère d’une faute personnelle. La collectivité publique est subrogée aux droits de la victime pour obtenir des auteurs des menaces ou attaques la restitution des sommes versées au fonctionnaire intéressé. Elle dispose, en outre, aux mêmes fins, d’une action directe qu’elle peut exercer au besoin par voie de constitution de partie civile devant la juridiction pénale. Les dispositions du présent article sont applicables aux agents publics non titulaires. »

répressifs judiciaires ne peuvent pas statuer sur la réparation pécuniaire à l'encontre des établissements publics de santé⁸⁵⁴.

Par conséquent, le plaignant, dans un certain nombre d'affaires peut engager ainsi deux actions distinctes, l'une devant le juge répressif pour obtenir la condamnation pénale et personnelle de certains agents de l'hôpital public, l'autre devant le juge administratif pour faire condamner l'établissement public de santé à réparation. Les dispositions nouvelles sur le règlement amiable ne modifient pas la situation, sauf à accélérer par ce biais le mécanisme de réparation pécuniaire. Dans un certain nombre de cas le dommage subi est lié à une faute. Mais il arrive aussi qu'un préjudice survienne alors que l'erreur ne peut être que très difficilement établie ou même n'existe pas.

La situation des établissements publics de santé s'est caractérisée ces dernières années par leur condamnation non seulement dans le cas de la faute (1) mais aussi lorsque le dommage était lié à un simple aléa thérapeutique (2). Il convient pour chacune de ces hypothèses de mesurer les effets des dispositions de la loi du 4 mars 2002.

1. La réparation de la faute

D'une manière générale, la responsabilité des établissements publics de santé se caractérise par la prise en compte par le juge administratif de la faute établie par le requérant ; Le juge a également retenu quelques hypothèses de présomption. Un cas particulier est celui de la faute personnelle détachable du service public hospitalier.

1.1 La faute établie par le requérant

En matière thérapeutique, la responsabilité de l'établissement public de santé est engagée sur la base de la « faute médicale »⁸⁵⁵.

Jusqu'en 1992, comme cela fut évoqué précédemment, le Conseil d'État condamnait l'hôpital public à partir d'une distinction reposant sur la qualification de l'acte en cause⁸⁵⁶. L'acte médical entraînait réparation s'il était entaché d'une faute lourde. Il suffisait, en revanche, que l'acte de soins, l'organisation ou le fonctionnement du service soient assortis d'une faute simple pour condamner l'hôpital. Depuis 1992, l'activité hospitalière publique,

⁸⁵⁴ T. février 1908, Feutry, rec. CE, p. 208 ; civ., 23 décembre 1952, *Gazette du Palais*, 1953 ; T. confl. 25 mars 1957, Chilloux, Rec. CE, p. 816, Isaac Slimane, Rec. CE, p. 816.

⁸⁵⁵ CE, 10 avril 1992, Ép. V., Rec. CE, p. 171 ; J. Moeau, JCP, 1992, 1.218 ; R. CHAPUS, Dr. adm. p. 1039.

⁸⁵⁶ CE, 8 mai 1935, Dame Vion, Rec., CE, p. 1019, Dame Philipponeau, Rec. CE.

sous tous ses aspects relève de la faute simple. Les applications de cette jurisprudence témoignent du souci du juge de ne pas étendre inconsidérablement la notion de faute. La preuve de la faute doit toujours être rapportée par le patient. Ceci qu'il s'agisse d'un acte médical⁸⁵⁷, ou de l'oubli d'une compresse dans l'abdomen du malade⁸⁵⁸. La charge de la preuve pèse en premier lieu sur le demandeur⁸⁵⁹. Comme l'existence du dommage, le requérant doit établir le lien de causalité entre la faute et ce dommage⁸⁶⁰.

La responsabilité de l'hôpital public peut, également, être engagée en matière d'information médicale. Depuis un arrêt du 29 mai 1951⁸⁶¹, la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière était constante : il appartenait au patient, lorsqu'il se soumettait en pleine lucidité à une intervention, de rapporter la preuve que le médecin a manqué à ses obligations en ne l'informant pas de l'intervention et des risques inhérents à celle-ci. Dans la même optique, un arrêt du 4 avril 1995⁸⁶² rappelle que la preuve de ce que le médecin a manqué à son obligation contractuelle d'information incombe au patient. La Cour de cassation, dans son arrêt du 25 février 1997, va opérer un revirement de jurisprudence en décidant que désormais il appartient au médecin de rapporter la preuve de l'exécution de son information. En matière d'information, le médecin doit prouver qu'il a convenablement informé le patient sur les risques encourus dans le cadre des soins envisagés⁸⁶³. En matière d'information médicale du patient, les risques graves doivent être énumérés au malade⁸⁶⁴.

L'obligation d'information est une obligation absolue, en ce qui concerne l'acte médical proposé. Cette information a pour but de permettre au patient de donner un consentement éclairé⁸⁶⁵. Hormis les cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, un médecin est tenu de lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés, même si ces risques sont minimes ou exceptionnels. Les juridictions civiles et administratives sont concordantes en la matière⁸⁶⁶.

⁸⁵⁷ CE, 19 mars 2003, CHRU Caen, n° 195007, CAA. Paris, 7 mai 2002, M^{me} A., *AJDA* 2003, p. 803 ; CE, 30 juin 1999, cons. L., *Gazette du Palais*, 30 avril-4 mai 2000, p. 16 ; CAA, Lyon, 10 juin 1994, CH Grasse.

⁸⁵⁸ TA, Strasbourg, 21 octobre 1994, *Les Petites Affiches*, n° 12648.

⁸⁵⁹ C. civ., art. 1315, version du 17 février 1804.

⁸⁶⁰ CAA Nantes, 24 mars 1994, GAUTIER, *Juris-data*, n° 45319.

⁸⁶¹ Cass. 1^{re} civ. *Bull.* n° 162, D. 1952-53, Note SAVATIER.

⁸⁶² Cass. 1^{re} civ., *Bull.* n° 159.

⁸⁶³ Cass. 1^{re} civ., 25 février 1997, n° 94-19.685, M. Hédreul c/ M. Cousin et autres.

⁸⁶⁴ CE, 5 janvier 2000, Cts Telle et AP-HP, RD sanit. Soc. 2000, p. 362 ; CE, 17 mai 2000, aff. C., JCP 2001.II.10462.

⁸⁶⁵ VIALLA, François, *Bref retour sur le consentement éclairé*, Paris, Dalloz, 2011, p. 292.

⁸⁶⁶ Cass. 1^{re} civ., 7 octobre 1988, D. 1999, p. 145, note S. PORCHY – Cass. 1^{re} civ., 10 mai 2000, n° 98-19-332 – Cass. 1^{re} civ., 10 mai 2000, n° 98-19-810 ; Conseil d'État, 5 janvier 2000 – 181899 – D.2000, I.R. p. 28.

Lorsque l'acte médical envisagé, même accompli dans les règles de l'art, comporte des risques connus de décès ou d'invalidité, le patient doit être informé dans des conditions qui permettent de recueillir son consentement éclairé.

Si cette information n'est pas requise en cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, la seule circonstance que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ne dispense pas les praticiens de leur obligation⁸⁶⁷.

Dans ce cas, il résulte de l'article L. 376-1 du Code de la sécurité sociale que le recours des caisses s'exerce sur les sommes allouées à la victime en réparation de la perte d'une chance d'éviter un préjudice corporel, la part d'indemnité de caractère personnel étant seule exclue de ce recours⁸⁶⁸.

La charge de la preuve de l'information incombe au praticien, qu'il soit hospitalier ou libéral ; sur ce point-là encore, les jurisprudences aussi bien administratives que civiles sont concordantes⁸⁶⁹. Ainsi, sera condamné l'hôpital qui n'apporte pas la preuve lui incombant, que le patient a été informé du risque de paraplégie⁸⁷⁰.

1.2 La faute présumée par le juge administratif

Avant les dispositions issues de la loi du 4 mars 2002 fondant la responsabilité sur la faute⁸⁷¹, il arrivait que le juge administratif étende le champ de la condamnation des hôpitaux publics à quelques hypothèses dans lesquelles le patient ne parvenait pas à établir la faute. En l'absence de preuve formelle de cet élément constitutif de responsabilité, le juge déduisait son existence des faits de la cause. La faute était alors présumée⁸⁷². Ce raisonnement s'appliquait à des hypothèses dans lesquelles un acte de soins courant et à caractère bénin entraînait des conséquences très graves, sans commune mesure avec le motif initial de l'hospitalisation. Un tel mécanisme entraînait un renversement de la charge de la preuve. L'établissement public de santé devait établir qu'il n'avait pas commis de faute. La preuve d'un fait négatif était alors difficile à rapporter. L'article L. 1142-1-I du Code de la santé publique laisse désormais peu de place à une telle interprétation, pourtant favorable

⁸⁶⁷ C.E, Section Contentieuse, 5^e ss, 10 décembre 1999, n° 198530 ; Argus 2000, p. 40.

⁸⁶⁸ C.E., 19 mai 2004, 216039 ; Dalloz 2004, IR p. 1771.

⁸⁶⁹ C.E, 5 janvier 2000.

⁸⁷⁰ CAA Paris, Plénière, 9 juin 1998, n° 95PA03660, G., Publié au recueil Lebon.

⁸⁷¹ Art. L. 1142-1-I du Code de la santé publique.

⁸⁷² CE 7 mars 1958, Secrétaire d'Etat à la Santé publique c/ Dejous, Rec. Lebon, p. 153. ; CE 9 déc. 1988, Cohen, Rec. Lebon, p. 431.

au patient, cela d'autant que la présomption de responsabilité est expressément prévue dans l'hypothèse des infections nosocomiales.

1.3 La faute détachable du service public hospitalier

La faute est détachée du service public hospitalier lorsqu'elle est d'une gravité exceptionnelle, se situant au-delà de la faute lourde et révélant, selon une formule célèbre de Laferrière⁸⁷³, « l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences »⁸⁷⁴. Une telle faute donne lieu à une responsabilité pécuniaire propre de l'agent. Sa réparation n'incombe plus à l'établissement public de santé. Une infraction pénale ne constitue pas obligatoirement une faute personnelle. De même elle n'entraîne pas automatiquement la saisine de la juridiction répressive. La faute personnelle relève de la compétence des tribunaux judiciaires. De ce fait, lorsque l'action publique est engagée, la juridiction répressive peut condamner l'intéressé tout à la fois sur le plan civil et sur le plan pénal. S'il n'y a pas d'action pénale, le tribunal de grande instance n'est pas compétent. Fréquemment la répartition des responsabilités entre l'agent et l'hôpital n'est pas nette. Les tribunaux peuvent estimer que la faute de l'agent, bien que de nature personnelle, n'est pas dépourvue de tout lien avec le service. Il y a alors cumul de responsabilités et partage de la charge financière, un même acte présentant un double rattachement. Il arrive aussi que le dommage trouve son origine dans le cumul d'une faute personnelle de l'agent et d'une faute de service. Il y a alors cumul des fautes.

Les actions récursoires permettent la juste répartition du paiement des dommages. Cela peut être, soit une action récursoire de l'administration à l'encontre de l'agent, soit une action récursoire de l'agent public hospitalier contre son administration.

La demande de réparation dirigée par le patient contre l'hôpital public est présentée par une requête déposée au greffe du tribunal administratif. Elle est soumise à la règle de la décision préalable prévue par le décret du 11 janvier 1965, ce qui permet à l'établissement de parvenir dans certains cas à un accord amiable et d'éviter un contentieux. Le délai pour engager l'action en réparation à l'encontre de l'établissement public de santé est de dix années à compter de la date de consolidation⁸⁷⁵. Il revient au patient d'établir les trois

⁸⁷³ Concl sur TC 5 mai, LAUMONNIER-CARRIOL, Rec. n° 95, p. 437.

⁸⁷⁴ DUVAL, Jean-Marc, « Faute personnelle, faute disciplinaire et faute pénale en matière d'activité hospitalière », *Revue droit public*, 2001, n° 6, p. 1843.

⁸⁷⁵ Art. L. 1142-28 du Code de la santé publique.

éléments constitutifs de la responsabilité en droit public français, à savoir la faute, le préjudice et le lien de causalité entre la faute et le préjudice.

2. La réparation de l'aléa thérapeutique et du risque médical, après la loi du 4 mars 2002

Aux termes de l'article L. 1142-II du Code de la santé publique lorsque la responsabilité n'est pas engagée : *Un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvrent droit à la réparation des préjudices du patient au titre de la solidarité nationale lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci.*

L'énoncé de ce principe rappelle le fameux « arrêt Bianchi », évoqué précédemment, par lequel le Conseil d'État avait le premier ouvert la porte de l'indemnisation de l'aléa thérapeutique.

Cependant, trois conditions sont posées à l'application de la solidarité nationale. Le dommage doit être directement imputable à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins. Sont donc exclus, l'échec thérapeutique non fautif, l'aléa diagnostique et l'aléa obstétrical. Il doit avoir des conséquences anormales au regard de l'état de santé du patient et de l'évolution prévisible de cet état. Il doit présenter un certain caractère de gravité fixé par décret.

Si les conditions sont réunies, le préjudice sera indemnisé par la solidarité nationale, c'est-à-dire par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM).

Deux arrêts du 18 septembre 2008⁸⁷⁶ précisent les contours de l'aléa thérapeutique.

Depuis la loi du 4 mars 2002, aucun hôpital ne peut plus être condamné sur de tels faits. Seul l'ONIAM assure la réparation.

⁸⁷⁶ Cass. 1^{re} civ., 18 septembre 2008 – n° de pourvoi : 07-13080.

3. Les préjudices indemnisables

Pour le patient, il n'est donc plus nécessaire d'invoquer la faute lourde à l'hôpital public puisque la faute seule suffit. Pour autant cela veut-il – dire une équivalence de régime de responsabilité et donc, que peu importe le statut de l'établissement de santé pour engager la responsabilité de l'établissement de santé ? Ceci étant, concernant les montants alloués par le juge administratif, ces dernières années et supportés par l'établissement public de santé, ils sont équivalents à ceux imputés aux établissements de soins privés par le juge judiciaire. Ils ont atteint, dans quelques sinistres importants, des sommes particulièrement élevées.

Mais qu'en est-il de la réparation lorsqu'un patient est hospitalisé en établissement de santé privé ? La situation lui est – elle plus favorable ?

B – La réparation civile supportée par les établissements de soins privés

Les victimes d'accidents survenus dans les établissements privés ont la possibilité, comme cela a été dit à propos des hôpitaux publics de faire valoir leurs droits à réparation soit par la voie du règlement amiable soit devant une juridiction. Le fondement juridique de la responsabilité médicale en droit privé a été établi par l'arrêt Mercier du 20 mai 1936⁸⁷⁷. Il diffère des règles applicables aux établissements publics de santé puisqu'il s'agit d'une responsabilité de nature contractuelle. Un contrat s'établit entre le médecin et le malade. L'arrêt Mercier définit l'obligation découlant d'un tel lien pour le praticien, qui s'engage à donner « des soins consciencieux, attentifs et réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ». Le médecin doit tout mettre en œuvre pour prodiguer les meilleurs soins aux patients. Néanmoins, il n'est tenu, selon le principe jurisprudentiel ainsi posé, que d'une obligation de moyens et non de résultats. Les juridictions de l'ordre judiciaire ont traduit ce principe contractuel dans le cadre de l'activité des établissements de santé privés, puisque, la situation du malade traité en institution de soins privée, présente la particularité de faire naître deux contrats un communément appelé

⁸⁷⁷ *Op. cit.*

contrat d'hospitalisation, passé entre le patient et l'établissement, l'autre conclu entre ce malade et le médecin qui le traite, dû à l'indépendance et à l'absence de lien de subordination du praticien vis-à-vis de l'institution privée.

Par conséquent, l'établissement de soins privé est tenu par des obligations qui sont directement liées au contrat d'hospitalisation (1). Toutefois, le statut libéral du médecin entraîne sa responsabilité, ce qui conduit la jurisprudence à distinguer selon le statut du médecin libéral (2) ou salarié⁸⁷⁸. En effet, la situation de préposés de certains personnels entraîne la responsabilité de l'établissement privé (3).

1. La possible mise en œuvre de la responsabilité de la clinique du fait du contrat d'hospitalisation

Bien que la jurisprudence admette, dans certaines hypothèses, une responsabilité du fait d'autrui de l'établissement de soins, la clinique est, par principe, et tout d'abord, responsable de son fait personnel sur le terrain contractuel. Au terme d'une jurisprudence constante, en effet, la clinique conclut avec le patient un contrat « d'hospitalisation et de soins »⁸⁷⁹. Les cliniques et leurs patients sont liés par un contrat. Les cliniques ont l'obligation de donner à leurs patients des soins attentifs et consciencieux à l'exclusion de toute obligation de sécurité⁸⁸⁰.

Le patient, qui consulte dans un établissement privé, conclut un contrat de soins avec cet établissement et non avec le médecin, dès lors que celui-ci est salarié de cet établissement⁸⁸¹.

Cette convention met à la charge de l'établissement de santé un certain nombre d'obligations, dont le non-respect est de nature à engager sa responsabilité, obéissant le plus souvent au régime de l'obligation de moyens⁸⁸². Selon la nature de l'obligation en

⁸⁷⁸ Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1999, JCP 1999, II, n° 10112.

⁸⁷⁹ Cass. 1^{re} civ., 30 octobre 1995, *Juris-data*, n° 1995-002870 ; *Bull. civ. I*, n° 383. – Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1996 : JCP G. 1996, II, 10112.

⁸⁸⁰ Cass. 1^{re} civ., 6 mars 1945, *Clinique Sainte-Croix c/ X*, Dalloz 1945 p. 217.

⁸⁸¹ Cass. 1^{re} civ., 4 juin 1991, n° 89-10.446, *Bouaziz c/ Boksenbaum*.

⁸⁸² Jurisprudence constante depuis Cass. civ., 6 mars 1945 : affaire clinique de Sainte-Croix : D. 1945, jurispr. p. 217. – V. également, D. DUVAL-ARNOULD, *La responsabilité civile des professionnels de santé et des établissements de santé privés à la lumière de la loi du 4 mars 2002 : Rapport annuel de la Cour de cassation 2002*, La Documentation française, 2003. – H. GROUDEL, *La responsabilité des cliniques* : Resp. civ. et assur. Hors-série juillet 1999, p. 27. – P. Sargos, *La doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière*

cause, la responsabilité est une responsabilité pour faute ou sans faute⁸⁸³. On distinguera une obligation générale d'organisation, d'une obligation de soins et de surveillance.

1.1 L'établissement de santé privé est tenu d'une obligation générale d'organisation

Le contrat conclu avec l'établissement de santé privé met tout d'abord à la charge de ce dernier une obligation générale d'organisation. La structure hospitalière doit ainsi assurer au patient des conditions d'hospitalisation et de soins satisfaisantes, par l'existence d'une organisation médicale et d'une organisation de l'ensemble de son personnel non médical⁸⁸⁴, l'établissement devant par ailleurs informer l'usager sur les prestations offertes⁸⁸⁵.

a) La nécessaire existence d'une organisation médicale

Cette obligation concerne aussi bien la continuité des soins que la composition de l'équipe médicale. Plusieurs décisions imposent aux établissements privés de santé l'obligation de fournir aux patients une équipe médicale efficace et complète. Ceci concerne entre autres l'activité d'anesthésie ou d'obstétrique⁸⁸⁶. L'établissement de santé manque à ses obligations « en ne mettant pas au service de sa clientèle un médecin en temps utile »⁸⁸⁷.

Il a également été jugé qu'en vertu du contrat d'hospitalisation et de soins le liant au patient, l'établissement est tenu de lui donner des soins qualifiés en mettant notamment à son service des médecins (en l'espèce des anesthésistes-réanimateurs) pouvant intervenir dans les délais imposés par son état⁸⁸⁸. Dans cette hypothèse, la responsabilité de l'établissement peut se trouver engagée soit de manière isolée, soit *in solidum* avec le ou les médecins concernés⁸⁸⁹.

d'obligations des établissements de santé privés et des personnes y exerçant leur activité : Resp. civ. et assur., Hors-série juillet 1999, p. 35.

⁸⁸³ HARICHAUX, Michèle, *La responsabilité médicale dans l'exercice collectif de la médecine*, Traité droit médical et hospitalier Tome 1, Fasc. 19-1.

⁸⁸⁴ CHABAS, F., « La responsabilité des cliniques pour défaut d'organisation », *Gazette du Palais* 2001, 1, doct. p. 38.

⁸⁸⁵ Cass. 1^{re} civ., 14 octobre 1997, *Juris-data*, n° 1997-004035 ; Resp. civ. et assur. 1997, comm. 372. – Sur renvoi : CA Chambéry, 14 juin 2000, *Juris-data*, n° 2000-119926. – CA Amiens, 15 octobre 2002, *Juris-data*, n° 2002-196127.

⁸⁸⁶ Évoqué dans le titre II, chapitre II, section I, paragraphe 2.

⁸⁸⁷ Cass. civ., 18 janvier 1989, *Bull.* n° 19, p. 12.

⁸⁸⁸ Civ. 1^{re}, 15 décembre 1999, JCP 2000, 10384.

⁸⁸⁹ CA Bordeaux, 2 juillet 1992, *Juris-data*, n° 044348.

La responsabilité de la clinique peut, également, être mise en œuvre aussi bien en termes de composition de l'équipe médicale que de sa compétence.

S'agissant de remplaçants de médecins anesthésistes, il a été jugé qu'il incombait à la clinique de fournir au malade, « non seulement tous les soins appropriés à son état, mais surtout de lui procurer le concours de médecins spécialement habilités à pratiquer les actes thérapeutiques nécessaires »⁸⁹⁰. Il revient également à l'établissement de santé privé de « veiller à ce que les soins qui lui sont prodigués le soient par des médecins ayant une formation professionnelle suffisante »⁸⁹¹.

Désormais, dans l'exécution de son contrat hospitalier, une clinique est tenue de mettre à la disposition du patient un personnel qualifié et plus spécialement se doit de vérifier attentivement la qualification professionnelle des praticiens auxquels elle permet d'intervenir dans ses locaux et avec lesquels elle est elle-même liée par un contrat, que celui-ci soit écrit ou verbal. Elle engage donc sa responsabilité en cas de dommage causé par un médecin qui y exerce à titre libéral et indépendant, sans s'être assurée au préalable de sa réelle compétence professionnelle⁸⁹².

b) La nécessaire organisation de son personnel non- médical.

L'établissement de santé privé doit également mettre en œuvre une organisation de l'ensemble de son personnel non médical en s'assurant de la présence en nombre suffisant d'un personnel qualifié, et garantir la coordination entre ces différents intervenants⁸⁹³.

⁸⁹⁰ CA Paris, 23 janvier 1981, *Gazette du Palais*, 1981-2, somm. p. 206.

⁸⁹¹ CA Paris, 18 janvier 1985, D. 1985, IR, 462.

⁸⁹² CA Montpellier, 1^{re} ch. B, 24 juin 2003, R.C. et Ass. 2004, n° 100, note C. Radé.

⁸⁹³ En ce sens, Cass. 1^{re} civ., 9 mai 1973 : *Bull. civ. I*, n° 160. – Cass. 1^{re} civ., 18 janvier 1989 : *Bull. civ. I*, n° 99. – Cass. 1^{re} civ., 30 octobre 1995, *Juris-data*, n° 1995-002870 ; *Bull. civ. I*, n° 383. – Cass. 1^{re} civ., 7 juillet 1998, *Juris-data*, n° 1998-003153 ; *Bull. civ. I*, n° 239 : responsabilité pour mise à disposition d'un personnel insuffisamment formé. – Cass. 1^{re} civ., 15 décembre 1999, *Juris-data*, n° 1999-004439 ; JCP G. 1999, II, 10384 : responsabilité pour défaut d'organisation d'une permanence d'anesthésistes. – Parmi la jurisprudence récente des juges du fond, V. par exemple, CA Paris, 24 octobre 1997, *Juris-data*, n° 1997-023857 : responsabilité pour défaut d'organisation d'une permanence d'anesthésistes. – CA Bourges, 6 mai 1998, *Juris-data*, n° 1998-040971 : responsabilité pour défaut d'organisation d'une concertation entre médecins sur le programme opératoire. – CA Paris, 13 décembre 1999, *Juris-data*, n° 1999-111113 : responsabilité pour mauvaise organisation du service de garde téléphonique. – CA Dijon, 18 novembre 1999, *Juris-data*, n° 1999-137067 : responsabilité pour défaut d'organisation du service d'anesthésie. – CA Dijon, 18 novembre 1999 : *Juris-data*, n° 1999-124007 : responsabilité d'une clinique pour avoir laissé pratiquer dans ses locaux une intervention en présence d'un personnel en nombre insuffisant. – CA Paris, 17 mai 2001 : *Juris-data*, n° 2001-150709 : responsabilité pour mauvaise organisation du personnel présent lors d'un accouchement. – CA Amiens, 15 octobre 2002, *Juris-data*, n° 2002-196127 : responsabilité pour faute dans l'organisation des urgences de nuit.

Enfin, certaines décisions retiennent à l'encontre de l'établissement de santé privé le fait de ne pas avoir veillé à la composition judicieuse de l'équipe médicale entourant le médecin « principal », cette absence de vigilance ayant abouti à un manque de compétence de cette équipe⁸⁹⁴.

La jurisprudence a reconnu, à la charge des établissements de santé privés, une obligation de moyens portant sur l'organisation des soins⁸⁹⁵. Ainsi, la clinique doit-elle mettre à la disposition du patient du personnel en nombre suffisant⁸⁹⁶ et possédant les qualités requises pour les postes occupés⁸⁹⁷. De même, la clinique doit mettre à disposition du patient des médecins pouvant intervenir dans les délais imposés par l'état de leurs patients⁸⁹⁸. Et c'est cette dernière obligation que la Cour de cassation a rappelée dans un arrêt rendu le 13 novembre 2008⁸⁹⁹. En effet, la Haute juridiction a retenu la responsabilité d'une clinique pour avoir manqué à l'une des obligations lui incombant au titre du contrat d'hospitalisation et de soins la liant à son patient, à savoir, en l'espèce, procurer des soins qualifiés en mettant notamment au service du patient des médecins pouvant intervenir dans les délais imposés par son état. Suivie par M. M., gynécologue-obstétricien, M^{me} X, enceinte, a été hospitalisée à la polyclinique des Longues Allées où exerce ce praticien. Le 3 juin 2002, se plaignant de douleurs, elle a été admise au bloc obstétrical à 15 h 30. M. G., médecin de garde à la clinique, comme M. M., qui consultait en ville à son propre cabinet, ont été informés de l'état de la patiente.

Apprenant, entre 17 h 10 et 17 h 30, que les résultats de l'examen, pratiqué par la sage-femme, montraient une amélioration de l'état de la patiente, M. G., n'est pas intervenu, persuadé qu'elle pouvait attendre l'arrivée de M. M., qui devait, selon M. G., prendre sa garde à 18 h. M. M., qui estimait n'avoir à prendre la relève qu'à 20 h, rappelé par la sage-femme vers 18 h 30 puis vers 19 h n'est arrivé à la clinique qu'à 19 h 30, heure à laquelle il procéda, par césarienne, à l'accouchement de M^{me} X, qui mit au monde, à 19 h 50, un

⁸⁹⁴ CA, Aix-en-Provence, *Juris-data*, n° 050659.

⁸⁹⁵ Sur ce sujet, lire les observations de CH. RADE, « Panorama de responsabilité médicale (novembre 2007-janvier 2008) » (première partie), *Lexbase Hebdo*, n° 288 du 16 janvier 2008 – édition privée générale. Voir également *L'Encyclopédie* « Droit médical ».

⁸⁹⁶ Cass. 1^{re} civ., 30 octobre 1995, n° 93-20.544, M^{me} X c/ M^{me} Y et autres : responsabilité d'une clinique qui n'a pas respecté les prescriptions réglementaires prévoyant un nombre minimum de sages-femmes.

⁸⁹⁷ Cass. 1^{re} civ., 9 mai 1973, n° 71-14.550, Dame B. c/ Clinique Immaculée Conception, publié : infirmière insuffisamment qualifiée qui ne détecte pas une souffrance fœtale ; Cass. 1^{re} civ., 18 janvier 1989, n° 87-11.875, Époux Toutlian : responsabilité d'une clinique pour un accouchement dystocique par une sage-femme alors que ce type d'accouchement nécessite la présence d'un médecin ; Cass. 1^{re} civ., 7 juillet 1998, n° 97-10.869, M. X c/ Société Clinique Saint-Martin et autres : sage-femme insuffisamment formée à la lecture du tracé d'un appareil de monitoring.

⁸⁹⁸ Cass. 1^{re} civ., 15 décembre 1999, n° 97-22.652, Société Clinique générale d'Annecy c/ époux X et autres.

⁸⁹⁹ Cass. 1^{re} civ., 13 décembre 2008, n° 07-15.049, Société Polyclinique des longues allées C/ Mr Y et autres.

enfant, prénommé A., qui ayant souffert d'une encéphalopathie anoxique périnatale, est resté atteint de graves séquelles. Les époux X, agissant tant en leur nom personnel qu'en qualité de représentants légaux de leurs six enfants mineurs, ainsi que les frères et la sœur majeurs du jeune A., ont recherché la responsabilité des médecins et de la clinique.

La cour d'appel d'Orléans, dans son arrêt du 12 mars 2007, a jugé que tant la clinique que les médecins avaient chacun commis des fautes, ayant contribué à priver l'enfant d'une chance de naître indemne de toute lésion. Ils ont, en conséquence, été condamnés *in solidum* à indemniser les consorts X de leurs préjudices respectifs. La cour a également fixé la responsabilité de chacun d'entre eux : 50 % pour M. M. ; 30 % pour M. G. ; et 20 % pour la clinique.

La clinique s'est pourvue en cassation. Elle reproche, en effet, aux juges du fond d'avoir violé l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique, aux termes duquel « hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison du défaut d'un produit de santé, les établissements dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables de tels actes qu'en cas de faute en lien de causalité avec le préjudice subi ». À cet égard, elle soutient qu'en l'espèce, elle avait imposé aux praticiens exerçant à titre libéral dans l'établissement l'obligation d'organiser un système de garde et d'assurer la continuité des soins, satisfaisant ainsi, en l'absence de pouvoir de direction de la clinique sur ces praticiens exerçant à titre libéral, à l'obligation de moyens qu'elle assumait à l'égard des patients. Ainsi, elle estime qu'en la condamnant néanmoins *in solidum* avec les médecins à réparer les préjudices subis par les consorts X en raison d'un prétendu manque de rigueur dans l'organisation des gardes, faute de dispositions précises et contraignantes quant aux horaires de garde, la cour d'appel a violé les dispositions précitées.

Le pourvoi sera rejeté par la Haute juridiction. En effet, dans un premier temps la Cour rappelle qu'en vertu du contrat d'hospitalisation et de soins le liant à son patient, un établissement de santé privé est tenu de lui procurer des soins qualifiés en mettant notamment à son service des médecins pouvant intervenir dans les délais imposés par son état. Elle approuve les juges du fond d'avoir constaté que les dispositions du règlement intérieur étaient insuffisamment contraignantes et trop imprécises quant aux horaires, pour que soit garantie aux malades la continuité des soins. Elle en conclut que ce manque de rigueur dans l'organisation a permis à chacun des deux médecins en cause de considérer qu'il appartenait à l'autre d'intervenir et a conduit à une vacance totale de la permanence

pendant une heure et demie au moins. En conséquence, elle en a déduit que la clinique avait commis dans son organisation une faute qui avait contribué au dommage.

A contrario, la première chambre civile de la Cour de cassation avait, dans un arrêt en date du 6 décembre 2007⁹⁰⁰, considéré qu'il ne pouvait être reproché à une clinique de n'avoir pas prévu la présence sur place d'obstétriciens, dès lors qu'elle avait prévu un régime d'astreintes, confirmant ainsi les limites de l'obligation de la clinique qui se restreint à la mise à disposition d'obstétriciens⁹⁰¹, ainsi que d'anesthésistes⁹⁰².

Dans un second temps, la Haute juridiction énonce que la circonstance où les médecins exercent à titre libéral et engagent leur seule responsabilité au titre du contrat de soins n'est pas de nature à exonérer l'établissement de santé privé de la responsabilité née de cette faute.

À la différence du médecin salarié⁹⁰³, la responsabilité du professionnel de santé exerçant en établissement privé à titre libéral lui reste en principe personnelle. Mais la responsabilité de la clinique pourrait être également mise en cause en raison d'une faute propre qui, avec celle commise par le médecin, aura causé le dommage : en ce cas, le médecin et la clinique peuvent être condamnés solidairement⁹⁰⁴.

C'est ce qui s'était produit en l'espèce, la mauvaise organisation des gardes au sein de la clinique avait été à l'origine des fautes commises par les médecins n'assurant pas leur tour de garde au bon moment⁹⁰⁵.

⁹⁰⁰ Cass. 1^{re} civ., 6 décembre 2007, n° 06-13.572, M. Gilles Astruc, agissant tant en son nom personnel, qu'en qualité d'administrateur légal sous contrôle judiciaire de sa fille Zoé Astruc, FS-D, et les obs. de CH. RADÉ, *op. cit.*

⁹⁰¹ Cass. 1^{re} civ., 18 janvier 1989, n° 87-11.875, *op. cit.*

⁹⁰² Cass. 1^{re} civ., 15 décembre 1999, n° 97-22.652, *op. cit.*

⁹⁰³ Cass. 1^{re} civ., 9 novembre 2004, n° 01-17.908, Société Le Sou médical c/ Caisse régionale d'assurance-maladie des professions libérales d'Île-de-France, FS-P+B et les obs. de Ch. Radé, « À propos de la responsabilité civile des salariés : les médecins enfin immunisés », *Lexbase Hebdo* n° 144 du 25 novembre 2004, éd. Sociale.

⁹⁰⁴ Cass. 1^{re} civ., 7 juillet 1998, n° 97-10.869, M. X c/ Société Clinique Saint-Martin et autres.

⁹⁰⁵ La question qui peut maintenant se poser est de savoir si la solution aurait été identique si les deux médecins avaient été salariés. En effet, l'on sait, depuis 2004, maintenant, que, lorsque le médecin est salarié et qu'il agit sans excéder les limites de la mission qui lui est impartie par l'établissement de santé privé, il n'engage pas sa responsabilité à l'égard du patient, l'établissement étant responsable de plein droit de ses salariés (Cass. 1^{re} civ., 9 novembre 2004, n° 01-17.908, *op. cit.*).

1.2 L'établissement de santé privé est tenu d'une obligation de sécurité-résultat concernant le matériel de l'établissement nécessaire à l'organisation de l'activité de l'établissement

L'établissement de santé privé doit également organiser son activité afin que le matériel et les locaux mis à disposition des patients permettent une exécution satisfaisante des soins. Les obligations de la clinique sont toutefois en ce domaine de nature et d'étendue variable.

a) Mise à disposition du matériel

En ce qui concerne l'innocuité de matériel, au terme d'une jurisprudence constante, l'établissement doit tout d'abord, au titre de ses obligations d'organisation, s'assurer de la présence d'un matériel en bon état, et répondant aux normes en vigueur⁹⁰⁶.

b) Innocuité du matériel

Les obligations de la clinique ont été renforcées par le droit positif récent. Ainsi, la Cour de cassation, dont les solutions ont été en large partie reprises par l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique a, dès 1999, imposé à l'établissement privé de soins une obligation de sécurité de résultat concernant les infections nosocomiales contractées par le malade au sein de l'établissement⁹⁰⁷. Elle a également, à la suite d'une décision de principe du 7 novembre 2000⁹⁰⁸, considéré que « le contrat d'hospitalisation et de soins liant un patient à un établissement de santé privé met à la charge de ce dernier, sans préjudice de son

⁹⁰⁶ Cass. 1^{re} civ., 28 novembre 1961 : Bull. civ. I, n° 558. – Cass. 1^{re} civ., 30 juin 1993, *Juris-data*, n° 1993-002687. – Cass. 1^{re} civ., 7 juillet 1998, *Juris-data*, n° 1998-003153 ; *Bull. civ. I*, n° 239 : exigence d'un matériel « conforme aux données de la science ». – CA Versailles, 27 juin 1996, *Juris-data*, n° 1996-044614 : responsabilité pour insuffisance de l'équipement. – CA Riom, 13 février 1997, *Juris-data*, n° 1997-040742 : responsabilité du fait d'un matériel non adapté aux interventions pratiquées. – CA Riom 30 avril 1998, *Juris-data*, n° 1998-040814 : responsabilité d'une clinique qui ne disposait pas du matériel adéquat pour les examens pratiqués. – CA Aix-en-Provence, 1^{er} mars 1999, *Juris-data*, n° 1999-045235 : responsabilité pour avoir laissé un chirurgien pratiquer dans ses locaux une opération pour laquelle l'établissement n'avait pas reçu d'autorisation, et ne disposait pas du matériel nécessaire. – CA Paris, 29 juin 2000, *Juris-data*, n° 2000-160006 : responsabilité pour avoir mis à la disposition du chirurgien un matériel vicié. – CA Douai, 7 février 2002, *Juris-data*, n° 2002-187755 : responsabilité du fait d'un matériel inadapté à l'état de la patiente. – CA Aix-en-Provence, 13 février 2002, *Juris-data*, n° 2002-172645 : responsabilité du fait de la fourniture à la patiente d'un matériel inadapté.

⁹⁰⁷ Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1999, *Juris-data*, n° 1999-002694 ; JCP G. 1999, II, 10138, rapp. P. SARGOS ; Resp. civ. et assur. 1999, chron. 20.

⁹⁰⁸ *Op-cit.*,

recours en garantie, une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne les produits, tels les médicaments, qu'il fournit »⁹⁰⁹. La responsabilité contractuelle sans faute de l'établissement de santé peut donc être engagée dès l'instant où le produit fourni par l'établissement a causé un préjudice au patient.

Dès lors, les obligations de la clinique concernant le matériel dépassent aujourd'hui largement le seul domaine de l'organisation, pour imposer à celle-ci une véritable garantie quant à l'innocuité du matériel fourni et des locaux utilisés.

Concernant les produits sanguins, en revanche, il n'incombe à la clinique qui se borne à prendre livraison du sang auprès du centre de transfusion et au médecin prescripteur, qu'une obligation de prudence et de diligence⁹¹⁰.

Toutefois, lorsqu'une faute de la clinique est reconnue sur le terrain du défaut d'organisation, la responsabilité de cette dernière est rarement engagée à titre exclusif. Le plus souvent, en effet, les tribunaux retiennent la responsabilité *in solidum* de l'établissement de santé et du médecin ayant réalisé l'acte médical incriminé, dont les conséquences dommageables s'expliquent, pour une part appréciée souverainement par les juges du fond, par le défaut d'organisation.

Comme l'établissement de santé privé est tenu d'une obligation d'organisation générale il est également tenu à une obligation de surveillance.

1.3 L'établissement de santé privé est tenu d'une obligation de soins et de surveillance

L'établissement de santé privé est également tenu à la fois d'une obligation de soins et d'une obligation de surveillance.

⁹⁰⁹ Cass. 1^{re} civ., 7 novembre 2000 : Resp. civ. et assur. 2000, comm. 50 ; D. 2001, p. 2236, obs. D. MAZEAUD.

⁹¹⁰ Cass. 1^{re} civ., 12 avril 1995, n° 92-11.950, Centre départemental de transfusion sanguine de l'Essonne et autre. c/ consorts X et autres.

a) Obligation concernant les soins non médicaux

Conformément à la formule actuellement utilisée par la jurisprudence, l'établissement de santé privé conclut avec le patient un contrat « d'hospitalisation et de soins ». Cette obligation, qui concerne de fait les soins non médicaux, implique que la responsabilité éventuelle de l'établissement de santé du fait du médecin, est qualifiée de façon constante, depuis l'arrêt clinique de Sainte-Croix, d'obligation de moyens⁹¹¹, et obéit aux règles communes concernant la responsabilité pour faute dans le domaine médical. Solution que vient confirmer un arrêt de la Cour de cassation en juillet 2000⁹¹².

b) Obligation de surveillance de l'établissement de santé privé

L'établissement de santé privé est tenu, outre ses obligations d'organisation et de soins, à une obligation de surveillance concernant tant la personne du patient, que les biens appartenant à ce dernier. Au titre du contrat d'hébergement, la clinique est tenue à une obligation de moyens consistant à assurer la sécurité des malades qui lui sont confiés et est responsable des dommages causés par sa faute⁹¹³.

En premier lieu, concernant l'obligation de surveillance de la personne du patient, la clinique est tenue à une obligation générale qui consiste à exercer une surveillance du patient hospitalisé dans ses locaux. Ainsi, l'établissement privé de soins doit ainsi assurer une surveillance de l'état de santé du malade tout au long de l'hospitalisation, bien que cette obligation soit fortement dépendante des décisions médicales concernant le patient⁹¹⁴. Il doit également veiller à la sécurité physique de ce dernier. Un contentieux assez important concerne ainsi les chutes des malades au sein de l'établissement de soins. La responsabilité de la clinique est engagée chaque fois qu'elle n'a pas pris, compte tenu de l'état du patient, les mesures aptes à éviter un tel accident⁹¹⁵.

⁹¹¹ Cass. 1^{re} civ., 6 mars 1945 : D. 1945, jurispr. p. 217. Pour un rappel récent de cette solution, Cass. 1^{re} civ., 18 juillet 2000, *Juris-data*, n° 2000-003005 ; *Bull. civ. I*, n° 220.

⁹¹² Cass. 1^{re} civ., 18 juillet 2000, *Juris-data*, n° 2000-003005 ; *Bull. civ. I*, n° 220.

⁹¹³ CA Paris, 1, B, 17 mars 2000, n° 1998/23575, Clinique de la Muette c/ Dadoun.

⁹¹⁴ En ce sens, V. très nettement, CA Aix-en-Provence, 5 novembre 2002, *Juris-data*, n° 2002-194747. – Dans le même sens : Cass. 1^{re} civ., 24 janvier 1995, *Juris-data*, n° 1995-000760 ; *Resp. civ. et assur.* 1995, comm. 105.

⁹¹⁵ CA Grenoble, 3 mars 1997, *Juris-data*, n° 1997-040167 : patient se trouvant en service de réanimation et qui avait chuté de son lit, dépourvu de barrière de protection. – CA Paris, 23 mai 1997, *Juris-data*, n° 1997-021498 : chute d'une table d'examen radiologique alors que le patient était resté sans surveillance. – CA Rennes, 28 février 2001, *Juris-data*, n° 2001-144730 : chute d'un lit d'hôpital d'un malade présentant, après une intervention chirurgicale, des troubles du comportement. – CA Aix-en-Provence, 24 février 2002, *Juris-data*,

Mais cette obligation, considérée comme une simple obligation de moyens par la jurisprudence, varie dans son champ d'application et sa nature selon le type des soins prodigués, et les caractéristiques propres du patient⁹¹⁶. C'est le cas, en ce qui concerne l'anesthésie. Ainsi, en vertu du contrat d'hospitalisation et de soins la liant avec ses patients, une clinique est tenue d'organiser une permanence de médecins anesthésiste réanimateurs permettant une intervention dans les trois minutes suivant une naissance, délai au-delà duquel un nouveau-né peut subir des dommages graves par anoxie cérébrale⁹¹⁷.

L'absence d'examen et de diagnostic rapides ayant privé un patient d'une chance de récupération totale constitue une faute dans l'organisation du service hospitalier⁹¹⁸.

Enfin, la clinique est également tenue d'une obligation de surveillance des biens du patient, et peut donc voir sa responsabilité engagée en cas de vol de ceux-ci en cours d'hospitalisation. En effet, le contrat passé entre le malade et la clinique inclut l'obligation d'hébergement et celle de conférer des soins⁹¹⁹.

Cette responsabilité qui obéissait traditionnellement au régime de l'obligation de moyens⁹²⁰ est aujourd'hui régie par les articles L. 1113-1 et s. du Code de la santé publique. Ceux-ci imposent une responsabilité de plein droit des établissements de santé publics ou privés en cas de vol, perte ou détérioration des « objets déposés entre les mains des préposés commis à cet effet [...] par les personnes qui y sont admises ou hébergées »⁹²¹. Dans les autres cas, la faute de l'établissement doit être prouvée⁹²².

1.4 L'obligation de l'établissement de santé privé dans le cadre de la permanence des soins

Le juge administratif, comme le juge judiciaire, sanctionne les médecins de permanence absents ou qui refusent de se déplacer.

S'agissant de la responsabilité des établissements de santé privés ayant recours à des professionnels libéraux, si le juge judiciaire considère traditionnellement que ces

n° 2002-136160 : chute de la fenêtre du deuxième étage imputable à un défaut de surveillance compte tenu des risques présentés par le patient.

⁹¹⁶ Cass. 1^{re} civ., 9 novembre 1999, *Juris-data*, n° 1999-004150.

⁹¹⁷ Cass. 1^{re} civ., 15 décembre 1999 – 97-22.652 ; D. 2000, I.R. 28 ; JCP 2000, G, II, 10384, note G. MÉMETEAU.

⁹¹⁸ C.E. 16 novembre 1998, 178585 ; D.2000, Som. Com., p. 243.

⁹¹⁹ CA Paris, 1, B, 17 mars 2000, n° 1998/23575, Clinique de la Muette c/ Dadoun.

⁹²⁰ Cass. 1^{re} civ., 19 mai 1992 : *Bull. civ. I*, n° 146.

⁹²¹ Art. L. 1113-1 du Code de la santé publique.

⁹²² Art. L. 1113-4 du Code de la santé publique.

établissements ne sont pas responsables des fautes commises par des médecins libéraux⁹²³, en revanche, la Cour de cassation estime que les établissements de santé privés employant des médecins salariés sont responsables tant des fautes médicales de leurs médecins salariés⁹²⁴ que du défaut d'organisation de la permanence des soins.

Ainsi, la Cour de cassation considère que les établissements de santé privés ont l'obligation d'organiser les soins hospitaliers, et notamment de veiller à la permanence médicale des soins⁹²⁵. C'est dans ce sens que la première chambre civile de la Cour de cassation a ainsi rappelé⁹²⁶, en décembre 1999, *qu'en vertu du contrat d'hospitalisation et de soins le liant à son patient, un établissement de santé privé est tenu de lui donner des soins qualifiés en mettant notamment à son service des médecins pouvant intervenir dans les délais imposés par son état*⁹²⁷.

Enfin, il faut souligner que le juge judiciaire relève comme fautif le comportement des professionnels médicaux, hospitaliers, salariés ou libéraux, qui sont absents ou qui refusent, à tort, de se déplacer lors de leur permanence⁹²⁸. Le juge administratif, quant à lui, considère traditionnellement, alors même qu'il admet rarement la faute personnelle détachable du service, qu'un médecin hospitalier de garde ou d'astreinte absent ou qui

⁹²³ Ne pas assurer la permanence des soins constitue une faute de nature à justifier, éventuellement sans préavis et sans indemnité, la résiliation par l'établissement de santé privé du contrat d'exercice d'un médecin libéral : Cass. 1^{re} civ., 27 janvier 1993, M.A. et autres, n° 9011592 ; Cass. 1^{re} civ., 13 octobre 1993, clinique de Massy, n° 9117986 ; Cass. 1^{re} civ., 27 avril 1994, M.S., n° 9213701 ; Cass. 1^{re} civ., 13 octobre 1998, M.X., n° 9621485 ; et Cass. 1^{re} civ., 27 juin 2000, M.A. et autres, n° 9820008. En revanche, une absence exceptionnelle d'un médecin ne constitue pas une faute de nature à justifier la résiliation de son contrat d'exercice : Cass. 1^{re} civ., 25 mai 1992, n° 9012537.

⁹²⁴ Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1999, n° 97-15608, *Bull. civ. I*, n° 175 ; JCP, éd. G, 1999, p. 1193, obs. J. PENNEAU.

⁹²⁵ HARICHAUX, Michèle, *La responsabilité médicale et les établissements d'hospitalisation privés, Droit médical et hospitalier*, Litec, fasc. n° 19-1, 2000, n° 11, p. 7 ; PENNEAU, Jacques, *La responsabilité du médecin*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 3^e éd., 2004, p. 61 ; G. MÉMETEAU, *La responsabilité médicale de la clinique privée*, RDSS, 1997, p. 96 ; et B. MICHEL-XISTE, *op. cit.*, p. 291-292.

⁹²⁶ Concernant l'obligation pour une clinique « de mettre à disposition de la patiente un personnel qualifié pour pratiquer l'accouchement dans les conditions requises par le diagnostic prénatal », Cass. 1^{re} civ., 18 janvier 1989, polyclinique de Rillieux, n° 87-11875, *Bull. civ. I*, n° 19. Concernant l'obligation pour une clinique de mettre à disposition d'une patiente un médecin anesthésiste, Cass. 1^{re} civ., 2 février 1994, clinique Belledonne, n° 92-13727, *Médecine & Droit*, 1994, n° 6, p. 79 ; et Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 1994, M^{me} P., n° 9212587. Voir également Cass. 1^{re} civ., 30 octobre 1995, clinique du Château, n° 93-20544, *Bull. civ. I*, n° 386 ; JCP, éd. G, somm. n° 2697 ; et RDSS, 1996, p. 568, obs. G. MÉMETEAU.

⁹²⁷ Cass. 1^{re} civ., 15 décembre 1999, clinique générale d'Annecy, n° 97-22652, *op. cit.*

⁹²⁸ Cass. 1^{re} civ., 12 octobre 2004, clinique de Massy, n° 0214692 ; Cass. crim., 14 octobre 1998, M.C., n° 9784648 ; Cass. crim., 29 mars 1995, M.B., n° 94-82856 ; Cass. crim., 2 avril 1992, M.S., n° 90-87579, *Bull. crim.*, n° 140 ; JCP, éd. G, 1993, II, n° 22105, note C. VALLAR ; et Cass. crim., 25 mai 1982, M.C., n° 80-95056, D. 1983, IR p. 376, obs. J. PENNEAU. Il est à noter que le refus de participer à la permanence des soins constitue une faute disciplinaire sanctionnée par l'Ordre des médecins, CE, 30 juin 2000 ; et E. PIDOUX, « La responsabilité médicale au regard de la télétransmission et de la télémedecine », *Les Petites Affiches*, 2000, n° 149, p. 5.

refuse de se déplacer comme étant une faute personnelle⁹²⁹. Néanmoins, force est de constater qu'il n'exclut pas systématiquement, dans ces cas, l'engagement de la responsabilité pour faute dans l'organisation et le fonctionnement du service public hospitalier des établissements publics de santé. En effet, il recherche avec attention si la faute commise par le médecin hospitalier est réellement dépourvue de tout lien avec le service⁹³⁰.

L'appréciation du juge administratif sur l'existence d'une faute (pour défaut de permanence des soins) est modulée par la prise en compte des moyens dont disposait ou devait disposer l'établissement public⁹³¹, eu égard à sa catégorie et aux normes de personnels qui s'imposent à lui. Il estime ainsi que la présence de personnel dont l'effectif correspondait aux normes admises exclut toute faute pour défaut d'organisation et de fonctionnement du service public hospitalier⁹³². Dans le même sens, il indique *qu'eu égard au classement de l'établissement et aux missions des hôpitaux locaux, l'absence dans l'établissement, la nuit [...], d'un chirurgien et d'un anesthésiste ne constituait pas une faute dans l'organisation du service public hospitalier*⁹³³. Il considère néanmoins que l'établissement public de santé est alors tenu de transférer un patient vers un établissement mieux à même de lui délivrer les soins qu'il requiert⁹³⁴. En revanche, le juge administratif retient la responsabilité pour faute

⁹²⁹ CE, 4 juillet 1990, soc. d'assurance Le Sou médical, req. n° 63930. À propos d'un médecin hospitalier de garde ayant refusé de se déplacer, le Conseil d'État considère « qu'il résulte des décisions judiciaires susmentionnées que le décès de M^{me} A. est essentiellement imputable au retard apporté par M.C. à pratiquer l'intervention chirurgicale destinée à réparer les blessures qui avaient provoqué l'hospitalisation de l'intéressée au centre hospitalier général de Gap dans la nuit du 28 au 29 novembre 1977 ; que ce retard a pour seule cause le refus de M.C. de se déplacer au chevet de la patiente alors qu'il se trouvait de garde à domicile et avait été appelé à deux reprises par l'interne du service qui avait souligné l'état inquiétant de M^{me} A., blessée par balle à l'abdomen ; que si, pour qualifier la faute commise par M.C. le tribunal administratif s'est fondé sur l'existence des faits tels qu'ils avaient été constatés par le juge pénal au soutien de la condamnation prononcée par celui-ci contre le chirurgien, le tribunal n'a nullement reconnu l'autorité de la chose jugée à l'appréciation juridique portée sur le caractère détachable de cette faute par la cour d'appel de Grenoble.

« Considérant que la contribution finale de l'administration hospitalière et du médecin hospitalier à la charge de réparation accordée à la victime doit être réglée par le juge administratif compte tenu de l'existence et de la gravité des fautes respectives de l'agent et du service ; et que, par voie de conséquence, la circonstance que M.C. se trouvait en service lorsqu'il a commis la faute personnelle qui lui est reprochée ne saurait, par elle seule ouvrir à la société qui lui est subrogée, le droit d'être garantie des indemnités qu'elle a versées aux ayants droit de M^{me} A. »

⁹³⁰ CAA Douai, 6 mai 2003, CH de Tourcoing, req. n° 01DA00824 ; CAA Lyon, 24 novembre 1998, CH de Valence, req. n° 97LY00579 ; CAA Nancy, 30 juin 1994, CH d'Auxerre, req. n° 93NC00697.

⁹³¹ TRUCHET, Didier, *Hôpitaux (responsabilité des services hospitaliers)*, Resp. puiss. publ., Paris, Dalloz, septembre 2005, n° 78, p. 11.

⁹³² CE, 16 avril 1980, M^{me} Clauin, req. n° 01643, RDP, 1980, p. 1762. Voir également CE, 20 janvier 1989, CH de Compiègne, req. n° 60212.

⁹³³ CAA Bordeaux, 17 mai 2005, M. Plot, req. n° 03BX00077.

⁹³⁴ CE, 19 avril 1989, CH de Bastia, req. n° 80244, Rec. CE, T. p. 860 ; CE, 16 juin 2000, Hospices civils de Lyon, req. n° 196255, Rec. CE, p. 234 ; D. 2002, somm. p. 450, obs. p. Bon et D. De Bechillon ; Dr. Adm., 2000, n° 265,

d'un établissement public de santé pour défaut d'organisation et de fonctionnement du service public hospitalier en cas d'absence de disponibilité d'un médecin anesthésiste dont la présence sur place est imposée par les textes⁹³⁵.

Cette distinction, concernant les établissements de santé privés, entre le statut du médecin libéral et le statut du médecin salarié est à l'origine des conséquences en termes de responsabilité du médecin et de l'établissement de santé privé ; distinction qui apparaît comme une spécificité de la caractéristique privée de l'établissement de santé, qui préfigurerait des possibilités de recours engagés par le patient. Il convient, donc, de préciser le régime de la responsabilité ou plus exactement l'imputabilité de la faute selon que le professionnel agit en tant que libéral ou en tant que salarié de l'établissement de soins privé.

2. La responsabilité du médecin libéral lié à l'établissement de soins par un contrat d'exercice

Le médecin libéral exerçant en établissement de santé privé lié à celui-ci par un contrat d'exercice met en jeu sa responsabilité personnelle, dès lors qu'il exerce son art en toute indépendance ; responsabilité personnelle à laquelle s'ajoute la responsabilité du chirurgien, qui en établissement de santé accomplit son acte de soins, le plus souvent, au sein d'une équipe médicale. Il assume, dans ce cas précis, une responsabilité contractuelle du fait d'autrui⁹³⁶, car chaque praticien est tenu de répondre seul de ses actes par lesquels il engage sa responsabilité personnelle.

note D.C. ; JCP, éd. G, 2000, IV, n° 2868, obs. M.C ROUAULT ; et l'entreprise méd., 2001, n° 210, p. 9, obs. J.M. de Forges.

⁹³⁵ CE, 8 octobre 1986, M. LANGLET, req. n° 61503, Rec. CE, p. 227 ; *AJDA*, 1986, p. 723 ; D. 1987, somm. p. 339, obs. F. MODERNE et p. BON ; RDP, 1987, p. 464, obs. Y. GAUDEMET ; CAA Lyon, 20 avril 1989, CH de Bourg-en-Bresse, req. n° 89LY00242, Rec. CE, T., p. 908. Voir également CAA Bordeaux, 30 décembre 1992, CHR de Montpellier, req. n° 92BX00686, et 29 mai 1995, CHR de Montpellier, req. n° 93BX00824.

⁹³⁶ Cass. 2^e civ., 10 novembre 2005, n° pourvoi 04-16501, le médecin qui exerce à titre libéral dans une clinique n'est pas le préposé de celle-ci.

2.1 La responsabilité personnelle du médecin libéral

L'existence d'un contrat entre le médecin et le malade, comportant d'une part une obligation principale de soins, d'autre part, celle de payer les honoraires, a été reconnue par la jurisprudence dès 1839⁹³⁷.

a) *Le principe de responsabilité*

L'identification de ce contrat n'a toutefois pas produit d'influence immédiate sur la nature de la responsabilité du médecin. Jusqu'en 1936, celle-ci était en effet de nature délictuelle. Une telle solution, qui heurte la logique juridique, s'expliquait par des raisons d'opportunité, l'application de l'article 1382 du Code civil permettant alors seulement de fonder la responsabilité du praticien sur la faute, à l'heure où la distinction des obligations de moyens et de résultat n'avait pas encore cours en droit positif⁹³⁸.

Ce n'est qu'en 1936, que la Cour de cassation tira tous les effets de la reconnaissance d'une relation contractuelle entre le praticien et son patient, en affirmant, en termes de principe, la nature nécessairement contractuelle de la responsabilité du médecin. À son terme, en effet « il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon [...] de guérir le malade [...] du moins de lui donner des soins consciencieux, attentifs, et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ; [...] la violation, même involontaire de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle »⁹³⁹. Alors qu'en établissement public de santé, le praticien est protégé contre toute action en réparation pécuniaire liée à la faute qu'il aurait commise, l'hôpital public n'étant pas responsable⁹⁴⁰, puisqu'à l'hôpital ne s'instaure pas entre le patient et le

⁹³⁷ Cass. req., 21 août 1839 : S. 1839, 1, p. 663.

⁹³⁸ JOURDAIN, Patrice, *Nature de la responsabilité et portée des obligations du médecin*, Resp. civ. et assur. juillet 1999, hors série : Droit de la responsabilité médicale, dernières évolutions, p. 4.

⁹³⁹ Cass. civ., 20 mai 1936 : DP 1936, 1, p. 88, concl. MATTER, rapport JOSSERAND ; S. 1937, 1, p. 321, note BRETON.

⁹⁴⁰ Les suites financières d'un accident thérapeutique survenu en établissement public de santé incombent à ce dernier et non à ses personnels (cf. le statut de la fonction publique, art. 11, loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires). Elles relèvent du juge administratif. Ces règles valent dans le cas où le malade ou sa famille mettent en mouvement l'action publique et saisissent le juge pénal. Par application du

personnel soignant un lien contractuel, mais une relation d'usager du service public avec une administration⁹⁴¹, une solution contraire restant exceptionnelle⁹⁴² (cas de l'activité libérale à l'hôpital et faute personnelle), conformément aux dispositions de l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique qui ne remettent pas en cause les principes du droit administratif selon lesquels lorsque le médecin intervient dans le cadre d'un établissement de soins publics il n'est en principe pas responsable personnellement des dommages causés au patient par sa faute, seule la responsabilité de l'hôpital devant en effet être recherchée⁹⁴³. Au contraire en établissement de santé privé, lorsque le praticien y exerce à titre libéral, il en est différemment. Le médecin est alors responsable personnellement sous la seule réserve qu'étant assuré, sa compagnie comparaît à ses côtés dans l'instance judiciaire et couvre la condamnation financière. Cette distinction, en termes de mise en jeu de la responsabilité du médecin, selon qu'il exerce en établissement public, ou libéral en établissement de santé privé est primordiale.

b) La reconnaissance d'une responsabilité contractuelle

Il se forme un contrat entre un patient et son médecin. La responsabilité du praticien à l'égard du patient est donc en principe une responsabilité de nature contractuelle⁹⁴⁴. Tenu par l'obligation de moyens définie par l'arrêt Mercier, le praticien exerçant dans une clinique privée répond contractuellement vis-à-vis du patient de son absence de prudence ou de diligence. En effet, le médecin et le patient d'une clinique sont liés par un contrat au terme duquel le praticien doit prodiguer des soins consciencieux et attentifs, conformes aux

principe de séparation des deux ordres de juridiction, les tribunaux répressifs judiciaires ne peuvent pas statuer sur la réparation pécuniaire à l'encontre des établissements publics de santé Cf. T. 29 février 1908, Feutry, Rec. CE, p. 208 ; civ., 23 décembre 1952, *Gazette du Palais*, 1953 ; T. confl. 25 mars 1957, Chilloux, Rec. CE, p. 816, Isaac Slimane, Rec. CE, p. 816.

⁹⁴¹ La décision Blanco, du tribunal des conflits, du 8 février 1873 (tribunal des conflits, 30 juillet 1873, Blanco, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz), a précisé que la responsabilité qui peut incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil pour les rapports de particulier à particulier.

⁹⁴² Cas de l'activité libérale à l'hôpital et de la faute personnelle.

⁹⁴³ En revanche, il en va différemment lorsque le praticien commet une faute personnelle détachable du service. Dans une telle hypothèse, le médecin répond en effet personnellement de ses actes pour la faute commise qui devrait être appréciée par le juge selon des critères identiques à ceux retenus par le juge civil, hormis l'appréciation du caractère détachable ou non du service. Dès lors, c'est seulement en présence d'une faute suffisamment grave du médecin que la responsabilité de l'hôpital pourra être écartée. En revanche, le médecin exerçant sa profession au sein d'un établissement privé de soins, met en jeu sa responsabilité personnelle.

⁹⁴⁴ Cass. 1^{re} civ., 20 mai 1936, D^r Nicolas c/ Mercier.

données acquises de la science⁹⁴⁵. Il est à noter que lorsque le praticien est salarié de la clinique, le contrat médical est conclu, non pas avec ce professionnel, mais avec l'établissement qui répond donc contractuellement de la violation des obligations découlant de ce contrat⁹⁴⁶.

Lorsque plusieurs médecins ont failli à leurs obligations contractuelles à l'égard d'un patient, seul celui dont la faute est en relation de cause à effet avec le préjudice éprouvé peut être déclaré responsable⁹⁴⁷. Par conséquent, la clinique n'est en principe pas contractuellement responsable des fautes commises par les médecins⁹⁴⁸. De même, elle ne répond pas des fautes qu'une sage-femme est susceptible de commettre dans l'exercice de son art⁹⁴⁹, lorsque cette dernière exerce dans une clinique en toute indépendance professionnelle. Cependant, la circonstance que les médecins exercent à titre libéral et engagent leur seule responsabilité au titre du contrat de soins n'est pas de nature à exonérer l'établissement de santé privé de la responsabilité née de cette faute⁹⁵⁰.

Par ailleurs, si les médecins ne répondent pas des dommages causés par le personnel paramédical lorsque ce personnel réalise des actes relevant des soins hospitaliers courants, ne nécessitant pas un contrôle médical, en revanche, les médecins répondent des fautes du personnel paramédical de la clinique lorsque celui-ci effectue des actes sous leur contrôle⁹⁵¹.

La nature contractuelle de la responsabilité du médecin a depuis été réaffirmée à de nombreuses reprises, et fait l'objet d'une jurisprudence absolument constante, tant de la part des juges du fond que de la Cour de cassation (sous réserve d'exceptions justifiées par l'absence de contrat entre le médecin et la victime). La loi du 4 mars 2002 ne paraît pas de nature à affecter directement cette solution, puisqu'elle ne se prononce pas sur la nature juridique de la responsabilité du médecin.

⁹⁴⁵ CA Paris, 1^{re} ch., B, 15 janvier 2004, n° 2002/06500, SA Société Suisse Accidents c/ Clinique chirurgicale Victor Hugo.

⁹⁴⁶ Cass. 1^{re} civ., 4 juin 1991, n° 90-10.311 ; Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1999, n° 97-15.608.

⁹⁴⁷ Cass. 1^{re} civ., 10 janvier 1990, n° 87-17.091, M. Sigillo c/ M^{me} Malle-Dupuis et autres.

⁹⁴⁸ Cass. 1^{re} civ., 4 mars 1973, n° 71-14.533.

⁹⁴⁹ Cass. 1^{re} civ., 7 juil. 1998, n° 97-10.869.

⁹⁵⁰ Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2008, n° 07-15.049, Sté polyclinique des Longues Allées, FS-P+B.

⁹⁵¹ CA Paris, 1, B, 20-03-1987, n° 85-019109, Dionisi c/ Clinique Juliette de Wills.

Les professionnels de santé sont, en principe, et le praticien en particulier, seulement tenus d'une obligation de moyens⁹⁵², en raison de la part de risque liée aux actes de prévention, de diagnostic ou de soins dont la réussite ne peut être assurée. La loi du 4 mars 2002 a repris ce principe en affirmant qu'ils ne sont responsables des conséquences dommageables de ces actes qu'en cas de faute.

Par conséquent, comme toute responsabilité contractuelle, la responsabilité des professionnels de santé est subordonnée, à l'existence d'une faute, en raison de l'obligation qu'ils ont de donner des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données actuelles de la science⁹⁵³, qui fait peser sur le médecin une obligation de sécurité-résultat, et l'obligeant à un devoir d'information.

Mais, la complexité croissante des actes médicaux entraîne la multiplication des intervenants spécialistes au cours d'une même opération. L'acte accompli par une équipe (formée de praticiens médicaux indépendants : chirurgien, anesthésiste, obstétricien...) se distingue de l'acte, de plus en plus rare, accompli par un seul médecin.

⁹⁵² Cass. civ., 25 février 1997, COENVIC ET AUTRES, *Gazette du Palais* 27-29 avril 1997 ; Cass. civ., 9 novembre 1999, *Les Petites Affiches*, 2000, n° 214, p. 22 ; Cass. civ., 4 février 2003, D. 2004, somm. p. 600 ; Cass. 1^{re} civ., 10 mai 2005, n° pourvoi n° 03-16272 ; P. JOURDAIN, *La responsabilité du médecin du fait d'autrui, responsabilité civile et assurances*, éd. du Juris-Classeur, hors-série juillet – Août 1999, p. 16 ; F. CHABAS, « L'obligation de moyens du médecin : actualité et perspectives, principes et exceptions », *Les Petites Affiches*, 1999, n° 189, p. 3.

⁹⁵³ Le titre II du Code de déontologie médicale, intitulé « Devoirs envers les patients », article 32, article 33, article 34. L'obligation pesant sur le médecin est donc de donner à son patient des soins consciencieux, attentifs, et conformes aux données acquises de la science à la date des soins⁹⁵³. Il ne peut être tenu de garantir la guérison de son malade, ni l'absence d'aggravation de son état, et ne devrait donc pas avoir à répondre du risque d'accident ou d'aléa thérapeutique inhérent à l'état du malade.

Néanmoins, des considérations financières n'autorisent pas le médecin à dispenser des soins non conformes aux données acquises de la science. La responsabilité médicale nécessite donc, en principe, la preuve d'une faute caractérisée du praticien, laquelle ne peut se déduire de la seule anormalité d'un dommage et de sa gravité⁹⁵³. Par ailleurs, le nouvel article L. 1142-1 du Code de la santé publique confirme que « hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute. Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère ». Les professionnels de santé sont, en principe, seulement tenus d'une obligation de moyens, en raison de la part de risque liée aux actes de prévention, de diagnostic ou de soins dont la réussite ne peut être assurée. La loi du 4 mars 2002 a repris ce principe en affirmant qu'ils ne sont responsables des conséquences dommageables de ces actes qu'en cas de faute. Cette faute peut être une faute technique, une faute de diagnostic, une faute de surveillance. Par ailleurs, l'obligation de soins consciencieux conformes aux données actuelles de la science, fait peser sur le chirurgien une obligation de sécurité-résultat.

2.2 La responsabilité du fait d'autrui ou la responsabilité médicale en équipe, dans le cas du chef d'équipe médecin intervenant à titre libéral

Le travail en équipe est, comme à l'hôpital public, caractéristique de l'activité en établissement de soins privé. Il entraîne une responsabilité particulière pour le praticien, qui n'existe nullement en établissement public. En établissement de santé privé, les préposés (IDE, IADE...) sont salariés de l'établissement privé. Néanmoins, ils assistent les praticiens dans certaines de leurs activités médicales. De ce fait, la Cour de cassation a développé une jurisprudence mettant à la charge du médecin, chef de l'équipe soignante une quasi-responsabilité du fait d'autrui.

Ainsi, bien que membre d'une profession indépendante, le chef d'équipe supporte un devoir général de surveillance des actes accomplis par les membres de l'équipe. En effet, sans devoir s'immiscer dans la pratique de ses confrères, le chef d'équipe libéral vérifie que les actes nécessaires sont accomplis et que chacun collabore dans des conditions normales de diligence. Tel est le cas pour les actes accomplis en présence du praticien et sur ses ordres, par exemple en cours d'opération. Ainsi, fut-il jugé que pèse sur le chirurgien le devoir impérieux de s'assurer dès avant le début de l'acte opératoire que l'anesthésiste réanimateur connaît l'état du malade⁹⁵⁴. Solution confirmée par un arrêt de l'assemblée plénière en 1986⁹⁵⁵. Le chirurgien, comme chef d'équipe a encore le devoir de s'assurer que la surveillance postopératoire est organisée dans de bonnes conditions. De même, l'obstétricien est tenu de « prendre toutes dispositions utiles pour permettre à la patiente d'accoucher dans les meilleures conditions »⁹⁵⁶. Enfin, le chef d'équipe répond des actes accomplis par la personne qu'il s'est substituée pour l'exécution d'une partie inséparable de son obligation en dehors de tout consentement du patient. Cette responsabilité du chef d'équipe, commettant occasionnel, n'est pas évincée par la considération que la personne qui l'assiste serait préposée de l'établissement de santé où il exerce⁹⁵⁷, et vaut quel que soit encore l'objet de l'acte qui a causé le dommage (investigation ou soin), à condition que le chef d'équipe ait exercé, au moment du dommage les pouvoirs de coordination et de direction⁹⁵⁸.

⁹⁵⁴ Toulouse, 24 avril 1973, Gaz. Pal. 1er - 2 juin 1973, p. 8, confirmé par Assemblée Plénière, 30 mai 1986, D. 1987, p 109

⁹⁵⁵ Cass. Assemblée plénière, 30 mai 1986, D. 1987, p. 109.

⁹⁵⁶ Cass. 1^{re} civ., 7 juillet 1998, D. 1999, Somm., p. 391, obs. J. PENNEAU.

⁹⁵⁷ Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2001, RTD civ. 2001, p. 599, obs. P. JOURDAIN.

⁹⁵⁸ Cass. 2^e civ., 18 décembre 1996, JCP G, 1997, IV, 347.

Rien cependant ne s'oppose à ce qu'une distinction soit faite, à l'occasion d'un acte collectif, entre les interventions de l'équipe accomplies en exécution des instructions du chef d'équipe commettant occasionnel, et celles dictées par le « commettant permanent », l'établissement employeur. Dans ce cas, le préposé aurait plusieurs commettants, pour une série d'actes distincts, et pourquoi pas, pour un même acte. La jurisprudence admet en effet l'hypothèse d'une pluralité de commettants⁹⁵⁹. Alors, la responsabilité du chef d'équipe, si elle exclut la responsabilité des membres de l'équipe, n'est pas exclusive de celle de l'établissement employeur. En revanche et en toute hypothèse, le commettant ne répond que des dommages causés par le préposé dans les moments où il exerce sur celui-ci son pouvoir de direction⁹⁶⁰. Cette observation est particulièrement utile pour la détermination des limites de la responsabilité du chef d'équipe. L'application par la jurisprudence civile⁹⁶¹ de la théorie des commettants aux relations de préposition entre un employeur et un praticien membre d'une profession libérale renforce la responsabilité du commettant occasionnel pour les dommages causés par un membre de son équipe. Notamment, elle devient exclusive de la responsabilité personnelle des autres membres de l'équipe, seraient-ils membres d'une profession indépendante (anesthésiste). Elle en modifie encore la nature juridique, pour substituer à la responsabilité contractuelle antérieure, une responsabilité délictuelle du commettant, même occasionnel.

Ainsi, lorsqu'il agit en équipe, le chef d'équipe devient commettant occasionnel de chaque intervenant, et engage à ce titre sa responsabilité personnelle pour les dommages causés par l'un des membres de l'équipe dont il coordonne et dirige les actes, auxiliaire ou praticien.

Cette responsabilité est due alors même que les membres de l'équipe ne sont pas les salariés du chef d'équipe, et ne restent que temporairement à sa disposition⁹⁶². Elle n'est

⁹⁵⁹ Cass. 2^e civ., 9 février 1967, G. p. 1967, 1, 224.

⁹⁶⁰ Cass. 2^e civ., 10 juin 1999, Resp. civ. et ass., 1999, p. 288, note GROUTEL.

⁹⁶¹ Cass. 1^{re} civ., 9 novembre 2004 (2 arrêts) :

Pourvoi n° 01-17908 : Le médecin salarié, qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui est impartie par l'établissement de santé privé, n'engage pas sa responsabilité à l'égard du patient. Sa responsabilité est donc couverte par celle de l'employeur, qui répond à sa place des dommages causés.

Conformément à la jurisprudence applicable à la responsabilité des commettants, l'arrêt prend soin de relever qu'une faute (de surveillance) avait été commise par le médecin.

Malgré le caractère contractuel de la relation qui unit la clinique au patient, la responsabilité du commettant reste, en l'espèce sur le terrain délictuel (art. 1382 et 1384 al. 5).

Pourvoi n° 01-17168 : Même solution, pour un défaut de surveillance imputable cette fois à une sage-femme, salariée d'un établissement privé.

⁹⁶² Cass. crim., 7 novembre 1968, JCP G, 1968, IV, 202.

due en revanche que lorsque le dommage causé a une origine fautive⁹⁶³. Cependant, la responsabilité du praticien chef d'équipe ne saurait lui être opposable lorsqu'il est lui-même la victime⁹⁶⁴. Le praticien victime peut alors valablement rechercher la responsabilité de la clinique, employeur du préposé mis à sa disposition pour l'assister et qui lui a causé un dommage.

Les professionnels de santé libéraux sont liés aux établissements par des contrats d'exercice. Le contrat d'exercice libéral est caractérisé par une absence de lien de subordination et de rémunération entre le praticien et l'établissement de santé avec lequel il a contracté. La responsabilité est assumée par le professionnel de santé, dans la mesure où les fautes qu'il commet relèvent du contrat conclu avec son patient.

Pour autant, la loi de 2002 n'est pas allée jusqu'au bout. Notamment la situation du médecin salarié n'est pas alignée sur celle du praticien hospitalier. Le premier engage toujours sa responsabilité personnelle, alors que le praticien hospitalier ne répond pas de ses fautes (sauf au pénal), à l'exception de l'hypothèse (rare) de faute personnelle détachable du service.

Si la responsabilité du professionnel de santé exerçant en établissement privé à titre libéral lui reste en principe personnelle, il en va différemment lorsque le praticien est salarié de l'établissement dans lequel il officie.

3. La responsabilité des cliniques pour les dommages causés par leurs personnels salariés

On peut considérer que lorsque le praticien a rencontré le patient dans son cabinet, pour effectuer ensuite les soins dans un établissement privé, un contrat de soins est passé, susceptible de faire naître à la charge du premier une responsabilité personnelle de nature contractuelle⁹⁶⁵ (en principe) au profit du second. En revanche, si le praticien n'a pas rencontré son patient hors l'établissement et préalablement à l'acte, mais seulement dans le

⁹⁶³ Cass. 2^e civ., 8 octobre 1969, *Bull.Civ.* II, n° 269.

⁹⁶⁴ Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2001, *RTD civ.* 2001, p. 599, obs. P. JOURDAIN.

⁹⁶⁵ Art. 1147 du *Cass. civ.*

cadre de consultations organisées à l'intérieur de l'établissement, alors une distinction s'impose. Soit le praticien n'est pas salarié de l'établissement en question. Dans ce cas sa responsabilité vis-à-vis du patient lui reste personnelle et de nature contractuelle. Soit au contraire le praticien est salarié de cet établissement. Alors la jurisprudence récente semble exclure toute responsabilité du praticien vis-à-vis du patient et, en application de la théorie du commettant⁹⁶⁶ ne retenir que celle de l'établissement. Cette responsabilité pourrait être induite par le contrat de soins passé entre le patient et l'établissement de santé privé, lequel suppose la mise à disposition d'un personnel compétent et en nombre suffisant⁹⁶⁷. Sa nature délictuelle semble pourtant s'opposer à une telle analyse.

Sera distinguée, alors, la responsabilité de l'établissement de santé privé du fait de ses médecins salariés de la responsabilité de l'établissement de santé privé du fait du personnel non médical salarié.

3.1 La responsabilité pour les dommages causés par le personnel médical salarié, limite au principe de responsabilité personnelle du médecin

Lorsque le médecin est salarié de la clinique, c'est l'établissement de soins qui, en vertu du contrat d'hospitalisation et de soins qui le lie au patient, est responsable des fautes commises par ses salariés. Toutefois alors qu'initialement la jurisprudence avait admis que le médecin n'échappait pas pour autant à sa propre responsabilité, et que le recours de l'établissement contre le médecin se justifiait par « l'indépendance professionnelle intangible dont bénéficie le médecin même salarié, dans l'exercice de son art » la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence.

⁹⁶⁶ Cass. 1^{re} civ., 9 novembre 2004, *Bull.* 2004, I, n° 260 et n° 262, p. 217, pourvoi n° 01-17.168 ; D. 2005.253, note F. CHABAS ; D. 2005., Pan., p. 403., obs. J. PENNEAU ; D. 2006, p. 111, chron. CEDRIC RIOT, « *L'exercice subordonné de l'art médical* » ; RTD. civ. 2005, p. 143, obs. P. JOURDAIN.

⁹⁶⁷ Cass. 1^{re} civ., 14 octobre 1997, B.I. n° 276 ; JCP 1998 I, 144 obs. G. VINEY ; RTDCiv 1998, 120 obs. P. JOURDAIN ; D.1999 som. 391 obs. J. PENNEAU ; Resp. civ. et assur. 1997. comm. 372. Obligation d'information d'une clinique ; Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1999, Dalloz 1999, p. 719.

a) La responsabilité du médecin salarié à l'égard des patients : Évolution de la jurisprudence sur la notion de préposé

La possibilité pour un établissement de santé privé d'être responsable du fait d'un médecin, ou d'un personnel médical, de son établissement ayant causé un dommage au patient, a fait l'objet d'une évolution fondamentale de la jurisprudence de droit privé. Jusqu'à une époque récente, la Cour de cassation considérait en effet que la responsabilité de la clinique se limitait aux seuls dommages causés par la méconnaissance des obligations qu'elle assumait personnellement à l'égard du malade, contenues dans le contrat d'hospitalisation qui le liait à ce dernier. Elle refusait en revanche toute responsabilité de l'établissement privé du fait du médecin, ou d'un personnel médical au sens de l'article L. 4111-1 du Code de la santé publique, en cas d'inexécution dommageable de l'acte de soins⁹⁶⁸.

Une telle solution reposait sur deux arguments traditionnels. Le premier tirait parti de l'ancien article L. 356 du Code de la santé publique⁹⁶⁹ qui réserve l'exercice des professions médicales à certaines personnes, titulaires de diplômes spécifiques. Du fait de ce monopole d'exercice, il était jugé impossible que la clinique puisse être déclarée responsable du fait de l'exécution d'un acte médical, qu'elle n'avait pas la possibilité juridique d'exécuter. Cette solution reposait également sur l'indépendance professionnelle inaliénable dont jouissent les médecins dans l'exercice de leur art, et qui était alors jugée comme interdisant d'attribuer à ceux-ci la qualité de préposés ou de substituts de la clinique, qualité nécessaire à la mise en jeu d'une responsabilité du fait d'autrui.

Cependant, les évolutions progressives ont conduit les juridictions à envisager favorablement la possibilité du recours au contrat de travail pour l'exercice de la médecine.

Ainsi, l'arrêt Dubois rendu le 27 octobre 1978 par la chambre sociale de la Cour de cassation⁹⁷⁰, systématisant une jurisprudence antérieure plus factuelle⁹⁷¹ a énoncé que l'indépendance des médecins dans l'exercice de leur art résultant du Code de déontologie n'était pas incompatible avec l'existence d'un lien de subordination à l'égard de la clinique dans laquelle ils donnaient leurs soins et déduit l'existence d'un contrat de travail d'un

⁹⁶⁸ Cass. 1^{re} civ., 4 avril 1973 : *Bull. civ. I*, n° 130. – Cass. 1^{re} civ., 5 décembre 1978 : D. 1978, jurispr. p. 353. – G. MÉMETEAU, *Contrat hospitalier et contrat de soins* : RD sanit. soc. 1988, p. 517. – R. SAVATIER, La condition juridique du malade soigné dans une clinique privée : RD sanit. soc. 1974, p. 151.

⁹⁶⁹ art. L. 4111-1. du Code de la santé publique.

⁹⁷⁰ Soc., 27 octobre 1978, *Bull.* 1978, V, n° 725, p. 544, pourvoi n° 77-41.477.

⁹⁷¹ Soc., 15 décembre 1970, *Bull.* 1970, V, n° 720, p. 588, pourvoi n° 70-40.069.

ensemble d'éléments caractérisant un lien de subordination tirés, d'une part de l'absence de liberté de choisir les malades ; d'autre part, de la fixation par la clinique des conditions de travail (horaires et lieu de consultation imposés, obligation d'avoir recours aux matériels et personnels fournis) ; enfin, des modalités du paiement non par le patient mais par l'établissement de santé.

Il faut toutefois insister sur la nécessité d'un faisceau d'indices pour caractériser un véritable lien de subordination, au sens du droit du travail. Ainsi un contrat d'exercice libéral peut prévoir des heures de service et de permanence sans pour autant instituer un lien de subordination⁹⁷².

Par ailleurs, à la suite de deux arrêts de principe du 4 juin 1991⁹⁷³ et 5 mars 1992⁹⁷⁴, la juridiction a en effet admis qu'une clinique puisse être responsable du fait d'un médecin, tant sur le terrain contractuel que délictuel, lorsque ce dernier cause un dommage au patient lors de l'exécution d'un acte de soins.

C'est l'arrêt Boksenbaum du 4 juin 1991⁹⁷⁵ qui a marqué une évolution majeure en ce qui concerne l'analyse de la relation triangulaire entre un patient, l'établissement de santé où il se rend et le médecin salarié de cet établissement qu'il y consulte, puisque la juridiction a en effet admis qu'une clinique puisse être responsable du fait d'un médecin, tant sur le terrain contractuel que délictuel, lorsque ce dernier cause un dommage au patient lors de l'exécution d'un acte de soins.

« En l'espèce, M. Bocksembaum s'était présenté en août 1984 à la consultation d'oto-rhino-laryngologie d'un établissement de santé où il avait été examiné par l'un de ses médecins salariés, puis par d'autres. Atteint d'une surdité qu'il imputait à des fautes dans le traitement, le patient avait assigné notamment le premier médecin salarié dont la cour d'appel avait retenu la responsabilité contractuelle en estimant qu'il avait passé un contrat avec lui. Cette décision a été cassée au motif que le contrat de soins avait été passé entre M. Boksenbaum et l'établissement de santé et non avec son médecin salarié.

⁹⁷² Cass. 1^{re} civ., 31 mai 1960, *Bull.* 1960, I, n° 301.

⁹⁷³ Cass. 1^{re} civ., 4 juin 1991, *Juris-data*, n° 1991-001476 ; JCP G. 1991, II, 21730, note J. SAVATIER. *Gazette du Palais* 6 août 1992 p. 2, note F. CHABAS ; RTD civ. 1992, p. 123, obs. P. JOURDAIN.

⁹⁷⁴ Cass. Ch. crim., 5 mars 1992, rejet, n° 91-81. 888, publié au *Bulletin*, *Juris-data*, n° 1992-001870 ; JCP G. 1993, II, 22013, note F. CHABAS ; RTD civ. 1993, p. 137, obs. P. JOURDAIN.

⁹⁷⁵ Cass. 1^{re} civ., 4 juin 1991, *Bull.* 1991, I, n° 185, p. 122, pourvoi n° 89-10.446 ; D.1993, somm., p. 24, obs. J. PENNEAU ; JCP 1991.II.21730, note R. SAVATIER ; *Gazette du Palais* 6 août 1992 p. 2, note F. CHABAS ; RTD. civ. 1992, p. 123, obs. P. Jourdain.

Avec l'arrêt Gan du 5 mars 1992⁹⁷⁶ la chambre criminelle adopte la même position de principe en énonçant que « l'indépendance professionnelle dont jouit le médecin dans l'exercice de son art n'est pas incompatible avec l'état de subordination qui résulte d'un contrat de louage de services le liant à un tiers ».

En ce qui concerne la nature contractuelle du lien unissant un patient à l'établissement de santé, la décision est on ne peut plus classique depuis l'arrêt de principe de la chambre civile du 6 mars 1945⁹⁷⁷ qui a décidé que les cliniques sont contractuellement tenues de donner à leur clientèle avec prudence et diligence des soins attentifs et consciencieux, formule voisine de celle de l'arrêt Mercier pour les médecins.

En revanche, en ce qui concerne la relation entre le patient et le médecin salarié de l'établissement de santé, l'arrêt Boksenbaum, marque ce que René Savatier appelle « effacement du contrat médical devant le contrat de soins avec l'établissement hospitalier ». « Avant cet arrêt, en effet, l'analyse dominante était qu'il y avait un double contrat, l'un avec la clinique pour les prestations hospitalières, l'autre avec le ou les médecins pour les prestations médicales. Cette analyse paraissait la plus conforme au principe de l'indépendance professionnelle. Mais la portée de ce principe concerne en réalité le choix du traitement et sa mise en œuvre, avec lesquels l'employeur du médecin ne peut interférer. Par ailleurs dans les hôpitaux publics la majorité des praticiens ont le statut de salariés et il n'a jamais été sérieusement soutenu que ce statut portât atteinte à leur indépendance professionnelle, mais il est vrai que leur situation est statutaire. Enfin l'existence d'un choix personnel du médecin par le patient dans une organisation telle que celle qui apparaît dans l'arrêt du 4 juin 1991⁹⁷⁸, avec la multiplicité des praticiens intervenus, relève de la fiction juridique ; toutefois une observation du même ordre peut être souvent faite en cas d'exercice libéral dans des cliniques importantes, notamment pour les gardes et soins d'urgence, où les patients n'ont pas réellement le choix du praticien »⁹⁷⁹.

⁹⁷⁶ Crim., 5 mars 1992, *Bull. crim.* 1992, n° 101, p. 255, pourvoi n° 91-81.888 ; JCP 1993, II, 22013, note F. CHABAS ; RTD civ. 1993, p. 137, obs. P. JOURDAIN. Pour une sage-femme V. Cass. 1^{re} civ., 30 octobre 1995, *Bull. civ. I*, n° 383.

⁹⁷⁷ Cass. 1^{re} civ., 6 mars 1945, Michelli c/ Clinique Sainte-Croix, D. 1945.217.

⁹⁷⁸ Cass. 1^{re} civ., 4 juin 1991, *Bull.* 1991, I, n° 185, p. 122, pourvoi n° 89-10.446 ; D. 1993, somm., p. 24, obs. J. PENNEAU ; JCP 1991, II, 21730, note R. SAVATIER ; RTD. civ. 1992, p. 123, obs. P. JOURDAIN.

⁹⁷⁹ Rapport annuel de la Cour de cassation, Rapport 2007, troisième partie *La santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La responsabilité à l'épreuve des dommages survenus à l'occasion de l'activité de santé, Le fait générateur de la responsabilité à l'épreuve de la nature de l'activité de santé.

Rompant en tout cas sans équivoque avec l'analyse dualiste, cet arrêt décide donc que, lorsque le médecin qui soigne un patient venu consulter dans un établissement de santé privé est un salarié de cet établissement, le contrat de soins est conclu avec ce dernier et non avec le médecin.

Une telle solution repose en large partie sur une évolution de la notion même de lien de préposition, dont on admet aujourd'hui qu'il peut exister, nonobstant l'indépendance du salarié, dès l'instant où celui-ci est soumis à certaines directives communes, concernant notamment les horaires et les moyens de travail⁹⁸⁰. Le lien patient-établissement est considéré comme étant de nature contractuelle⁹⁸¹ ; la relation établissement-praticien est, elle aussi, contractuelle et prend la forme d'un contrat de travail.

Mais en cas de dommage causé au patient, la question de l'appréciation des responsabilités respectives du médecin et de l'établissement de santé se pose.

b) La responsabilité du médecin salarié et de l'établissement de santé

En cette matière, la jurisprudence a fortement évolué en 2004, passant de la responsabilité à l'immunité du médecin.

Dans un premier temps, la force du principe de l'indépendance professionnelle a fait considérer que le médecin salarié, en cas de faute de sa part ayant causé un préjudice au patient, engageait sa responsabilité sur le terrain délictuel, tandis que l'établissement de santé était contractuellement tenu.

Le jugement du tribunal des conflits du 20 février 2002⁹⁸², rendu non sur la compétence mais sur le fond puisqu'il s'agissait d'un cas de déni de justice résultant, à propos de la même affaire, de décisions inconciliables des juridictions administratives et judiciaires, a exprimé ce principe dans des termes particulièrement nets : « En vertu du contrat d'hospitalisation et de soins le liant au patient, un établissement de santé privé est responsable des fautes commises tant par lui-même que par substitués ou préposés qui ont causé un préjudice à ce patient..., mais eu égard à l'indépendance professionnelle dont bénéficie le médecin dans l'exercice de son art, qui est au nombre des principes généraux du

⁹⁸⁰ V. A. SUPLOT, « Les nouveaux visages de la subordination », *Droit social* 2000, p. 131.

⁹⁸¹ Cass., 6 mars 1945, *Sainte-Croix*, *D.* 1945, 217.

⁹⁸² T.C., 20 février 2002, *Bull.* 2002, T.C., n° 2.

droit, il est loisible au patient, indépendamment de l'action qu'il est en droit d'exercer sur un fondement contractuel à l'encontre de l'établissement privé de santé de rechercher, sur le terrain délictuel, la responsabilité du praticien lorsque, dans la réalisation d'actes médicaux, celui-ci a commis une faute ».

Par un arrêt du 26 mai 1999, la première chambre civile de la Cour de cassation avait déjà statué dans le même sens⁹⁸³.

En l'état, la situation se révélait assez favorable aux patients qui bénéficiaient alors d'une pluralité de responsables et, donc, d'actions. Ils pouvaient d'une part agir contre l'établissement employeur, sur un fondement contractuel ; ils pouvaient d'autre part, exercer une action contre le praticien, sur un fondement délictuel.

L'immunité bénéficiant aux salariés demeurait inaccessible au médecin. Son indépendance et sa liberté le rendaient imperméable à l'immunité⁹⁸⁴.

La première chambre civile de la Cour de cassation⁹⁸⁵ rejeta un pourvoi en validant le raisonnement des juges du fond qui avaient « retenu, en même temps que la responsabilité contractuelle de cet établissement de santé, la responsabilité délictuelle du fait personnel de M. X, sur le fondement de la faute médicale qu'il avait commise ».

Dans l'hypothèse où le médecin, ou plus largement, le personnel médical, est salarié de l'établissement, ce dernier peut donc voir sa responsabilité engagée du fait de ce praticien, en cas d'inexécution dommageable de l'acte médical, tant sur le terrain contractuel que délictuel. Une véritable responsabilité du fait d'autrui est donc en l'espèce reconnue. Il convient toutefois de rappeler, qu'en rupture avec les solutions du droit commun, une action en responsabilité contre le médecin reste toujours possible. Ainsi, le patient victime peut, en opportunité, choisir d'agir soit contre la clinique sur le terrain contractuel, soit contre le médecin auteur du fait dommageable sur le terrain délictuel, soit d'intenter une action en responsabilité *in solidum* à l'encontre de ces deux personnes, des recours pouvant alors parfois être intentés.

Les hauts magistrats tirèrent les conséquences de cette position en affirmant que « si l'établissement de santé peut être déclaré responsable des fautes commises par un praticien

⁹⁸³ Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1999, *Bull.* 1999, I, n° 175, p. 115, pourvoi n° 97-15.608, rapport annuel 2000, p. 394 ; JCP 1999, II, 10112, rapport SARGOS ; D. 1999, p. 719, note E. SAVATIER et somm., p. 386, obs. J. PENNEAU ; RTD. civ. 1999, p. 634, obs. P. JOURDAIN, *Juris-data*, n° 1999-002097.

⁹⁸⁴ VIALLA, FRANÇOIS « La responsabilité du médecin salarié », *RGDM*, n° 37, décembre 2010, p. 55.

⁹⁸⁵ Cass. 1^{re} civ., 9 avril 2002, n° 00-21014, *Bull. civ. I*, n° 114 ; JCP G. 2002, I, 186, n° 5 20 et suiv., obs. G. VINEY ; RCA, 2002, n° 234, et chr. 13, CH. RADÉ ; *Dr. et Patr.*, juillet-août 2002, p. 96, obs. F. CHABAS ; RTD civ., 2002, p. 516, obs. JOURDAIN ; J. Saison-Demars, *RGDM*, octobre 2002, n° 10, p. 197.

salarié à l'occasion d'actes médicaux d'investigation et de soins pratiqués sur un patient, ce principe ne fait pas obstacle au recours de l'établissement de santé et de son assureur en raison de l'indépendance professionnelle intangible dont bénéficie le médecin, même salarié, dans l'exercice de son art »⁹⁸⁶.

Salarié particulier, le médecin n'était donc, ni à l'abri de l'action du patient, ni du recours de son employeur ou de l'assureur de ce dernier⁹⁸⁷.

C'est dans un deuxième temps, que la jurisprudence a procédé à un revirement et consacré l'immunité civile du médecin salarié par deux arrêts du 9 novembre 2004, l'un concernant un médecin salarié, l'autre une sage-femme également salariée⁹⁸⁸.

Ces deux arrêts ont décidé que le médecin, ou la sage-femme, salariés, qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui est impartie par l'établissement de santé n'engage pas sa responsabilité à l'égard du patient. Il s'agit de l'extension à l'activité médicale de la jurisprudence dite « Costedoat »⁹⁸⁹ sur l'immunité du préposé qui a agi dans les limites de sa mission⁹⁹⁰, immunité qui ne cède que si le préposé a commis une faute intentionnelle ayant causé un préjudice à autrui⁹⁹¹. Désormais, le médecin salarié d'un établissement de santé privé échappe donc à toute responsabilité civile pour les dommages causés aux patients dans le cadre de l'exercice de sa mission, tout comme le praticien hospitalier.

Il n'en reste pas moins qu'ils demeurent pénalement responsables de leurs fautes.

Cependant, des limites sont posées à l'immunité nouvelle dont jouit le praticien salarié, il s'agit de la faute intentionnelle et de l'exigence de respect des limites de la mission

⁹⁸⁶ Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2002, n° 00-22432, *Bull. civ. I*, n° 263 ; *D.* 2003, p. 583, note S. DEIS-BEAUQUESNE ; *JCP G.* 2003, II, 10096, note M. BILLIAU ; *Gazette du Palais*, 2003, p. 1000, note F. CHABAS ; *LPA*, 29 mai 2003, note BARBIERI ; P. JOURDAIN, *D.* 2003, p. 459.

⁹⁸⁷ Cass. civ., 13 novembre 2002, n° 1577 (Ass. Hosp. Nord-Artois c/ Ruffin), *Argus de l'Assurance*, n° 6813, p. 34 ; Voir : A. Hontebeyrie, *La responsabilité des cliniques du fait des médecins : à propos de deux solutions singulières*, Paris, Dalloz 2004, Doc. p. 81.

⁹⁸⁸ Cass. 1^{re} civ., 9 novembre 2004, *Bull.* 2004, I, n° 260 et n° 262, p. 217, pourvoi n° 01-17.168 ; *D.* 2005.253, note F. CHABAS ; *D.* 2005., Pan., p. 403., obs. J. Penneau ; *D.* 2006, p. 111, chron. CEDRIC RIOT, *L'exercice subordonné de l'art médical* ; *RTD. civ.* 2005, p. 143, obs. P. JOURDAIN).

⁹⁸⁹ Ass. plén., 25 février 2000, *Dalloz* 2000, Jur. 673, note p. Brun.

⁹⁹⁰ Ass. plén., 25 février 2000, *Bull.* 2000, Ass. plén. n° 2, p. 3, pourvois n° 97-17.378 et 97-20.152, Rapport annuel 2000 p. 315 ; *D.* 2000, p. 1230, note J. JULIEN et somm. p. 1317, obs. D. MAZEAUD et p. 2117, obs. B. THUILLIER ; *RTD. civ.* 2002, p. 109, obs. P. JOURDAIN.

⁹⁹¹ Ass. plén., 14 décembre 2001, *Bull.* 2001, Ass. plén., n° 17, p. 35, pourvoi n° 00.82-066, Rapport annuel 2001, p. 444 ; *D.* 2002. p. 1230, note J. JULIEN et somm. p. 1317, obs. D. MAZEAUD ; *RTD. civ.* 2002, p. 109, obs. P. JOURDAIN ; *Droit et patrimoine*, mars 2002, p. 94, obs. F. CHABAS ; *JCP* 2002, II, 10026, note BILLIAU ET I, p. 124, obs. G. VINEY.

qui lui est impartie par l'établissement employeur. La Cour de cassation avait déjà précisé, à la suite de sa jurisprudence « Costedat », que le préposé condamné pénalement pour avoir intentionnellement commis, fût-ce sur l'ordre du commettant, une infraction ayant porté préjudice à un tiers, engage sa responsabilité civile à l'égard de celui-ci⁹⁹². Elle avait encore précisé que le préposé qui a intentionnellement commis une infraction ayant porté préjudice à un tiers engage sa responsabilité civile à l'égard de celui-ci, alors même que la juridiction répressive qui, saisie de la seule action civile a déclaré l'infraction constituée en tous ses éléments, n'a prononcé contre lui aucune condamnation pénale⁹⁹³, la Cour de cassation considérera que l'immunité devait tomber dès lors qu'il était établi une faute intentionnelle du salarié.

Quoi qu'il en soit, la Cour de cassation, dans son arrêt, n'a pas formellement désavoué la décision du 9 avril 2002. Et le résultat concret confirme les craintes qu'avait suscitées l'arrêt Costedoat : la victime n'obtient pas réparation.

Le médecin, le dentiste ou la sage-femme salariée sont des préposés, malgré leur indépendance professionnelle. La clinique est donc susceptible de répondre de leurs fautes sur le fondement de l'article 1384 alinéas 1⁹⁹⁴. Ainsi, traditionnellement, les cliniques répondaient contractuellement des fautes commises par le personnel auxiliaire médical⁹⁹⁵. La jurisprudence nouvelle⁹⁹⁶ attire cette responsabilité sur le terrain délictuel. L'on observera en revanche que dotée d'un tel fondement, la responsabilité des établissements devient une responsabilité sans faute de l'employeur, à condition que son salarié ait, lui, commis une faute dans l'exercice de ses fonctions⁹⁹⁷.

c) Les recours

Une décision de la première chambre civile, rendue en 2007⁹⁹⁸, apporte quelques éclairages sur la question des recours auxquels pourraient prétendre l'employeur et son assureur.

⁹⁹² Cass., Ass. plén., 14 décembre 2001, n° 00-82.066.

⁹⁹³ Cass. crim., 7 avril. 2004, *Bull. crim.*, 2004, n° 94.

⁹⁹⁴ Cass. crim., 5 mars 1992, n° 91-81.888, GAN.

⁹⁹⁵ arrêt de principe : Cass. civ. 6 mars 1945, D.1945, p. 217.

⁹⁹⁶ Cass. 1^{re} civ., 9 novembre 2004, *op. cit.*

⁹⁹⁷ Cass. 2^e civ., 8 octobre 1969.

⁹⁹⁸ Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2007, rejet, n° 06-12.624, publié au *Bulletin* ; Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2007, X. LEDUCQ, *Gazette du Palais*, 2008, n° 127 ; *Gazette du Palais*, 2008, n° 101 ; J.-F. BARBIERI, *LPA*, 2007, n° 248 ; J.

Il apparaît alors que l'immunité n'est pas synonyme d'irresponsabilité du médecin salarié. Rappelant dans un premier temps sa position de 2004, la première chambre précise que *le médecin salarié, qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui est impartie par l'établissement de santé privé, n'engage pas sa responsabilité à l'égard du patient*. Elle se transporte ensuite sur la question du recours de l'assureur de l'établissement à l'encontre du praticien et précise que *l'immunité édictée par l'article L. 121-12, alinéa 3, du Code des assurances ne bénéficie qu'aux personnes visées au texte et ne fait pas obstacle à l'exercice, par l'assureur qui a indemnisé la victime, de son recours subrogatoire de l'assureur du commettant, déclaré responsable du fait de son préposé, a exactement énoncé que l'immunité bénéficiant à M. Y ne faisait pas obstacle à l'encontre de la société L Sou médical, tenue en sa qualité d'assureur de responsabilité de M. Y, à prendre en charge les conséquences dommageables des fautes commises par son assuré*.

Contrairement à sa décision de 2002⁹⁹⁹, la Cour n'envisage pas ici favorablement le recours de l'assureur de l'employeur contre le médecin salarié. Elle valide en revanche le recours de celui-ci contre l'assureur du médecin salarié.

Désormais, le médecin salarié d'un établissement de santé privé échappe donc à toute responsabilité civile pour les dommages causés aux patients dans le cadre de l'exercice de sa mission, et ce, tout comme le praticien hospitalier.

d) La responsabilité médicale en équipe, le médecin, chef d'équipe salarié de l'établissement

Comme commettant occasionnel, le chef d'équipe répond personnellement des dommages causés aux patients par les praticiens et auxiliaires intervenant à ses côtés, au titre du devoir général de surveillance qui lui échoit. Cette responsabilité n'exclut pas en revanche que le praticien se retourne ensuite contre l'établissement, pour le préjudice financier, et de réputation, que lui cause la mise à sa disposition de personnel inefficace. Et

KULLMANN, *RGDA*, 2008, n° 2008-1 ; S. HOCQUET-BERG, *JCP G.* 2007, II, 10162 ; F. Vialla, *Rev. Droit et Santé*, 2007, n° 20, p. 730, « Retour à Costedoat » ; M. GIRER, *RGDM*, 2008, n° 26, p. 308.

⁹⁹⁹ Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2002, *op. cit. supra* note 25.

le plein effet donné à la théorie des commettants confère au chef d'équipe contre les membres de son équipe une action récursoire, même en l'absence de faute lourde¹⁰⁰⁰.

La jurisprudence nouvelle conduit en revanche à s'interroger sur l'identité du responsable lorsque le praticien chef d'équipe et commettant occasionnel est lui-même salarié de la clinique. La responsabilité de l'établissement se substitue-t-elle à celle du chef d'équipe lorsque celui-ci en est le salarié ? Les arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation le 9 novembre 2004 peuvent conduire à admettre ici la responsabilité de la clinique, « commettant du commettant ». L'établissement de soins privé répondra donc désormais tant des dommages causés par le chef d'équipe lui-même que par l'un des membres de son équipe, dès lors que le chef d'équipe est salarié de cet établissement, pour autant qu'il a agi et dirigé son équipe conformément à la mission confiée par son employeur. Cette interprétation a donc pour effet de ruiner la théorie du commettant occasionnel, s'il est salarié de l'établissement d'accueil. L'on sait désormais que cette responsabilité est de nature délictuelle. L'arrêt rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 25 février 2000¹⁰⁰¹ décidant que « un préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers » reçoit donc une pleine application en matière médicale, depuis les arrêts rendus en ce domaine par la première chambre civile, le 9 novembre 2004.

3.2 La responsabilité de la clinique du fait du personnel non médical salarié

La clinique ne répond des fautes commises par son personnel qu'en raison des actes susceptibles, en application de la réglementation en vigueur, d'être accomplis hors la présence d'un médecin et effectivement accomplis hors cette surveillance directe. Tel serait le cas d'une infirmière procédant à une injection prescrite par le médecin, accomplie hors sa présence, si le dommage causé résulte de l'acte accompli par elle, non de la prescription. Tel serait encore le cas du dommage survenu à l'occasion d'une manipulation du patient

¹⁰⁰⁰ Cass. 1^{re} civ., 20 mars 1979.

¹⁰⁰¹ Cass., Ass. plén., 25 février 2000, « Costédoat », *Bull. civ.*, n° 2 ; R. p. 257 et 315 ; *GAJC*, 11^e éd. n° 217 ; *BICC*, 15 avril 2000, concl. KESSOUS, note PONROY ; *D.* 2000, p. 673, note Brun, et somm. p. 467, obs. DELEBECQUE ; *JCP G.* 2000, II, n° 10295, concl. KESSOUS, note BILLIAU ; *JCP G.* 2000, n° 26 241, I, p. 1244, obs. VINEY ; *Gazette du Palais*, 2000, 2, 1462, note RINALDI ; V. encore M. DURRY, « Plaidoyer pour une révision de la jurisprudence Costédoat (ou une hérésie facile à abjurer) », in *Rupture, mouvements et continuité du droit, autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004, p. 549 et suiv.

accomplie par une infirmière et entrant dans ses attributions ordinaires. Dans les autres hypothèses, le médecin libéral qui exerce son contrôle sur les actes accomplis par le personnel auxiliaire en devient le commettant occasionnel, responsable à ce titre des dommages causés aux patients (v. étude Responsabilité médicale en équipe). Il en irait ainsi des actes accomplis en présence du praticien, et sur ses ordres, par exemple en cours d'opération. Dans ce cas de figure, le praticien devient responsable au principal des dommages causés au patient. En outre, la clinique ne répond que des dommages causés par le préposé dans les moments où elle exerce sur le préposé son pouvoir de direction¹⁰⁰².

Lorsque le personnel non médical exécute un acte de soins qui relève de sa compétence propre¹⁰⁰³, la responsabilité de l'établissement de santé privé est en principe seule engagée, puisque l'auteur du fait dommageable est considéré comme placé sous l'unique autorité de la clinique. Cela a fait l'objet d'une jurisprudence constante¹⁰⁰⁴.

L'application à l'infirmier de la solution dégagée par la Cour de cassation au sujet du médecin, dans son arrêt du 13 novembre 2002¹⁰⁰⁵ et reconnaissant le maintien de la responsabilité personnelle du praticien salarié, nonobstant le fait qu'il se trouve dans l'exercice de sa mission, doit cependant être envisagée. Le maintien systématique de la responsabilité personnelle du praticien salarié a en effet été justifié par l'indépendance inaliénable reconnue à ce dernier, notamment par l'article 5 du Code de déontologie médicale. Or, la profession d'infirmier est également régie, depuis un décret du 16 février 1993¹⁰⁰⁶ par des règles professionnelles qui imposent à l'infirmier une totale indépendance, dans des termes exactement identiques au Code de déontologie médicale. On peut dès lors envisager, compte tenu de cette identité de fondements juridiques, que la Cour de cassation réitère au sujet de l'infirmière les solutions dégagées dans l'hypothèse du médecin salarié. La probabilité d'une telle action contre un personnel non médical est cependant faible, tant pour des raisons de solvabilité que pour des motifs tirés des règles propres du droit des assurances.

¹⁰⁰² Cass. 2^e civ., 10 juin 1999.

¹⁰⁰³ Dans l'hypothèse de l'infirmière, *D. n° 2002-194, 11 février 2002* relatif aux actes professionnels et à l'exercice de la profession d'infirmier, *art. 3 et s. : Journal officiel*, 16 février 2002, qui fixe les actes relevant du rôle propre de l'infirmier ou devant être effectués sous la responsabilité d'un médecin.

¹⁰⁰⁴ Cass. 1^{re} civ., 11 juin 1963 : *D. 1964*, somm. p. 4. – Cass. 1^{re} civ., 9 janvier 1973 : *Bull. civ. I*, n° 13. – Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juin 1976 : *JCP G. 1976*, II, 18483, note R. Savatier. – Cass. 1^{re} civ., 6 juin 2000 : *JCP G. 2000*, IV, 2341. – Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2001, *Juris-data*, n° 2001-008617 ; *Resp. civ. et assur. 2001*, comm. 194. – CA Rennes, 28 novembre 2001, *Juris-data*, n° 2001-180856).

¹⁰⁰⁵ Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2002, *op. cit.*

¹⁰⁰⁶ Décret n° 93-221, 16 février 1993, *JO*, 18 février 1993.

4. Les recours possibles du patient lorsque le dommage est commis par le personnel salarié

Le patient dispose d'une action contre l'établissement de soins qui pourra à son tour se retourner contre le médecin. Il dispose également d'une action contre le médecin, voire contre les deux. Il exerce alors un recours *in solidum*.

4.1 Action contre l'établissement de soins et recours de celui-ci contre le médecin

En cas d'action contre la clinique, celle-ci pouvait en principe, dans tous les cas, exercer un recours contre le praticien, ainsi que l'a indiqué la Cour de cassation dans son arrêt de principe du 13 novembre 2002¹⁰⁰⁷. L'indépendance professionnelle du médecin laisse en effet toujours subsister, selon la haute juridiction, la possibilité d'une action en responsabilité délictuelle à son encontre, fondée sur l'article 1382 du Code civil. La portée pratique d'une telle solution doit toutefois être relativisée dans l'hypothèse concrète la plus probable où le recours en contribution serait formé, non par la clinique elle-même, mais par l'assureur de cette dernière. Dans un tel cas, en effet, la possibilité d'intenter un recours était traditionnellement bloquée par le jeu de l'article L. 121-12 du Code des assurances, qui limite le recours de l'assureur contre le préposé de son assuré à l'hypothèse d'une malveillance de ce dernier, soit, selon la jurisprudence, d'une faute volontaire animée d'une intention nuisible à l'encontre de l'assuré¹⁰⁰⁸. Or, une telle situation se rencontrait exceptionnellement dans le domaine du droit médical où l'hypothèse d'un praticien commettant volontairement une faute dans l'exécution de l'acte médical pour nuire à l'établissement dont il est le salarié paraissait d'école. Cette solution ne connaissait une exception que dans l'hypothèse où l'assureur de la clinique recourrait, non contre le médecin lui-même, mais contre l'assureur de ce dernier, puisque celui-ci ne bénéficiait pas de l'immunité accordée par l'article L. 121-12 du Code des assurances¹⁰⁰⁹.

La loi du 4 mars 2002, a entraîné des modifications par le nouvel article L. 1142-2, al. 3 du Code de la santé publique dispose que « l'assurance des établissements [...] couvre leurs

¹⁰⁰⁷ Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2002, *op. cit.*

¹⁰⁰⁸ Solution constante depuis Cass. Ass. plén. 13 novembre 1987 : RGAT 1988, p. 111, note CHARBONNIER.

¹⁰⁰⁹ Cass. 1^{re} civ., 8 décembre 1993 : Resp. civ. et assur. 1994, comm. 29 et chron. 3, H. GROUTEL.

salariés agissant dans la limite de la mission qui leur a été impartie, même si ceux-ci disposent d'une indépendance dans l'exercice de l'art médical ». Le médecin salarié, bénéficiaire d'une assurance pour compte, est donc désormais automatiquement garanti par le contrat d'assurance souscrit par l'établissement qui l'emploie, paralysant de ce simple fait toute action de l'assureur à son encontre, puisque celui-ci ne peut recourir contre son propre assuré.

4.2 Action en responsabilité *in solidum* contre le médecin et l'établissement de soins

Dans l'hypothèse enfin où des fautes conjointes du praticien et de l'établissement de soins seraient établies, une action en responsabilité *in solidum* peut être exercée à l'encontre des deux responsables. La charge de l'indemnisation est alors répartie en considération des fautes respectives, et le cas échéant, de leur gravité¹⁰¹⁰.

Un établissement de santé est responsable des fautes commises tant par lui-même que par ses substitués ou ses préposés, à l'égard de ses patients.

Si le malade peut exercer une action en responsabilité contractuelle à l'égard de cet établissement de santé, il peut également exercer une action en responsabilité délictuelle à l'encontre du médecin salarié de cet établissement qui aurait commis une faute médicale à l'origine de son préjudice, compte tenu de l'indépendance professionnelle dont bénéficie le médecin dans l'exercice de son art¹⁰¹¹.

De manière classique, en cas d'accident médical, les juridictions judiciaires, pénales ou civiles, évaluent les différents postes de préjudice subi : frais demeurant à la charge de la victime, *pretium doloris*, préjudice esthétique, préjudice moral. Parmi les décisions jurisprudentielles les plus remarquées il faut citer l'indemnisation de l'insuffisance d'information, limitée à la perte de chance¹⁰¹². En vertu du contrat d'hospitalisation et de

¹⁰¹⁰ CA Versailles, 27 juin 1996, *Juris-data*, n° 1996-044614. – Cass. 1^{re} civ., 30 octobre 1995, *Juris-data*, n° 1995-002870 ; *Bull. civ. I*, n° 383 ; JCP G. 1996, I, 3944, obs. G. VINEY. – Cass. 1^{re} civ., 10 juin 1997 : *Bull. civ. I*, n° 196. Dès lors, ce partage de responsabilité « exclut nécessairement tout recours en garantie de l'un contre l'autre pour la part mise à sa charge en raison de ses fautes personnelles » (Cass. 1^{re} civ., 7 juillet 1998, *op. cit.*).

¹⁰¹¹ Tb des conflits, 14 février 2000, n° 2929 ; D. 2000, I.R., p. 138 – À rapprocher de Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1999, Jur. p. 719, note E. SAVATIER et Somm. p. 386, note J. PENNEAU.

¹⁰¹² Cass. civ., 20 juin 2000, M. Hedreul, *Gazette du Palais*, 26-27 juillet Note J. GUIGUE.

soin le liant au patient, un établissement de santé privé est responsable des fautes commises tant par lui-même que par ses préposés ou substitués.

Il ne peut donc répondre des conséquences des actes d'investigation ou de soins accomplis par un médecin, que si celui-ci est son salarié, et n'exerce pas à titre libéral¹⁰¹³.

S'il est à noter que les actes réalisés à l'occasion d'une intervention chirurgicale sont principalement concernés, en revanche, les soins courants postopératoires engagent la responsabilité de la clinique, étant partie intégrante du contrat d'hospitalisation.

L'établissement répond de ses préposés lorsque l'acte concerné peut être accompli hors la présence d'un médecin. Dans le cas contraire, le praticien répond des fautes de ce personnel.

¹⁰¹³ Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1999 ; D. 1999, Com. p. 719. – CA Versailles, 28 octobre 1999 ; DIR p. 13.

CONCLUSION DE LA SECTION II

Le droit à réparation du patient s'exerce aussi bien en établissement de santé privé qu'en établissement de santé public. Si l'on a assisté à une restauration de la faute simple pour engager la responsabilité aussi bien de l'établissement public de santé que de l'établissement de soins privé, il n'en demeure pas moins que le droit à réparation dont dispose le patient est bien différent selon son lieu d'hospitalisation. Le médecin libéral engage sa responsabilité personnelle, alors que le praticien hospitalier ne répond pas de ses fautes (sauf au pénal), à l'exception de l'hypothèse (rare) de faute personnelle détachable du service.

Il est à souligner, que le médecin salarié bénéficie d'une immunité civile. Le médecin qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui est impartie par l'établissement de santé privé, n'engage pas sa responsabilité à l'égard du patient. Le contrat étant considéré comme conclu entre la clinique et le patient, l'établissement privé est responsable du fait du médecin salarié sauf en cas de gestes commis en dehors de la mission qui a été confiée au médecin salarié par l'établissement de soins privé ou en cas d'infraction pénale intentionnelle.

Toutefois, et ce malgré la réforme de 2002, il demeure plus aisé pour le patient victime d'un préjudice en établissement de santé privé de se faire indemniser.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

Le libre choix dont dispose le patient est un principe fondamental de la médecine libérale. Malgré les multiples relations contractuelles liant le patient, l'établissement de santé et le médecin, chacun à leur façon, le libre choix est respecté en établissement de santé privé lors de l'hospitalisation du patient, et sa mise en œuvre possible, même si cela ne fut pas toujours le cas.

Concernant le droit à réparation, la dichotomie publique/privée persiste, même si on assiste à une unification de la faute médicale, il n'en demeure pas moins, que le patient dispose de plus de possibilités en termes de recours, ce qui ne veut pas dire qu'il est plus facilement indemnisable.

LES DROITS DE LA PERSONNE HOSPITALISÉE INHÉRENTS À SA QUALITÉ DE CONSOMMATEUR DE SOINS, CLIENT D'UNE ENTREPRISE PRIVÉE

Si l'on assimile l'établissement de santé privé à une entreprise¹⁰¹⁴, il se trouve alors dans un marché concurrentiel d'offre et de demande. Il offre les services de ses professionnels compétents avec un plateau technique compétitif afin de répondre aux besoins des patients de plus en plus exigeants, et mieux informés. Dans ce contexte le patient devient un consommateur de soins, qui recherche la compétence pour le meilleur résultat possible se retrouvant, ainsi, dans une position de demande face à l'offre de soins pour un territoire donné.

L'hospitalisation représente un coût, aussi bien pour le patient, consommateur de soins, que pour l'établissement. Chacun des acteurs va, alors, subir la contrainte économique, qui va s'exercer différemment selon différentes hypothèses. À partir de l'hypothèse du patient consommateur de soins, il est possible de déterminer les conséquences engendrées par la spécificité privée de l'établissement de santé sur le patient consommateur de soins.

La première de ces conséquences pèse sur le principe du libre choix. Lorsque le patient, consommateur de soins, souhaite bénéficier de soins délivrés par l'établissement de santé privé, entreprise de soins, lui est-il possible d'exercer son droit au libre choix, car au-delà du libre choix se pose alors la question de l'accès aux soins pour tous ?

Si la question mérite d'être posée, c'est parce que sous l'effet conjugué de la contrainte économique et du coût élevé que représente la prise en charge de tout hospitalisé en secteur privé, le patient peut se voir limité dans l'exercice de son libre choix (section I).

¹⁰¹⁴ Cf. Titre I, Chapitre I, Section II, p. 137

Par ailleurs, sous la contrainte économique, les autorités de tutelle privilégient toutes les politiques tendant à une maîtrise des dépenses de santé (section II), ce qui peut avoir pour conséquence de limiter l'accès aux soins et contraindre, par là même, le libre choix.

SECTION I

Le patient consommateur de soins, contraint économiquement dans son libre choix

Le principe du libre choix par le patient de son médecin tout comme de l'établissement de santé constitue un principe fondamental de la législation sanitaire affirmé dans de nombreux textes nationaux comme internationaux. Pourtant, le patient souhaitant être hospitalisé en établissement de santé privé peut se voir contraint dans l'exercice de son libre choix, se heurtant, d'une part, au surcoût que représente pour un citoyen la politique des dépassements d'honoraires pratiqués par certains médecins libéraux (paragraphe 1), et d'autre part, à l'obstacle que constitue le parcours de soins, nécessaire au meilleur remboursement de sa consultation (paragraphe 2). Le postulat sur lequel repose ce chapitre, est le suivant : Pour être hospitalisé en établissement de santé privé, le patient devra, au préalable, avoir consulté, dans le cadre du parcours de soins, un généraliste libéral. Cette pratique étant la plus courante. Ce dernier pourra adresser son patient pour investigation complémentaire que requiert son état de santé à un spécialiste libéral, consultant dans un établissement de santé privé, pratiquant les dépassements d'honoraires et exerçant son art dans ce même établissement.

Paragraphe 1. La remise en cause du principe de libre choix dans l'offre de soins par la politique des dépassements d'honoraires

Le médecin peut exercer au sein d'une clinique soit à titre libéral soit en qualité de salarié, mais la très grande majorité des médecins qui exercent dans le secteur privé commercial sont libéraux (90 %) ¹⁰¹⁵ et à ce titre régis par le système conventionnel. Ils relèvent pour leurs conditions d'exercice et leur rémunération de la convention nationale

¹⁰¹⁵ CHAMBAUD, Laurent, KHENNOUF, Mustapha, LANNELONGUE, Christophe, , Membres de l'inspection générale des affaires sociales, **avec le concours de** MORDELET Patrick, DUSEHU Etienne, GEFFROY Loïc, Conseillers généraux des établissements de santé, *Enquête sur la rémunération des médecins et chirurgiens hospitaliers*, Rapport IGAS n° RM 2008-147P, Janvier 2009.

négociée entre les caisses nationales d'assurances maladie obligatoires, l'UNCAM et les syndicats représentatifs des médecins.

Si la politique du conventionnement a permis, et c'était son objectif de concilier l'exercice libéral des professions de santé avec un haut niveau de sociabilisation de la dépense que l'activité de ces praticiens génère tout en favorisant une redistribution relative des frais de santé entre assurés sociaux (A), elle a paradoxalement introduit un obstacle à l'exercice du libre choix par le patient, en instaurant le droit aux dépassements d'honoraires (B).

A – Le paradoxe du conventionnement de la médecine libérale : En favorisant l'accès aux soins, le principe du libre choix se trouve entravé

La mise en place d'une médecine conventionnée (1) et la possibilité de dépassement d'honoraires pour les médecins sont autant d'obstacles, pour le patient, d'exercer son droit au libre choix du médecin et de l'établissement de santé privé (2).

1. Une médecine libérale conventionnée¹⁰¹⁶

Dans un système où les médecins ne sont pas salariés de l'assurance-maladie, les conventions dites médicales sont nécessaires parce que les régimes de sécurité sociale ne pourraient évidemment pas prendre en charge la totalité des honoraires s'ils étaient fixés en toute liberté par les praticiens. Ceux-ci trouvent cependant une forme de compensation de la réduction de leur liberté tarifaire.

En effet, la « solvabilisation » des patients par l'assurance-maladie garantit aux médecins une clientèle évidemment beaucoup plus large que celle qui serait la leur si les malades devaient assumer la totalité du coût des soins. Dans ces conditions, les conventions médicales créent un cercle vertueux puisque l'assurance-maladie permet à la fois aux malades d'accéder aux soins parce que leur coût reste raisonnable et aux médecins de garantir leurs revenus en élargissant leur clientèle.

¹⁰¹⁶ PELLET, Rémi, SKZRYERBAK, Arnaud, *Leçons de droit social et de droit de la santé*, Leçon n° 14 : « Les conventions médicales », Paris, Dalloz-Sirey, 2008, p. 352-380.

Par ailleurs, alors que les soins sont ainsi accordés en fonction des besoins de santé, le financement de l'assurance-maladie par des cotisations ou des contributions proportionnelles aux revenus qu'elles frappent crée une certaine redistribution sociale, une partie du coût des soins rendus aux personnes les moins fortunées étant supportée par les personnes aux revenus supérieurs.

Cependant, la limitation des tarifs des médecins conventionnés réduit le coût de la redistribution pour ceux qui le paie. Le système français d'assurance-maladie avec conventionnement des praticiens de santé permet donc, semble-t-il de concilier l'exercice libéral des professions de santé avec un haut niveau de sociabilisation de la dépense que l'activité de ces praticiens génère ; elle réalise, de plus, une redistribution relative des frais de santé entre assurés sociaux. Le conventionnement de la médecine libérale paraissait donc une nécessité économique qui fut consacrée législativement.

1.1 Le conventionnement des médecins libéraux une nécessité économique

Le système des conventions nationales entre la Sécurité sociale et les professions libérales n'a pas été créé en 1945 en même temps que les régimes de sécurité sociale. En effet, pendant plus de 25 ans, c'est un régime de convention départementale qui a été pratiqué et qui ne permettait pas une limitation réelle des honoraires médicaux dans la mesure où les syndicats de médecins libéraux ont mené un combat constant contre l'assurance-maladie, y trouvant même leur identité, comme le souligne Patrick Hassenteufel¹⁰¹⁷, qui constate que « c'est en se positionnant contre l'assurance-maladie obligatoire que se construit l'identité dominante de la profession en France, celle du médecin libéral ». [...] ¹⁰¹⁸.

Ainsi, de 1945 à 1960, de nombreux départements n'étaient pas « conventionnés » de sorte que les praticiens fixaient les tarifs de leur choix tandis que la sécurité sociale ne remboursait les patients qu'à des tarifs minimaux dits d'autorité ou de responsabilité, fixés par arrêtés ministériels.

« Dans les départements conventionnés, chaque médecin était autorisé à invoquer sa propre notoriété comme cause de dépassement des tarifs, possibilité qui transformait les obligations conventionnelles en obligations potestatives.

¹⁰¹⁷ HASSENTEUFEL, Patrick, *Les médecins face à l'État, une comparaison européenne*, Presses de sciences Po, 1997, p. 94.

¹⁰¹⁸ PELLET, Rémi, « Assurance-maladie et territoire », *RDSS*, n° hors-série 2009, p. 41.

Si la Confédération des syndicats médicaux français (CSMF), largement majoritaire, lança finalement l'idée d'une convention nationale, c'était en réponse aux réformes envisagées dans les travaux préparatoires du VI^e Plan qui prévoyaient de limiter les dépenses de l'assurance-maladie en supprimant le système du paiement à l'acte et en opérant une forme de salarisation "à l'anglaise" de la médecine de ville [...] »¹⁰¹⁹.

Michel Debré imposa le conventionnement individuel¹⁰²⁰, c'est-à-dire que les rapports entre l'assurance-maladie et les professionnels de santé furent, alors, réglementés par des conventions conclues entre les syndicats représentatifs des médecins ou des professionnels de santé relevant de ce type de conventionnement et deux au moins des caisses nationales d'assurance-maladie.

Le décret du 12 mai 1960¹⁰²¹ a réformé le dispositif des conventions départementales de quatre façons. D'une part, les tarifs de consultation ne pouvaient dépasser des plafonds fixés par arrêté interministériel. D'autre part, il mettait en place un encadrement des modalités de dépassement tarifaire puisque le droit à la liberté tarifaire du fait de la « notoriété » fut remplacé par un droit permanent à dépassement reconnu aux seuls praticiens inscrits sur une liste dressée par une commission paritaire départementale, sur la base de critères objectifs (titres et travaux universitaires etc.). Enfin, fut créé un régime d'assurance-maladie et vieillesse propre aux praticiens conventionnés et financé en grande partie par les caisses d'assurance-maladie. En dernier lieu, il permettait d'adhérer individuellement à la convention type dans les départements non conventionnés.

La loi du 3 juillet 1971¹⁰²² qui a finalement créé le système conventionnel national avait certes pour objectif officiel de mieux associer les professionnels libéraux à la définition et à l'exécution du service public de la sécurité sociale, mais elle a surtout permis aux

¹⁰¹⁹ PELLET, Rémi, *op. cit.* p. 42.

¹⁰²⁰ Décret n° 60-451 du 12 mai 1960 relatif aux soins médicaux aux assurés sociaux ; décret n° 60-452 du 12 mai 1960 relatif à l'organisation et au fonctionnement de la sécurité sociale, *JORF* du 13 mai 1960, p. 4360 ; décret n° 65-200 du 11 mars 1965 relatif à la coordination des régimes spéciaux et du régime général de la sécurité sociale pour la fixation des tarifs d'honoraires des praticiens et auxiliaires médicaux, *JORF* du 16 mars 1965, p. 2117.

¹⁰²¹ Décret n° 60-451 du 12 mai 1960 relatif aux soins médicaux dispensés aux assurés sociaux, *JORF* du 13 mai 1960, p. 4356, modifié par le décret n° 66-21 du 7 janvier 1966 pris en exécution de la décision du Conseil d'État en date du 13 juillet 1962 et relatif aux soins dispensés aux assurés sociaux.

¹⁰²² Loi n° 71-525 du 3 juillet 1971 relative aux rapports entre les caisses d'assurance-maladie et les praticiens et auxiliaires médicaux. Cette loi fixe les règles régissant les rapports entre chacune des professions de santé et les caisses sous formes de conventions nationales passées entre les caisses nationales (CNAM, CANAM, MSA) et les syndicats définis comme représentatifs des professions concernées. Renouvellement tous les quatre ans mais faisant l'objet d'avenants annuels.

syndicats d'obtenir la réaffirmation de tous les principes de la médecine libérale, et en particulier, la liberté d'installation des praticiens sur le territoire national¹⁰²³.

1.2 Le système conventionnel consacre les principes de la médecine libérale tout en obéissant aux principes régissant la sécurité sociale

Par conséquent, depuis la loi du 3 juillet 1971 les rapports entre l'assurance-maladie et les médecins libéraux reposent sur des conventions nationales conclues pour quatre ans. La Convention Médicale nationale, qui organise, à ce jour, les rapports entre les médecins libéraux et l'assurance-maladie, a été signée le 12 janvier 2005¹⁰²⁴ entre l'Union nationale des Caisses d'assurance-maladie (UNCAM) et trois syndicats médicaux, la CSMF, le SML et Alliance.

Mais c'est la loi du 3 juillet 1971¹⁰²⁵ sur le système conventionnel qui a consacré les principes de la médecine libérale tout en respectant les principes qui régissent l'assurance-maladie. Ceci fut réalisé avec les professionnels libéraux en respectant la définition et l'exécution du service public de la sécurité sociale.

Les principes de la médecine libérale sont depuis lors énoncés à l'article L. 162-2 du Code de la sécurité sociale qui dispose « Dans l'intérêt des assurés sociaux et de la santé publique, le respect de la liberté d'exercice et de l'indépendance professionnelle et morale des médecins est assuré conformément aux principes déontologiques fondamentaux que sont le libre choix du médecin par le malade, la liberté de prescription du médecin, le secret professionnel, le paiement direct des honoraires par le malade, la liberté d'installation du médecin, sauf dispositions contraires en vigueur à la date de la promulgation de la loi du 3 juillet 1971 ».

Dans sa décision du 22 janvier 1990¹⁰²⁶, le Conseil constitutionnel avait expressément réservé le point de savoir si les principes de la médecine libérale avaient ou non valeur constitutionnelle ; le Conseil d'État dans son arrêt du 18 février 1998¹⁰²⁷, a reconnu la valeur de principe général du droit aux deux principes de « libre choix du médecin par le malade » et de « la liberté de prescription du médecin ».

¹⁰²³ CLÉMENT, Jean-Marie, *Les grands principes du droit de la santé*, op. cit. p. 64.

¹⁰²⁴ Arrêté du 3 février 2005 portant approbation de la convention.

¹⁰²⁵ Op. cit.

¹⁰²⁶ Cons. Const, Décision 89-269 du 22 janvier 1990.

¹⁰²⁷ CE, 18 février 1998, Section locale du Pacifique sud de l'Ordre des médecins.

Quant aux principes qui régissent l'assurance-maladie, à savoir, que la sécurité sociale doit garantir un égal accès aux soins à l'ensemble des assurés et respecter le principe de son équilibre financier, en orientant les pratiques individuelles et médicales afin de réduire les dépenses, ils ont servi de base à l'élaboration des conventions médicales successives.

Bien que le conventionnement respecte à la fois les principes de la médecine libérale et les principes qui régissent la sécurité sociale, il constitue un obstacle au libre choix du patient.

2. Le conventionnement, obstacle au libre choix du patient

« La Loi du 10 juillet 1975¹⁰²⁸ précise que seul un syndicat de médecins pouvait être représentatif pour apposer sa signature au bas du texte de la Convention et ce, quelle que soit sa représentativité réelle. Bien que ceci aille à l'encontre de l'entente directe et du libre choix, les médecins adhéreront à une caisse et accepteront en quelque sorte « un patron ». La liberté du patient se chevauche, alors, avec la recherche de l'égalité d'accès aux soins et apparaît alors comme venant contrarier celle-ci »¹⁰²⁹. Ainsi l'entente directe qui permet la libre détermination des honoraires entre le médecin et le malade, est limitée par la politique de remboursement des caisses de sécurité sociale qui imposent le tiers payant et le ticket modérateur, et qui veulent contrôler le coût des honoraires par la signature de conventions avec les syndicats médicaux.

Face à la crise économique, avec pour corollaire moins de cotisants, une augmentation des dépenses de la sécurité sociale, et par ailleurs, une expansion de la demande de soins par des patients devenus des consommateurs de soins, une nouvelle possibilité de tarification est alors proposée. En 1980, est signée la convention créant une nouvelle option qui autorisera certains médecins le désirant à disposer d'un droit à dépassement permanent de leurs honoraires agréés par les caisses de sécurité sociale. Il s'agit du secteur deux.

¹⁰²⁸ Loi n° 75-603 du 10 juillet 1975 relative aux conventions entre les caisses d'assurance-maladie du régime général de la sécurité sociale, du régime agricole et du régime des travailleurs non salariés des professions non agricoles et les praticiens et auxiliaires médicaux.

¹⁰²⁹ CLÉMENT, Jean-Marie, *op. cit.*, p. 64.

En fait, trois secteurs de tarification coexistent, alors. Le secteur 1 inclut les médecins qui n'ont pas exprimé d'intention particulière et qui, de ce fait, s'engagent à respecter les tarifs annexés à la convention. En contrepartie ils bénéficient de la prise en charge par l'assurance-maladie d'une partie de leurs cotisations sociales au régime général d'assurance-maladie et vieillesse auxquels ils sont affiliés par dérogation au droit commun applicable aux professions indépendantes. L'assurance-maladie se comporte ainsi comme si elle était l'employeur de ces médecins libéraux. Les patients quant à eux sont remboursés en totalité de leurs dépenses s'ils s'adressent à un médecin adhérent à ce secteur.

Le secteur 3, correspond à un non-conventionnement des médecins, ce qui entraîne un non-remboursement de la visite médicale et le médecin n'a pas à faire de feuille de maladie. Cela concerne 2 à 3 % des médecins pouvant réellement pratiquer l'entente directe et fixer librement le montant de leurs honoraires.

Enfin, le secteur 2 est un secteur nouveau, créé en 1980. Il comprend les médecins qui demeurent dans le système conventionnel sans être liés par ses obligations tarifaires : ainsi, alors que leurs patients ne sont remboursés que sur la base des tarifs conventionnels, ces praticiens peuvent leur demander d'acquitter des honoraires supérieurs. Les médecins sont donc soumis aux honoraires prévus par la Sécurité sociale, mais avec un dépassement permanent autorisé.

Cette possibilité d'une multiple tarification offerte aux médecins, constitue les prémices d'une politique à deux vitesses de la médecine libérale. Aussi inégalitaire qu'elle puisse apparaître, elle sera, paradoxalement acceptée par les patients, puisque le dépassement d'honoraires pratiqué par un médecin sera, pour le patient un gage d'une médecine de qualité, et ceci d'autant plus que les caisses d'assurances maladies n'accordent le droit de s'installer en secteur II qu'aux spécialistes justifiant de titres universitaires ou hospitaliers prestigieux¹⁰³⁰ ainsi que d'une disponibilité accrue.

Le principe de libre choix remis en cause, en médecine libérale, par la possibilité offerte au praticien de choisir ou pas d'appliquer des dépassements d'honoraires illustre l'effondrement du principe de solidarité.

¹⁰³⁰ Anciens internes ou chefs de cliniques de CHU.

B – La liberté de choix du patient limitée par la liberté du médecin de choisir le montant de ses honoraires

La pratique des dépassements d'honoraires, en médecine libérale, est de nature à remettre en cause certains des principes sur lesquels repose le système de soins, et notamment la liberté de choix du patient.

En effet, la possibilité offerte au praticien de choisir ou pas des dépassements d'honoraires va rapidement apparaître néfaste pour le patient. Cette politique de liberté tarifaire pour le médecin, en entraînant un déséquilibre de l'offre de soins (1) et en développant une discrimination entre patients dans leur capacité à être pris en charge par un organisme complémentaire (2), le contraignent dans le choix de son médecin et de l'établissement de santé (3), remettant en cause le principe du libre choix pour le patient.

1. Un déséquilibre de l'offre de soins engendré par les dépassements d'honoraires

La politique des dépassements d'honoraires a pu contribuer à maintenir une répartition inégale des spécialistes sur le territoire. De ce fait le patient souhaitant se faire hospitaliser, verra son choix limité, d'une part, par l'offre médicale qui lui est proposée, et d'autre part, par l'absence de contrôle des organismes de tutelle sur la rémunération des médecins, qui ne peut que profiter aux dépassements d'honoraires.

1.1 Par le respect du principe de la liberté d'installation du médecin

L'article L. 162-2 du Code de la sécurité sociale dispose : « Dans l'intérêt des assurés sociaux et de la santé publique, le respect de la liberté d'exercice et de l'indépendance professionnelle et morale des médecins est assuré conformément aux principes déontologiques fondamentaux que sont le libre choix du médecin par le malade, la liberté de prescription du médecin, le secret professionnel, le paiement direct des honoraires par le malade, la liberté d'installation du médecin sauf dispositions contraires en vigueur à la date de promulgation de la loi n° 71-525 du 3 juillet 1971 »¹⁰³¹.

¹⁰³¹ *Op. cit.*

La liberté d'installation des médecins constitue un principe majeur de la médecine libérale. Or les conventions médicales, tout en consacrant les principes de la médecine libérale, dont la liberté d'installation, qui ne comprenaient que des dispositions incitatives, n'ont pas permis une bonne allocation territoriale de l'offre de soins libérale. En effet, le paiement à l'acte, en médecine libérale, entre autres caractéristiques, est une incitation à l'installation des médecins là où les besoins de soins sont les plus importants. Or, l'existence d'un droit à dépassement a permis, essentiellement à des spécialistes, une installation dans des zones déjà très médicalisées et riches. Le pouvoir d'achat élevé des patients assure au médecin la possibilité de pratiquer des dépassements d'honoraires. Même s'ils réalisent moins d'actes, la possibilité de pratiquer des dépassements leur permet d'adapter leur revenu dans la zone géographique de leur choix. Le choix du patient se trouve alors restreint par la fin de l'égalité géographique d'accès aux soins. On assiste alors à un déséquilibre géographique. Déséquilibre géographique contre lequel l'ARH ne peut rien, dans le cadre de l'exercice libéral.

1.2 Par l'impossibilité pour les organismes de tutelle d'imposer une modération des dépassements d'honoraires dans les contrats d'exercice

Les ARH ont été incitées lors de l'élaboration de l'annexe opposable du SROS 3 à « tenir compte, dans un principe d'équité, de l'accessibilité financière des soins à l'échelle du territoire de santé, notamment dans le cadre des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens »¹⁰³². Cependant, la première partie de cette recommandation, isolée parmi d'autres, n'a pas été privilégiée par les ARH qui ont concentré leurs efforts sur l'élaboration des objectifs quantifiés de l'offre de soins, objet principal de la circulaire. En revanche, l'introduction d'une modération des dépassements d'honoraires est parfois envisagée à l'occasion de la contractualisation avec les établissements de santé notamment privés.

Mais, la spécificité de l'exercice en médecine libérale réapparaît alors. Les ARH butent sur l'impossibilité pour les établissements de santé privés lucratifs de retranscrire ces éléments dans les contrats individuels avec les praticiens. En effet, le dispositif réglementaire n'inclut pas les professionnels libéraux lors de la signature des contrats et les

¹⁰³² Circulaire n° DHOS/0/2005/254 du 27 mai 2005 relative à l'élaboration des objectifs quantifiés de l'offre de soins.

ARH ne peuvent pas imposer aux cliniques d'inscrire ces engagements dans les contrats individuels des praticiens.

« [...] Les modalités de négociation des contrats individuels et notamment de la redevance des praticiens aux cliniques privées sont globalement mal connues des ARH, y compris de ses membres "assurance-maladie" »¹⁰³³. Seuls les conseils de l'Ordre des médecins départementaux, *via* leur comité des contrats sont les seuls acteurs locaux à qui sont transmis pour avis, les contrats entre praticiens et cliniques.

Ainsi, la politique des dépassements d'honoraires, favorise le déséquilibre de la démographie médicale. La conséquence pour le patient est d'avoir un choix plus ou moins limité de médecins selon la région de résidence, et par là même un choix limité de son lieu d'hospitalisation, puisqu'ils concentrent les médecins libéraux y exerçant, y compris les spécialistes. Dans ces conditions, l'exercice du libre choix peut s'avérer difficile à exercer.

2. Le droit au libre choix du patient difficile à respecter du fait des dépassements d'honoraires

Le principe de libre choix est économiquement difficile à respecter pour le patient, lorsqu'il veut se faire traiter par un médecin libéral et par conséquent hospitaliser en établissement de soins privé. Pour rappel, on part du postulat que le patient doit se faire hospitaliser. Le spécialiste consulté exerce en établissement de soins privé, et pratique des dépassements d'honoraires.

À l'origine de cette difficulté, d'une part, l'inégalité territoriale de l'offre de soins engendrée à la fois par la liberté d'installation des médecins et le droit aux dépassements d'honoraires, et d'autre part, l'inégalité de la couverture complémentaire, dans le cadre des dépassements d'honoraires.

¹⁰³³ CORMIER, Maxence, « Le phénomène contractuel en droit de la santé », *RGDM*, n° spécial « Le contrat en droit de la santé », 2007, p. 9-32.

2.1 Un non-respect du libre choix du patient qu'engendre l'inégalité territoriale de l'offre de soins

Les conventions médicales qui ne comprenaient que des dispositions incitatives, n'ont pas permis une bonne allocation territoriale de l'offre de soins libérale. Comme l'a constaté la Cour des comptes, dans son rapport¹⁰³⁴, les inégalités territoriales s'aggravent. Si le secteur 2 ne représente globalement que le quart des médecins, il est majoritaire pour certaines spécialités et dans certains départements, notamment à Paris, de sorte que les patients modestes peuvent être conduits à renoncer aux soins offerts par l'établissement de soins privé, faute de trouver un médecin en secteur 1 et de pouvoir assurer, financièrement, le dépassement d'honoraires demandé par les praticiens en secteur 2. Ne pouvant choisir le secteur privé, aussi bien dans le choix du médecin que de l'établissement de santé, il ne reste plus au patient que la possibilité de se tourner vers le secteur hospitalier ou mutualiste. Le déséquilibre géographique, entraîne alors un déséquilibre dans l'accès économique aux soins, et ce par la possibilité pour le médecin libéral de pratiquer des dépassements d'honoraires, et l'impossibilité pour le patient de les honorer. Or, le patient peut souhaiter consulter un spécialiste, et tous les spécialistes de la région considérée peuvent pratiquer des dépassements d'honoraires. Auquel cas, le patient ne pourra pas bénéficier de soins en établissement de soins privé, car il ne pourra pas faire l'avance de frais que constituent les dépassements d'honoraires. Soit il renoncera aux soins, soit il n'aura plus de possibilité d'exercer son droit au libre choix et devra se faire hospitaliser en établissement public de santé.

Enfin, la prise en charge des dépassements d'honoraires par les organismes complémentaires apparaît inégale, constituant par là même un nouvel obstacle à l'exercice du libre choix du patient.

¹⁰³⁴ Rapport Cour des comptes sur la sécurité sociale de septembre 2000, p. 342.

2.2 Un non-respect du libre choix du patient qu'engendre l'insuffisance de la couverture complémentaire

Un rapport de l'IGAS publié le 23 avril 2007¹⁰³⁵ a constaté que les dépassements d'honoraires ont augmenté « de plus de 40 % en dix ans en valeur réelle », sont devenus « une pratique majoritaire chez les spécialistes » et ont représenté 2 milliards d'euros sur un total de 19 milliards d'honoraires. L'IGAS concluait que « cette pratique est devenue un obstacle à l'accès aux soins » dans la mesure où les assureurs complémentaires couvrent mal les dépassements. En effet, une étude, de l'Union nationale des organismes d'assurance-maladie complémentaire (Unocam), publiée en 2008, montre que 40 % des personnes disposant d'une couverture complémentaire ne sont pas du tout remboursées des dépassements et que seulement 20 % bénéficient d'une prise en charge entre 100 % et 120 %, puisque les dépassements d'honoraires sont inégalement pris en charge par les complémentaires.

« Globalement, pour l'ensemble de la population, les dépassements d'honoraires sont estimés pris en charge par les contrats d'assurance-maladie complémentaire à hauteur d'environ un tiers. Mais contrat par contrat, les niveaux de garantie sont très dispersés ; ils vont d'une absence totale de prise en charge à une prise en charge complète quel que soit le montant du dépassement dans les contrats "frais réels" »¹⁰³⁶. À ce constat s'ajoute que l'essentiel des dépassements d'honoraires est facturé dans les établissements privés alors que, dans le même temps, la couverture complémentaire n'est pas généralisée.

a) L'essentiel des dépassements d'honoraires est facturé dans les établissements privés

« En 2005, les dépassements d'honoraires facturés à l'occasion de soins en établissement de santé représentaient environ 527 millions d'euros. L'essentiel de ces dépassements a été facturé dans des établissements privés par des praticiens du secteur à honoraires libres. En effet, le montant total d'honoraires facturés en établissement de santé privé en 2005 est estimé à 3 milliards d'euros, dont 470 millions d'euros de dépassements.

¹⁰³⁵ ABALLEA, Pierre, BARTOLI, Fabienne, ESLOUS, Laurence, Yeni, Isabelle, Membres de l'inspection générale des affaires sociales, *Les dépassements d'honoraires médicaux*, Rapport IGAS n° RM 2007-054P, avril 2007.

¹⁰³⁶ *Supra*, p. 8.

Toutes disciplines médicales et secteurs confondus, le taux de dépassement des praticiens libéraux intervenant dans les établissements de santé privés est de 19 %. En secteur 1, il est de 2 % pour l'ensemble des disciplines ; en secteur 2, il est de 42 % »¹⁰³⁷.

Pour toutes les familles d'organismes complémentaires, la prise en charge des dépassements d'honoraires contribue au chiffre d'affaires. Mais selon la famille d'organismes et la nature des contrats, collective ou individuelle, les mécanismes à l'œuvre conduisant à cette prise en charge ont pu être différents.

Sur le marché concurrentiel de l'assurance-maladie complémentaire, le niveau de prise en charge des dépassements d'honoraires est un moyen de se différencier des concurrents, pour tous les organismes complémentaires. Mais l'inégale prise en charge des dépassements d'honoraires constitue un obstacle au libre choix du patient et entraîne le non-respect du principe de non-discrimination.

b) Une couverture complémentaire pas totalement généralisée

Chacun doit pouvoir être soigné quels que soient ses revenus. À cet égard, la France a fait le choix d'une large socialisation du risque « maladie »¹⁰³⁸, c'est-à-dire de sa prise en charge par la collectivité. Cependant face à la hausse difficilement soutenable des dépenses de santé, la participation financière des assurés est de plus en plus sollicitée sans que les conséquences en soient toujours maîtrisées. Le rôle majeur des complémentaires est de prendre en charge la partie non remboursée par l'assurance-maladie. Ainsi les complémentaires prennent en charge tout ou partie du ticket modérateur, du forfait journalier et des dépassements pour les biens et services inscrits dans les nomenclatures des régimes de base. Elles interviennent également sur les prestations non remboursables par les régimes de base. Mais bien que le reste à charge soit la plupart du temps modéré, les ménages ont très largement recours à une couverture complémentaire qui est vécue comme une nécessité.

Cependant, dans l'acquisition d'une complémentaire il est nécessaire de distinguer les contrats collectifs des contrats individuels. Ainsi, 70 % des salariés sont couverts par une

¹⁰³⁷ Donnée tous régimes estimée. Source : CNAMTS/ERASME V1. Liquidation régime général y compris SLM 2005 : dépassements d'honoraires pour leur pratique en établissement de santé des médecins libéraux conventionnés et des hospitaliers publics ayant une activité libérale.

¹⁰³⁸ PELLET, Rémi, SKZRYERBAK, Arnaud, *op. cit.*, p. 462.

complémentaire souscrite dans le cadre de leur entreprise. Cette complémentaire peut même être rendue obligatoire¹⁰³⁹.

Les contrats individuels, quant à eux sont plus coûteux pour les ménages notamment faute d'apport d'un employeur. Or chômeurs, retraités et salariés précaires n'ont en général accès qu'à des couvertures individuelles, plus coûteuses¹⁰⁴⁰, en général et moins protectrices que les contrats collectifs.

À partir de l'enquête Santé et protection sociale¹⁰⁴¹ et d'une enquête nationale menée fin 2003 sur la protection sociale complémentaire d'entreprise hors administrations et secteur agricole, il a pu être montré que le niveau de couverture s'élève avec la catégorie sociale puisque 24 % des cadres et professions intellectuelles n'ont pas de couverture complémentaire ou un contrat dit « faible » mais ce taux est de 59 % parmi les ouvriers non qualifiés¹⁰⁴².

Par conséquent, si un patient, souhaite se faire hospitaliser en établissement de soins privés, il a toutes les chances de devoir payer des dépassements d'honoraires. Soit, comme on l'a abordé précédemment, ne peut-il pas faire l'avance de frais, soit peut-il payer des dépassements d'honoraires mais sa complémentaire les prendra très peu en charge, voire pas du tout, car le niveau des garanties qu'elle propose reste très inégal.

c) Le niveau des garanties des complémentaires est très inégal

La prise en charge des dépassements d'honoraires est proposée dans 60 % des contrats collectifs et dans seulement 24 % des contrats individuels. Le niveau moyen de prise en charge de la consultation spécialiste s'échelonne en contrat collectif de 141 % du tarif conventionnel.

¹⁰³⁹ PELLET, Rémi, SKZRYERBAK, Arnaud, *Leçons de droit social et de droit de la santé*, Leçon n° 14 : « Les conventions médicales », Paris, Dalloz-Sirey, 2008, p. 461.

¹⁰⁴⁰ ABALLEA, Pierre, BARTOLI, Fabienne, ESLOUS, Laurence, YENI, Isabelle, Membres de l'inspection générale des affaires sociales, *Les dépassements d'honoraires médicaux*, Rapport IGAS n° RM 2007- 054P, avril 2007, p. 8.

¹⁰⁴¹ IRDES, « Enquête Santé et protection sociale 2004 : premiers résultats », *Questions d'économie de la santé* n° 110, juillet 2006.

¹⁰⁴² Cf. CREDES, « la complémentaire maladie en France : qui bénéficie de quels remboursements ? », *Questions d'économie de la santé* n° 32, octobre 2000. La notion de contrat faible porte sur l'optique et le dentaire. Mais les contrats dits « faibles » sont également ceux qui prennent le moins en charge les dépassements d'honoraires.

Par conséquent, les contrats collectifs étant plus généraux que les contrats individuels, les plus pauvres ont les complémentaires les moins généreuses. On assiste alors à un non-respect du principe de non-discrimination.

3. Le non-respect du principe de non-discrimination, par un double choix économiquement contraint

Le cumul de ces contraintes que fait peser l'économie sur le consommateur de soins a par conséquent deux effets négatifs, puisqu'il a pour conséquence de contraindre le patient, à la fois dans le choix de son médecin et dans le choix de son établissement de santé.

3.1 Le non-respect, pour le patient, du choix de son médecin

Les dépassements d'honoraires, pratiqués en majorité dans le secteur privé, sont un obstacle à l'accès aux soins. En effet, du fait de ses revenus le patient ne peut pas forcément consulter le médecin qu'il souhaite, les dépassements d'honoraires peuvent apparaître trop élevés pour son budget et ses revenus étant trop modestes il ne peut généralement se permettre une complémentaire qui lui assurerait un certain complément, car « les couvertures les plus généreuses sont surtout accessibles aux cadres des grandes entreprises, par l'intermédiaire de contrats collectifs, généralement à adhésion obligatoire ; un cadre sur trois peut accéder, ainsi, *via* son entreprise à un contrat offrant des garanties élevées contre seulement un non-cadre sur cinq »¹⁰⁴³.

Du fait de leur banalisation dans certaines régions et spécialités, les dépassements peuvent constituer un obstacle financier à l'accès aux soins : c'est le cas chaque fois que l'offre à tarif conventionné de secteur I est limitée et que les dépassements peuvent être facturés aux personnes à revenus modestes. Or on constate que dans les spécialités et les

¹⁰⁴³ Selon l'IRDES, « la complémentaire maladie d'entreprise », *Questions d'économie de la santé* n° 83, juin 2004 ; « la complémentaire maladie d'entreprise : niveaux de garanties des contrats selon les catégories de salariés et le secteur d'activité », *Questions d'économie de la santé* n° 112, septembre 2006, « Complémentaire maladie d'entreprise : contrats obligatoires ou facultatifs, lutte contre l'antisélection et conséquences pour les salariés », *Questions d'économie de la santé* n° 115, novembre 2006.

zones où les dépassements se sont banalisés, les bénéficiaires de la CMU complémentaire eux-mêmes peuvent être soumis à ce type de demande (pourtant totalement illégale).

Selon l'enquête¹⁰⁴⁴, en Alsace, les plus pauvres n'auraient plus le choix et ne pourraient avoir accès qu'à l'offre hospitalière publique. Ainsi, toujours dans cette même enquête, certains praticiens rencontrés ont déclaré que si l'offre privée à tarif conventionné de secteur I n'était plus suffisante, il était toujours possible de s'adresser à l'hôpital public.

3.2 Le non-respect, pour le patient, du choix de son établissement de santé

Les dépassements d'honoraires sur l'établissement privé ont un impact sur l'établissement privé en ce qui concerne les conditions d'hébergement, et la possibilité pour le patient de posséder une complémentaire qui lui remboursera la prestation hôtelière que constitue la chambre particulière. Les suppléments pour chambre particulière entament la capacité à payer des dépassements d'honoraires des patients.

En effet, les conditions d'hébergement en établissement de santé privés sont un des facteurs qui font que le patient choisit d'être hospitalisé ou de ne pas être hospitalisé en établissement de santé privé. Ce dernier dispose de plus de chambres particulières que le secteur public, d'une infrastructure plus récente et donc plus agréable. Il offre de multiples prestations aux patients afin de rendre leur séjour le plus confortable possible. Mais là aussi si le choix existe il peut ne pas être rendu possible, puisque tous les dépassements, tous les services proposés afin d'améliorer le séjour hospitalier ne sont pas remboursés de la même façon par les assurances complémentaires, et ce, à condition que le patient puisse s'offrir les services d'une assurance complémentaire pour assurer la partie « confort » de son séjour hospitalier.

Enfin les dépassements d'honoraires de certains médecins libéraux peuvent être à l'origine de la « fuite » des patients vers le secteur public, qui pourra disposer d'une capacité d'accueil au moins identique voire supérieure, ou si l'offre de prise en charge est plus attractive, pour un coût moindre pour les patients. Lors de cette même enquête, certains représentants d'établissements de santé privés ont cité les dépassements d'honoraires excessifs comme étant une des causes de la fermeture de maternités en concurrence avec

¹⁰⁴⁴ Selon l'IRDES, « Enquête Santé et protection sociale 2004 : premiers résultats », *Questions d'économie de la santé* n° 110, juillet 2006, « l'absence de couverture par une complémentaire maladie est le principal facteur lié au renoncement », propos rapporté in Rapport IGAS, avril 2007, « les dépassements d'honoraires médicaux ».

des établissements publics. Lorsque les dépassements deviennent trop élevés, les parturientes préfèrent accoucher à l'hôpital public. La « fuite des patients » fait baisser le nombre d'accouchements et sous un certain seuil il n'est plus possible, pour l'établissement, de proposer de nouveaux services, de recruter de nouveaux praticiens. Il n'est alors plus possible de garantir ni la qualité et la sécurité de ces soins, ni la qualité de travail, voire la sécurité des patients, notamment en termes de permanence des soins pour les professionnels de ces établissements, qui sont devenus moins nombreux au sein de l'établissement pour représenter la pathologie.

Face à ces dérives et afin de protéger le patient, la loi HPST a introduit des sanctions.

4. La loi HPST, pour une plus grande protection du patient en matière de dépassements d'honoraires

L'article R. 4127-53 du Code de la santé publique, précise que le médecin doit fixer ses honoraires conformément aux principes déontologiques qui prévoient qu'il le fasse avec tact et mesure. La loi HPST prévoit désormais que les médecins qui exposent les assurés à des dépassements d'honoraires excédant le tact et la mesure, pratiquent une discrimination dans l'accès à la prévention ou aux soins, définie à l'article L. 1110-3 du Code de la santé publique susceptible de donner lieu à une sanction financière prononcée par le directeur de l'organisme d'assurance-maladie¹⁰⁴⁵. L'article R. 4127-67 du Code de la santé publique précise que si le médecin est libre de donner gratuitement des soins aux malades impécunieux, il ne saurait néanmoins diminuer le montant de ses honoraires dans un but de concurrence, au-dessous des barèmes ou de toutes pratiques similaires¹⁰⁴⁶. Par ailleurs, le professionnel de santé est tenu aujourd'hui de donner une information à son patient sur le montant de ses honoraires et sur la prise en charge de ceux-ci par l'assurance-maladie¹⁰⁴⁷. La violation de cette obligation peut donner lieu à sanction. Par conséquent, les fautes

¹⁰⁴⁵ Art. L. 162-1-14-1 du Code de la sécurité sociale.

¹⁰⁴⁶ Art. R. 4127-67 du Code de la santé publique.

¹⁰⁴⁷ Art. L. 1111-3 du Code de la santé publique.

commises par un médecin libéral en matière de rémunération peuvent donner lieu à des sanctions pénales¹⁰⁴⁸, des sanctions civiles¹⁰⁴⁹, disciplinaires¹⁰⁵⁰ et financières¹⁰⁵¹.

Le cumul du non-respect de divers principes, qu'engendre la politique des dépassements d'honoraires, conduit au non-respect du principe de libre choix en médecine libérale. Dès le stade de la consultation, le patient, se trouve confronté à un choix qui souvent n'a de choix que le nom. Les dépassements d'honoraires, sont fortement discriminants. Souvent le patient ne peut pas faire l'avance de frais, d'ailleurs il ne peut souscrire une assurance prenant en charge une partie du dépassement. L'inégalité d'accès à une couverture complémentaire suffisante, reflet d'un recul de la solidarité, n'est pas compensée par l'action sociale des caisses. Qui plus est, du fait de leur montant croissant, ils génèrent des inégalités d'accès aux soins, voire des renoncements, y compris chez les bénéficiaires de la CMU complémentaire, qui, malgré les dispositions législatives, peuvent être sollicités ou confrontés à un refus de soins.

Par ces effets cumulés, la politique des dépassements d'honoraires, entraîne une remise en cause du libre choix, par le patient, du médecin en secteur privé. Il constitue, de fait, une rupture du principe de libre accès aux soins pour tous.

Le patient exerce alors son droit de choisir librement son médecin ou son établissement de santé, non pas en fonction de son souhait, mais en fonction de son pouvoir d'achat.

Juridiquement, rien n'interdit le libre choix, qui est toujours respecté puisque proposé, mais le patient ne peut l'exercer car contraint économiquement.

Cette problématique du libre choix se pose également avec le « parcours de soins ». En effet, le parcours de soins, impératif de l'accès « remboursé » à la médecine libérale, constitue la deuxième contrainte à laquelle se trouve confronté le patient dans son exercice de libre choix.

¹⁰⁴⁸ Sur le terrain de l'escroquerie, ou d'infractions spécifiques prévues notamment par le Code de la sécurité sociale à l'article L. 377-1 et suivants du Code de la sécurité sociale.

¹⁰⁴⁹ Sur le terrain de la violation de l'obligation d'information, ou action en révision du prix, cf. la jurisprudence citée par M. Harichaux, « Les honoraires du médecin », *Traité de droit médical*, fasc. n° 82-1, 2002, spé. n° 40.

¹⁰⁵⁰ À ce titre, on soulignera que les sanctions financières à l'encontre des médecins qui ne respectent pas les objectifs de dépenses de santé prévus par l'ordonnance de 1996 (ordonnance n° 96-345 du 24 avril 1996) ont été annulées par le Conseil d'État (CE 31 juillet 1998, *RDSS* 1998, p. 755, obs. L. Dubouis) et que cette procédure de reversement a également été déclarée illégale par le Conseil constitutionnel.

¹⁰⁵¹ Art. L. 162-1-14-1 du Code de la sécurité sociale.

Paragraphe 2. La remise en cause du principe de libre choix par l'instauration du parcours de soins

En France, le patient dispose d'un libre accès aux soins, sans limitation. Mais cette liberté entraîne un surcoût pour l'assurance-maladie, du fait de l'accès direct aux spécialistes, d'une part, et du fait de la répétition d'actes et de prescriptions générés par les « patients nomades »¹⁰⁵², d'autre part. Aussi les pouvoirs publics tentent-ils de limiter ce nomadisme, puisqu'il est habituellement considéré comme source de surcoût pour l'assurance-maladie, sans bénéfice pour la santé publique. C'est dans ce sens que l'article 1^{er} de la loi du 13 août 2004¹⁰⁵³ n'hésite pas à proclamer que « chacun contribue, pour sa part, au bon usage des ressources consacrées par la nation à l'assurance-maladie »¹⁰⁵⁴, et a instauré le parcours de soins. « Cette réforme visant à faire du médecin traitant le pivot central du parcours de soins coordonnés pour éviter un recours désordonné aux médecins spécialistes, ou des consultations de plusieurs médecins pour une même pathologie [...] n'a fait que transcrire dans le marbre de la loi la fidélité des patients pour leur médecin de famille, fidélité qui existait bien avant la réforme »^{1055, 1056}.

Afin de lutter contre le nomadisme médical, la loi du 13 août 2004 a institué le parcours de soins (A), constitutionnellement approuvé et dont l'application intéresse en majeure partie le secteur libéral. Cependant, concilier libre choix aussi bien du médecin que de l'établissement de santé, tout en respectant le parcours de soins s'avère difficile dans les faits (B). Enfin, la différence de participation financière du patient selon son établissement d'hospitalisation, peut contraindre le libre choix du patient (C).

¹⁰⁵² La définition des « présumés nomades » retenue est la suivante : « Est présumé nomade tout patient dont l'indice de présumé nomadisme est égal ou supérieur à trois, sur une période de six mois. Cet indice est la différence entre le nombre de médecins différents consultés et le nombre de spécialités différentes de ces médecins » (brochure sur le nomadisme médical, 2003, CNAM, p. 69).

¹⁰⁵³ Loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance-maladie, *JORF* n° 190 du 17 août 2004, p. 14598.

¹⁰⁵⁴ Article L. 111-2-1 du Code de la sécurité sociale.

¹⁰⁵⁵ Selon l'enquête Santé et protection sociale 2006, 93 % des personnes interrogées ont déclaré avoir déjà un médecin habituel ou de famille, et ce médecin a été choisi presque systématiquement (92 %), *Questions d'économie de la santé*, n° 124, juillet 2007.

¹⁰⁵⁶ REBECCQ, Geneviève, « Le parcours de soins institué par la loi du 13 août 2004, cinq ans après », *RDSS*, n° 4 juillet-août 2009, p. 610-611.

A – Au nom de la lutte contre le nomadisme médical, l’instauration du parcours de soins

Le médecin généraliste est le premier acteur (en dehors de l’urgence) de la sphère médicale qu’un patient est amené à consulter lorsque se déclarent les symptômes d’une maladie. En règle générale, le choix du médecin s’explique par l’histoire du patient. La force de l’habitude, la confiance installée, l’expérience ou la familiarité (le « médecin de famille ») déterminent la décision du patient parmi un ensemble plus ou moins limité de médecins.

On ne choisit pas un médecin comme on choisit un bien de consommation courante. On est plus souvent infidèle à son commerçant (ou supermarché) qu’à son médecin. Cette stabilité à laquelle aspire le patient est troublée par un phénomène de société, le nomadisme médical. Le nomadisme médical, défini comme la pluriconsultation et/ou l’infidélité à « son » médecin, est un phénomène récurrent contre lequel ont tenté de remédier les divers gouvernements qui se sont succédé, dès 1996 (1) et plus récemment avec la loi du 13 août 2004¹⁰⁵⁷, faisant du parcours de soins un acte condition (2), dont le principal objectif est de favoriser la coordination des soins dans un but de maîtrise des dépenses de santé. Mais, tenter de remédier au nomadisme médical ne porte-t-il pas une atteinte au droit du libre choix du patient ?

1. Du médecin référent au parcours de soins

Le parcours de soins n’est pas la première réforme mise en œuvre par les pouvoirs publics afin de lutter contre l’augmentation des dépenses de santé que génère le nomadisme médical.

¹⁰⁵⁷ *Op. cit.*

1.1 Le médecin référent, une première faille au principe de libre choix instauré par l'ordonnance du 24 avril 1996¹⁰⁵⁸

Déjà, l'ordonnance du 24 avril 1996 avait institué le carnet de santé ; la convention médicale précédente donnait, à l'assuré social, la possibilité de choisir un médecin généraliste « référent ».

Le moyen utilisé lors de cette réforme de l'Assurance-Maladie était de diminuer la part des remboursements à l'assuré social lorsque celui-ci consultait un médecin spécialiste sans prescription de son médecin traitant, ou en cas de refus soit de la constitution, soit de la consultation du dossier médical personnel. D'autre part, les patients reconnus atteints d'une affection de longue durée s'exposaient à une sanction de même nature s'ils ne respectaient pas le protocole de soins.

À cette majoration de la participation de l'assuré, en cas de refus du système, la loi ajoutait une autorisation de dépassement du tarif d'honoraires ; les médecins consultés par l'assuré sans prescription préalable de son médecin traitant pouvaient pratiquer un dépassement d'honoraires selon les modalités déterminées par la convention médicale¹⁰⁵⁹. Sujet qui fut évoqué précédemment.

Cependant, ni la variation du montant de la prise en charge des actes et des consultations par l'assurance-maladie, ni les dépassements d'honoraires n'étaient des mesures nouvelles. Leur nouveauté tient à leur raison. En effet, jusqu'alors le montant de la prise en charge était susceptible de varier en raison de la situation du médecin ou de l'établissement de santé. Les dépassements d'honoraires étaient également justifiés par la situation du médecin ou bien tenaient aux exigences particulières du patient.

Mais l'institution du médecin référent va être balayée, par la loi du 13 août 2004, instaurant le parcours de soins, sonnait par là même le glas pour l'option conventionnelle prévue dans la convention nationale des médecins généralistes du 4 décembre 1998 concernant le médecin référent¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵⁸ *Op. cit.*

¹⁰⁵⁹ Article L. 162-5 du Code de la sécurité sociale.

¹⁰⁶⁰ La convention nationale des médecins, signée le 13 janvier 2005, précise que, pour l'option médecin référent, les contrats d'adhésion des assurés ne pourront plus faire l'objet que d'un renouvellement à compter de la date d'entrée en vigueur de la convention, dans l'objectif d'une convergence des deux dispositifs d'ici l'année 2006. L'accord conventionnel sur cette convergence n'est intervenu que le 7 février 2007 au sein de l'avenant n° 18 à la convention nationale des médecins. En fait, faute de renouvellement possible, le dispositif

1.2 Le parcours de soins, deuxième faille au principe de libre choix, imposé par la loi du 13 août 2004

Avec la loi du 13 août 2004¹⁰⁶¹ s'ajoute le choix de l'assuré de rester en dehors du dispositif de coordination. Il respecte en cela l'article L. 1110-8 du Code de la santé publique qui énonce le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement. Mais la loi du 13 août 2004 repose sur un paradoxe. En effet, tout en imposant la désignation d'un médecin traitant pour tout assuré ou ayant droit âgé de 16 ans et plus¹⁰⁶², et bien qu'elle tende à respecter le droit du patient au libre choix, puisque ce dernier peut choisir de rester en dehors du dispositif, en revanche, elle entraîne une augmentation du prix réel de la consultation, si le patient reçoit des soins en dehors du parcours de soins. La majoration de la participation de l'assuré sera fixée par l'union des caisses d'assurance-maladie (UNCAN) dans les limites définies par décret, alors que le dépassement d'honoraires l'est, au contraire, par la convention médicale¹⁰⁶³.

Aborder le parcours de soins dans ce travail apparaissait essentiel, par le seul fait que le médecin traitant est très souvent responsable de la nécessité d'hospitalisation du patient, et de façon indirecte du choix de l'établissement de santé.

2. Le parcours de soins, un acte condition de par l'existence d'une obligation de choisir un médecin traitant

Le libre choix est le premier cité dans l'ordre des principes de la médecine libérale. Si le principe du libre choix constitue un principe général du droit, le parcours de soins constitue quant à lui un acte condition, puisqu'il conditionne l'application d'un dispositif légal, bien que la loi du 4 mars 2002¹⁰⁶⁴ relative aux droits des malades et à la qualité du

du médecin référent s'est éteint de lui-même, avec une convergence réalisée deux ans plus tard pour ce qui concerne le tiers payant.

¹⁰⁶¹ *Op. cit.*

¹⁰⁶² La loi du 13 août 2004, en plus d'imposer la désignation d'un médecin traitant, impose, la constitution d'un dossier médical personnel pour chaque bénéficiaire de l'assurance-maladie, et l'établissement d'un protocole de soins pour les patients reconnus atteints d'une affection de longue durée.

¹⁰⁶³ Article L. 162-5, 18^e Code de la sécurité sociale.

¹⁰⁶⁴ *Op. cit.*

système de santé n'évoque pas expressément le principe du libre choix¹⁰⁶⁵. Elle impose un médecin traitant à l'assuré.

Ainsi, le parcours de soins impose au patient de choisir un médecin traitant et d'en informer la caisse d'assurance-maladie à des fins de remboursements. Cependant, le patient reste libre de son choix, puisqu'il peut choisir n'importe quel médecin comme médecin traitant. En revanche, le patient n'est plus libre de ne pas avoir de médecin traitant, sous peine de sanction d'ordre pécuniaire, d'une portée limitée cependant, puisqu'il s'agit pour l'assuré d'un remboursement moindre et du risque de s'exposer à consulter un médecin qui appliquera des honoraires majorés.

Aussi, le choix d'un médecin traitant n'est qu'une sorte « d'acte condition », c'est-à-dire un acte conditionnant l'application d'un dispositif légal.

Deux questions se posent alors : comment concilier, à la fois, le principe de libre choix du médecin et le libre choix de l'établissement de santé tout en respectant le parcours de soins en médecine libérale puisque le parcours de soins devient alors un « acte condition » qui s'impose au patient et en cela, ne peut-il pas porter atteinte au libre choix du médecin par le patient.

B – La difficile conciliation entre le principe de libre choix du médecin, de l'établissement de soins privé et le respect du parcours de soins en médecine libérale

Le parcours de soins étant un acte-condition, il impose au patient une conduite à tenir. Pour autant porte-t-il atteinte au libre choix de ce dernier (1) et plus particulièrement au libre choix du patient désirant se faire hospitaliser en établissement de santé privé (2).

¹⁰⁶⁵ Ce principe, après avoir constitué le premier article est devenu le huitième.

1. Le parcours de soins, porte-t-il atteinte au principe de libre choix de l'assuré, en général ?

Le parcours de soins peut-il constituer une atteinte au libre choix du médecin par le patient au regard de la règle de droit, du Conseil constitutionnel, et selon la Convention médicale.

1.1 L'assuré conserve un choix libre selon la règle de droit

La loi du 13 août 2004, a institué des conditions de remboursement et des tarifs d'honoraires différents, selon la nature de la décision prise par l'assuré de consulter son médecin traitant ou un autre médecin en dehors du parcours de soins. Or, au plan juridique, le libre choix de la personne se reconnaît, à la neutralité de la règle de droit : il y a libre choix si la règle de droit est la même, quel que soit le choix de la personne.

En fait, l'atteinte au libre choix résulte de conséquences juridiques différentes que la loi attache aux diverses décisions que l'assuré est susceptible de prendre. Ce que le Conseil d'État a relevé en ces termes « sous réserve, selon le cas, d'une majoration de sa participation ou d'un dépassement du tarif conventionnel de base, il pourra en outre consulter directement un médecin autre que son médecin traitant et, notamment un médecin spécialiste ».

La réforme est destinée à infléchir les comportements des assurés sociaux afin de mettre fin au nomadisme médical. À cette fin, le montant laissé à la charge des assurés qui se placeront en dehors du dispositif de coordination, doit être fixé à un niveau tel, que l'assuré préférera l'adopter. Le système devient alors incitatif.

1.2 L'assuré conserve un choix libre selon le Conseil constitutionnel¹⁰⁶⁶

Saisi de la conformité à la Constitution des articles relatifs au médecin traitant, le Conseil constitutionnel a précisé que ces articles ne méconnaissaient pas ni la liberté de choix de l'assuré social, ni le droit au respect de la vie privée. Sous réserve d'une majoration de sa participation ou d'un dépassement du tarif conventionnel de base, l'assuré conserve sa

¹⁰⁶⁶ Cons. Constit., Décision n° 2004-504 DC du 12 août 2004, JO 17 août 2004, Page. 14657.

liberté de consulter un médecin spécialiste sans prescription de son médecin traitant comme celle de refuser l'hébergement de ses données de santé.

« Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 12 août 2004, a considéré que les dispositions de la loi du 13 août 2004 n'interdisent pas à l'assuré et à l'ayant droit de 16 ans révolus de changer de médecin traitant à leur gré, mais que le montant de la participation financière appliquée en cas de soins en dehors du parcours de soins coordonnés doit être fixé à un niveau tel que ne soient pas remises en cause les exigences du onzième alinéa du préambule de la constitution de 1946, quant à la protection de la santé. Il y a donc respect de la volonté de la personne, puisque selon le Conseil constitutionnel l'assuré social choisit librement son médecin traitant et qu'il peut en changer librement »¹⁰⁶⁷.

Par ailleurs, sous réserve d'une majoration de sa participation ou d'un dépassement du tarif conventionnel de base, l'assuré conserve la liberté de consulter un médecin spécialiste sans prescription de son médecin traitant comme celle de refuser l'hébergement de ses données de santé.

1.3 L'assuré conserve un choix libre selon le contenu de la Convention médicale¹⁰⁶⁸

Lors de précédente convention médicale, quel que soit le choix de l'assuré, les conditions de remboursement étaient identiques. Intervenant, si le patient avait un médecin référent, le principe de la dispense d'avance de frais. La loi de 2004, quant à elle, a choisi de jouer sur le montant de la part laissée à la charge de l'assuré social, pour orienter le comportement de ce dernier.

Ces deux dernières mesures sont diamétralement opposées puisque la dispense d'avance des frais était un avantage accordé à l'assuré qui choisissait un médecin référent. La majoration était au contraire appliquée à celui qui restait en dehors du dispositif de coordination ; elle a pour effet d'augmenter la part des frais de santé qui restera à la charge de l'assuré. Le Conseil constitutionnel¹⁰⁶⁹ a cependant rappelé que cette part devait rester compatible avec le principe de protection de la santé. Mais cette mesure n'en est pas moins une sanction pécuniaire ou une mesure négative d'incitation dès lors qu'elle a pour seule

¹⁰⁶⁷ REBECQ, Geneviève, « Le parcours de soins institué par la loi du 13 août 2004, cinq ans après », *Op-cit*

¹⁰⁶⁸ Convention conclue le 12 janvier 2005, approuvée par arrêté du 3 février 2005, *JO* 11 février 2005.

¹⁰⁶⁹ *Op. cit.*

raison la nature de la décision prise par l'assuré, et non d'éventuelles exigences particulières du patient.

Jusqu'alors la convention médicale déterminait le tarif des honoraires dus par l'assuré au médecin, en contrepartie de la prestation de soins. Ce tarif servait de base au remboursement versé par l'assurance-maladie. Désormais, la convention détermine un dépassement dont la cause n'est plus la prestation de soins, mais la consultation du médecin sans prescription préalable du médecin traitant. En outre, le montant de ce dépassement n'est pas à la charge de l'assurance-maladie.

Ces nouvelles dispositions amènent différentes questions. La première étant que cette majoration ne résidant pas dans le contenu du contrat médical, y a-t-il entorse à la réciprocité des obligations caractéristiques du contrat médical ?

2. L'impact du parcours de soins sur le libre choix du patient, contractant de droit privé

Le parcours du patient remet en cause l'opposabilité des tarifs conventionnels et les obligations contractuelles du médecin conférées par le contrat médical.

2.1 La remise en cause de l'opposabilité des tarifs conventionnels

La faculté de dépasser le montant des honoraires conventionnels n'est pas une situation juridique nouvelle, puisqu'il y a toujours eu des catégories de médecins autorisés à pratiquer des dépassements ; D'abord les médecins disposant d'un droit permanent à dépassement puis, depuis 1980, les médecins conventionnés autorisés à pratiquer des honoraires libres (secteur 2).

En fait, la réforme tient au motif du dépassement et, par voie de conséquence, aux médecins autorisés à le pratiquer. En effet, le dépassement est justifié par la consultation d'un médecin spécialiste sans prescription du médecin traitant. Il en résulte que bénéficient de ce dépassement les médecins spécialistes du secteur I, auxquels le tarif conventionnel était jusqu'alors opposable. Le dépassement d'honoraires est fixé par la Convention

médicale¹⁰⁷⁰. L'entrée en vigueur de cette convention est subordonnée à son approbation par l'autorité ministérielle, cet acte tirant sa force de la sanction des pouvoirs publics¹⁰⁷¹. Désormais la convention détermine un dépassement, dont la cause n'est plus la prestation de soins, mais la consultation du médecin sans prescription préalable du médecin traitant. En outre, le montant de ce dépassement n'est pas à la charge de l'assurance-maladie.

Ce dépassement, selon Didier Tabuteau, remet en cause l'un des standards de l'assurance-maladie, à savoir l'opposabilité des tarifs conventionnels¹⁰⁷².

Par ailleurs, ce supplément de prix, dont la cause ne se trouve pas dans le rapport contractuel, ne constitue-t-il pas une entorse à la réciprocité des obligations, caractéristique du contrat médical ?

2.2 La remise en cause de la réciprocité des obligations auxquelles le contrat médical donne naissance

L'arrêt de la Cour de cassation, du 13 mai 1963¹⁰⁷³ a affirmé le caractère synallagmatique du contrat médical : « le contrat médical comporte pour le médecin l'obligation de donner au patient des soins attentifs et conformes aux données acquises de la science ; en contrepartie le malade s'oblige à rémunérer ces soins, sauf à lui à exiger du praticien une fois effectué le règlement des honoraires, les attestations utiles pour leur remboursement »¹⁰⁷⁴. Que les honoraires soient déterminés individuellement ou collectivement, ils sont toujours la contrepartie de la prestation de soins. Par conséquent, la détermination du montant des honoraires par la convention médicale n'a pas modifié la nature des obligations engendrées par le contrat médical¹⁰⁷⁵.

« Lorsque les signataires de la convention fixent le dépassement autorisé en dehors du parcours de soins, ils ne déterminent plus collectivement le montant des honoraires dus par le patient, en contrepartie de la prestation de soins ; ils ne négocient pas davantage le

¹⁰⁷⁰ Art. L. 162-5, 18^e du Code de la sécurité sociale.

¹⁰⁷¹ PRETOT, Xavier, « L'évolution du régime juridique des conventions médicales : du contrat doué d'effets réglementaires au règlement à l'élaboration concertée », *Droit social* 1997.845.

¹⁰⁷² Tabuteau, Didier, « La liberté tarifaire », *Droit social* 2003-424 ; « Les standards de la réforme », *Droit social* 2004-872.

¹⁰⁷³ Cass. Ass. plénière, 13 mai 1963, Publié Bulletin, *Juris-data*, n° 1963-096002.

¹⁰⁷⁴ *Bull. civ.*, n° 2.

¹⁰⁷⁵ Article L. 162-14-1 Code de la sécurité sociale ; Conseil constitutionnel décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, *Journal officiel*, du 24 janvier 1990, p. 972, Recueil, p. 33.

tarif servant de base au remboursement des frais de santé engagés par l'assuré ; ils s'accordent sur un supplément de prix dont bénéficiera le médecin directement consulté, et dont le patient supportera seul la charge. Ce supplément ignore le caractère synallagmatique du contrat médical »¹⁰⁷⁶.

2.3 L'impact du parcours de soins sur le libre choix de l'établissement de santé privé par le patient

Comme évoqué précédemment, le plus souvent et contrairement à l'établissement de soins public, le patient est hospitalisé en clinique privée à la demande de son médecin traitant. Or pour accéder à l'établissement de soins privé, l'hospitalisation du patient en établissement de santé privé se fera à la demande du médecin traitant. Deux alternatives se rencontrent alors. Soit le patient n'a pas de préférence pour assurer son suivi, auquel cas le médecin traitant va l'adresser vers un confrère, spécialiste, opérant ou pratiquant son activité en établissement de santé privé avec qui il travaille régulièrement. Le plus souvent, le praticien pratiquera des dépassements d'honoraires. Dans ce cas précis, le patient a eu le libre choix, mais il ne peut l'exercer, car il ne peut honorer le paiement des dépassements d'honoraires.

Soit, dans le cas de la deuxième alternative, le patient souhaite être adressé vers un spécialiste de son choix, confrère qui peut-être n'est pas un praticien vers qui le médecin dirige ses patients habituellement. Même si ce cas est évoqué ici, cette situation devrait se rencontrer rarement, le médecin traitant respectant le plus souvent le choix du patient.

Le parcours de soins instauré par la loi du 13 août 2004¹⁰⁷⁷ ne porte pas atteinte directement au principe du libre choix du médecin par le patient, puisque le patient continue à choisir librement son médecin. La difficulté réside dans le fait que le patient se trouve sanctionné s'il décide de changer de médecin traitant ou de choisir un médecin traitant sans en informer la caisse d'assurance-maladie. Son droit de consulter librement un spécialiste sans prescription demeure, mais une majoration du prix sera appliquée. Par conséquent, si le parcours de soins n'apporte pas d'atteinte directe au libre choix du patient, en revanche, il

¹⁰⁷⁶ VACARIE, Isabelle, « Les tensions entre le droit de la santé et le droit de la sécurité sociale », *RDSS* n° 6, novembre-décembre 2005, p. 906.

¹⁰⁷⁷ *Op. cit.*

devient discriminant financièrement. C'est ce que permet d'illustrer la mise en œuvre de la CMU.

2.4 Une illustration de la remise en cause du libre choix par la mise en œuvre du parcours de soins pour les patients relevant de la CMU

La loi n° 90-602, du 12 juillet 1990¹⁰⁷⁸, a instauré la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap, à une époque où l'épidémie du SIDA remettait en cause l'embauche de sujets atteints du VIH. Le caractère universel de l'assurance-maladie est affirmé par le jeu d'une simple condition de résidence régulière sur le territoire français pendant trois mois, permettant ainsi l'attribution de la CMU de base.

La loi CMU avait pour objet même, d'offrir à ses bénéficiaires un accès total à toutes les pratiques médicales sans aucune distinction¹⁰⁷⁹. L'idée novatrice de la loi CMU a donc été d'offrir au décile le plus pauvre de la population une assurance complémentaire santé gratuite. Ainsi cette population se trouvait-elle traitée de la même manière que les autres assurés sociaux. Ainsi le médecin inscrit en secteur II, c'est-à-dire avec le droit de pratiquer des dépassements d'honoraires, est obligé pour le bénéficiaire de la CMU de pratiquer les tarifs de base de la sécurité sociale, sans dépassement¹⁰⁸⁰.

Pour autant, alors qu'elle doit s'appliquer à tous, sa mise en œuvre entraîne la remise en cause du principe de non-discrimination et une remise en cause du principe d'accès au parcours de soins et donc de l'accès aux soins, du fait de la contrainte économique.

En premier lieu, pour parvenir à ce résultat, une certaine contrainte financière peut peser, dans certains cas, sur des professionnels de santé, entraînant par là même une pratique discriminante que constitue le refus de soins ou bien des restrictions de soins (refus de rendez-vous, accord pour des soins mais pas de prothèses pour certains dentistes).

Par ailleurs, l'accès aux soins peut se trouver entravé. En effet, le patient CMU a souvent des difficultés de résidence et donc se trouve confronté à la première difficulté, qui est la possibilité pour le bénéficiaire de la CMU de ne pouvoir déclarer un médecin traitant.

¹⁰⁷⁸ Loi n° 90-602, du 12 juillet 1990, JO du 13 juillet, *op. cit.*

¹⁰⁷⁹ Bien que la CMU, par définition, concerne une population spécifique se situant dans des situations financières difficiles ; population à laquelle est offerte la gratuité totale des soins assortie du tiers-payant.

¹⁰⁸⁰ De façon analogue, le dentiste, qui dispose d'une liberté tarifaire en matière de prothèses, se voit contraint par la loi CMU de pratiquer des tarifs prothétiques imposés.

Dans ce cas de figure, le principe général de la gratuité totale, en tiers payant, qui est le fondement même de la loi CMU se trouve battu en brèche.

Enfin, le bénéficiaire de la CMU peut se retrouver dans une région, ou le seul médecin traitant pratique des dépassements d'honoraires et refuse les patients CMU. Il ne reste donc au patient déjà vulnérable de par sa situation économique à être pris en charge par l'hôpital public ou l'ensemble de ses frais seront pris en charge contrairement à l'établissement de soins privé.

L'ensemble de ces problématiques qui entravent le libre choix du patient lors de son parcours de soins en établissement privé se cumule avec la dichotomie à laquelle se trouve confronté le patient en termes de participation financière, selon l'établissement de santé où il se trouve hospitalisé.

C – Une participation financière du patient, différente selon son lieu d'hospitalisation

Les principes généraux de la participation des malades aux frais d'hospitalisation sont fixés par le Code de la sécurité sociale. Ainsi, les assurés sociaux sont hospitalisés dans les établissements relevant du service public hospitalier au tarif qui est prévu pour les malades payants de la catégorie à laquelle ils appartiennent. Ce tarif correspond au tarif de responsabilité des caisses¹⁰⁸¹. S'y ajoutent, pour les patients hospitalisés en établissement privé lucratif, les honoraires des professionnels y exerçant à titre libéral. Cette rémunération des praticiens peut, notamment dans le cadre du secteur II, donner lieu à des dépassements d'honoraires pris en charge de façon inégale par les mutuelles et assurances complémentaires ; Cependant, quel que soit l'établissement de santé, cette prise en charge est subordonnée à deux conditions : d'une part, l'assuré ne peut être couvert de ses frais de traitement que si l'établissement est autorisé à dispenser des soins aux assurés sociaux¹⁰⁸². D'autre part, la prise en charge ou le remboursement par l'assurance-maladie d'un acte ou d'une prestation réalisé par un professionnel de santé est subordonnée à l'inscription de l'acte ou de la prestation sur une liste établie par l'UNCAM, inscription elle-même

¹⁰⁸¹ Art. L. 162-20 du Code de la sécurité sociale.

¹⁰⁸² Art. L. 162-21 du Code de la sécurité sociale.

subordonnée au respect d'indications thérapeutiques ou diagnostiques, à l'état du patient ainsi qu'à des conditions particulières de prescription, d'utilisation ou de réalisation de l'acte ou de la prestation.

Si certaines de ces modalités sont communes aussi bien au secteur public qu'au secteur privé, et par conséquent applicable à n'importe quel patient quel que soit son lieu d'hospitalisation (1), en revanche, certaines sont propres au secteur privé lucratif (2).

1. Dispositions communes aux établissements de santé, quel que soit le statut

Sauf les cas d'exonération, les patients sont tenus de participer directement ou non aux frais non pris en charge par l'assurance-maladie, que ce soit le ticket modérateur¹⁰⁸³ et le forfait journalier¹⁰⁸⁴. Ils devront prendre en charge l'intégralité des frais s'ils ne sont pas couverts par un régime de protection sociale¹⁰⁸⁵.

Les assurés sociaux sont dispensés, dans des conditions prévues par décret, et pour la part garantie par les régimes obligatoires d'assurance-maladie, de l'avance des frais d'hospitalisation¹⁰⁸⁶. Ce dispositif de « tiers payant » peut se prolonger, pour les patients qui y sont affiliés, aux frais pris en charge par les mutuelles et autres organismes d'assurance-maladie complémentaire, lorsque les organismes concernés ont passé convention avec l'établissement de santé.

Dans le but de responsabiliser l'assuré dans son comportement de soins, la loi du 17 août 2004 relative à l'assurance-maladie¹⁰⁸⁷ a instauré une contribution forfaitaire à la charge des assurés pour chaque acte réalisé par un médecin, en ville ou à l'hôpital, ainsi que pour tout acte de biologie médicale¹⁰⁸⁸. Cette « franchise » qui se cumule avec le ticket modérateur, ne concerne cependant pas les actes ou consultations réalisés au cours d'une

¹⁰⁸³ Art. L. 322-2 du Code de la sécurité sociale. Le ticket modérateur est une participation de l'assuré proportionnelle aux tarifs de base de la Sécurité sociale. Il varie selon la nature des prestations ainsi que les conditions dans lesquelles elles sont dispensées. Son montant est fixé par l'UNCAM (Union nationale des caisses d'assurance-maladie).

¹⁰⁸⁴ Art. L. 174-4 du Code de la sécurité sociale. Ce forfait a été initialement institué par l'article 4 de la loi n° 83-25 du 19 janvier 1983 et constitue une contribution des malades aux prestations hôtelières assurées par l'établissement de santé. Cette contribution est obligatoire, quel que soit le statut de l'établissement, sauf exceptions (accidentés du travail et victimes de maladies professionnelles, bénéficiaire de l'assurance maternité. Le forfait journalier s'impute sur la participation laissée aux patients (ticket modérateur). Son montant est fixé par arrêté ministériel.

¹⁰⁸⁵ Sur la base des tarifs nationaux des prestations, art. L. 162-22-11 du Code de la sécurité sociale).

¹⁰⁸⁶ L. 162-21-1 du Code de la sécurité sociale.

¹⁰⁸⁷ Loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance-maladie, *Op-cit.*

¹⁰⁸⁸ Art. L. 322-2 du Code de la sécurité sociale.

hospitalisation : elle s'applique en revanche aux soins et actes réalisés en « externe »¹⁰⁸⁹. Cependant, malgré l'existence d'une modalité commune, il convient de distinguer les différences en termes de participation financière qu'occasionne une hospitalisation en établissement privé lucratif.

2. Dispositions propres aux établissements privés lucratifs

Dans ces établissements, la prise en charge des honoraires des professionnels libéraux est distincte et s'ajoute à la prise en charge des autres frais d'hospitalisation (actes et prestations effectués par les praticiens et auxiliaires médicaux exerçant à titre libéral sont facturés indépendamment, à l'acte ou à la prestation), et sont théoriquement payés séparément par le malade.

Les praticiens facturent leurs honoraires le plus souvent par l'intermédiaire de l'établissement. En tout état de cause, ils sont tenus, lorsqu'ils n'appliquent pas les tarifs conventionnels pour la détermination de leurs honoraires, d'y procéder « avec tact et mesure, en tenant compte de la réglementation en vigueur, des actes dispensés ou de circonstances particulières »¹⁰⁹⁰. Ces circonstances pouvant être la situation personnelle du patient. Les honoraires qui rémunèrent les praticiens sont la contrepartie de l'acte médical effectué, mais aussi d'une part, les frais de fonctionnement qui y sont attachés (mise à disposition de matériels, de locaux et de personnel). Les praticiens participent en général aux charges d'exploitation de l'établissement où ils exercent sous forme de loyers ou de reversement d'une partie de leurs honoraires.

En pratique, les établissements se chargent auprès des malades (ou des organismes et personnes débiteurs) du recouvrement des honoraires des praticiens, avec le prélèvement d'une redevance.

Par ailleurs, les établissements facturent aux intéressés les prestations « pour exigence particulière du patient »¹⁰⁹¹, non prises en charges par l'assurance-maladie, à savoir, l'installation en chambre particulière, hors les cas de prestations d'isolement,

¹⁰⁸⁹ Tels que les consultations externes, les examens de laboratoire effectués à l'hôpital sur prescription en ville.

¹⁰⁹⁰ Art R. 4127-53 du Code de la santé publique.

¹⁰⁹¹ Art. R. 162-32-2 du Code de la sécurité sociale.

l'hébergement et les repas et boissons des accompagnants, la mise à disposition du patient, dans sa chambre d'installations telles que la télévision, le téléphone..., les interventions de chirurgie esthétique, les prestations exceptionnelles ayant fait l'objet d'une demande écrite.

CONCLUSION DE LA SECTION I

L'alinéa 11 du Préambule de 1946 proclame que « la nation garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ». Sur ce fondement, le Conseil constitutionnel a consacré la valeur constitutionnelle du droit à la santé¹⁰⁹².

Par conséquent, le premier droit de la personne malade est d'être en mesure d'accéder aux soins que son état nécessite. Cela implique notamment qu'un médecin soit suffisamment proche et disponible au moment où l'on en a besoin. L'autre dimension de l'accès aux soins est financière : chacun doit pouvoir être soigné quels que soient ses revenus. À cet égard, la France a fait le choix de la socialisation du risque « maladie ». Cependant, face à la hausse difficilement soutenable des dépenses de santé, la participation financière des assurés est de plus en plus sollicitée sans que les conséquences en soient toujours maîtrisées.

Par conséquent, suite aux différentes problématiques évoquées précédemment, que sont les dépassements d'honoraires et le parcours de soins, leurs conséquences n'empêchent pas le libre choix de s'exercer. C'est la contrainte à la fois économique et politique qui impose ce choix au patient en médecine libérale. In fine, le libre choix est bien respecté mais l'accès aux soins, lui, ne l'est pas. Ce constat amène à se poser la question de l'accessibilité des soins aux plus nantis ?

« [...] À défaut de s'adresser à un médecin plus compréhensif, ou moins soucieux des incidences financières de sa prise de décision, les patients n'ont d'autres choix que de rentrer dans le circuit imposé par le législateur, et décrit par la convention nationale des médecins¹⁰⁹³. Seuls les plus nantis continuent d'exercer pleinement ce libre choix, nécessairement plus onéreux pour les patients consommateurs de soins à l'abri du besoin, ou, plus exceptionnellement, ceux qui consultent hors parcours un médecin généraliste

¹⁰⁹² Cons. constit. Décision 74-54 DC du 15 janvier 1975, relative à l'interruption de grossesse, *JO* du 16 janvier 1975, p. 671, Recueil, p. 19.

¹⁰⁹³ Le nouveau dispositif du parcours de soins est considéré comme obligatoire par 80 % des personnes ayant choisi un médecin traitant, 44 % l'ayant fait par crainte d'être pénalisé dans le remboursement. *Questions d'économie de la santé*, n° 124, juillet 2007.

installé pour la première fois en exercice libéral ou ayant décidé de quitter sa région pour aller s'installer dans une région à très faible densité médicale. D'ailleurs dans ce dernier cas, le choix n'est que virtuel puisque, dans les faits, lorsque le médecin est le seul installé sur un rayon de 40 kilomètres, la distance à parcourir peut être rédhibitoire.

Le libre choix du médecin par le malade serait-il devenu un luxe au même titre que le choix d'un médecin exerçant hors convention ? Tout porte à le croire »¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁹⁴ REBECQ, Geneviève, *RDSS*, n° 4 juillet-août 2004, p. 618, *op. cit.*.

SECTION II

Le patient consommateur de soins, contraint par les pouvoirs publics dans son libre choix

La contrainte économique, dans un but de maîtrise des dépenses de santé, constitue la première orientation des diverses politiques de santé mise en œuvre à ce jour. Afin d'atteindre cet objectif national les pouvoirs publics ont été dans l'obligation d'imposer des modalités de réduction des coûts. Cela ne va pas sans effet sur le patient, et ce de façon paradoxale. Ainsi, alors que le patient n'a jamais été autant décisionnaire pour sa santé, il voit son libre choix, lors de sa volonté d'accès à l'établissement de santé privé, contraint par la mise en œuvre de la planification sanitaire (paragraphe 1) et de la T2A (paragraphe 2), deux réformes destinées à limiter les dépenses de l'hôpital en général et de l'assurance-maladie, dans un objectif de régulation du système de soins français.

Paragraphe 1 – La remise en cause du libre choix de l'établissement de santé ou le paradoxe de la planification sanitaire¹⁰⁹⁵

De par ses objectifs, la planification sanitaire est à la fois un outil de régulation de l'offre de soins (A) et une limitation dans l'accès aux soins (B).

A – La planification, outil de régulation de l'offre en théorie

La planification est un outil au service de l'offre de soins, car elle permet la recomposition de cette offre de soins (1) au sein d'une région en même temps qu'elle est un instrument d'autorisation de l'activité de soins (2).

¹⁰⁹⁵ CORMIER, Maxence, La régulation de la concurrence par les agences régionales de l'hospitalisation, *RGDM*, n° spécial, service de santé et concurrence, 2005, P. 21-41.

1. La planification sanitaire, un instrument de recomposition de l'offre de soins au service de l'établissement de santé

La planification sanitaire a pour objet de répondre aux besoins de la population, en rationalisant dans une certaine mesure l'offre de soins, *via* notamment la gradation et la répartition des plateaux techniques (et en particulier des blocs opératoires). Dès 1970, le législateur prévoyait cette planification en instaurant la carte sanitaire. Aujourd'hui, elle correspond notamment à la régulation de l'offre de soins par des schémas régionaux d'organisation sanitaire (SROS).

1.1 La carte sanitaire à l'origine de la régulation de l'offre de soins

La carte sanitaire a été mise en place par la loi hospitalière du 31 décembre 1970¹⁰⁹⁶. Elle consistait en un découpage en secteurs qui avait pour but, à la fois, une meilleure maîtrise quantitative des équipements et la mise en place d'une planification et d'une coordination dans l'installation des équipements lourds et des lits. En 1974, un découpage géographique est effectué en deux cent cinquante-six secteurs sanitaires répartis en vingt et une régions ayant pour objectif l'instauration d'un plateau technique minimum au sein de chaque secteur et rééquilibrer ainsi les équipements hospitaliers. Enfin, la carte sanitaire est liée au processus d'autorisations¹⁰⁹⁷.

Cette volonté de sectoriser et de régionaliser dans un but de rationalisation du système de soins, s'accélérera avec la loi du 31 juillet 1991¹⁰⁹⁸ qui renforcera la carte sanitaire et créera les SROS.

1.2 Les SROS

Le schéma d'organisation sanitaire décrit, par matière, des principes généraux et comprend une annexe quantitative par territoire de santé. Il est décliné, au sein de chaque établissement, dans le contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens (CPOM) conclu entre

¹⁰⁹⁶ Loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière, *JORF* du 3 janvier 1971 p. 00074.

¹⁰⁹⁷ Art. 31 de la loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière, *JORF* du 3 janvier 1971 p. 00074.

¹⁰⁹⁸ Loi n° 91-748 du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière, *JORF* n° 179 du 2 août 1991, p. 10255-10269.

l'établissement et l'agence régionale de santé (ARS). Le CPOM fixe notamment des objectifs d'activité en volumes pour certaines activités de soins.

Les SROS ont « pour objet de prévoir et susciter les évolutions nécessaires de l'offre de soins préventifs, curatifs et palliatifs afin de répondre aux besoins de santé physique et mentale. Il inclut également l'offre de soins pour la prise en charge des femmes enceintes et des nouveau-nés »¹⁰⁹⁹.

La planification sera définitivement simplifiée dans le cadre de la loi « Plan hôpital 2007 » avec l'ordonnance du 4 septembre 2003¹¹⁰⁰ qui supprime la carte sanitaire et fait du SROS l'outil unique de la planification. Les secteurs sanitaires sont remplacés par des territoires de santé, ce qui amène J.-M. Clément, à dénoncer le fait que cette ordonnance sous l'alibi d'une simplification met en place des SROS « souverains » qui dicteront « aux établissements le contenu de leurs activités et le quantum de leurs équipements »¹¹⁰¹, et ce, sans tenir compte de la volonté des patients à se faire hospitaliser dans l'établissement de leur choix.

La planification, instrument de recomposition est également un instrument d'autorisation.

2. La planification sanitaire, un instrument d'autorisation, au service de la tutelle régionale

La planification sanitaire est un instrument d'autorisation en raison du rôle accordé aux ARS et des nouvelles relations établies avec les établissements. En effet, les ARS disposent en premier lieu du pouvoir d'autoriser les créations d'établissement et les regroupements, ainsi que l'installation des matériels lourds.

Pour cela, elles arrêtent les SROS qui prévoient désormais des objectifs quantifiés d'organisation sanitaire (OQOS), et s'assurent de la conformité au SROS de l'évolution prévisionnelle de chaque établissement, en particulier lors des échanges préalables à

¹⁰⁹⁹ Art. L. 6121-1 du Code de la santé publique.

¹¹⁰⁰ Ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médicosociaux soumis à autorisation.

¹¹⁰¹ CLÉMENT, J.-Marie, *op. cit.*, p. 28.

l'élaboration du projet d'établissement, du contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens (CPOM) et à la préparation des EPRD. Les ARS peuvent ainsi mieux encadrer les évolutions d'activités dans une perspective quinquennale qui correspond à la durée de vie d'un projet d'établissement. Elles doivent par ailleurs veiller au respect de l'accès aux soins dans les établissements de santé (entrées directes, transferts entre établissements, suivi des activités dans le public et dans le privé).

Par ailleurs, les ARS trouvent aussi un nouveau rôle d'aide à la contractualisation, puisqu'elles sont responsables de l'utilisation de la nouvelle « enveloppe régionale de contractualisation » pour soutenir les établissements dans leurs efforts d'adaptation aux réformes et de retour à l'équilibre.

Avec les établissements privés, les ARS doivent discuter les coefficients de transition, désormais modulables pour accélérer le processus de convergence. Elles doivent par ailleurs négocier et contrôler l'application des contrats de bon usage des médicaments et des produits et prestations. Au vu des résultats, l'ARS peut moduler le taux de remboursement entre 70 % et 100 %. Par ailleurs, la réforme de la gouvernance prévoit la possibilité pour les ARS de suspendre le directeur d'établissement, le conseil d'administration et le conseil exécutif.

Mais l'offre de soins arrêtée par l'ARS, par l'intermédiaire de la planification sanitaire, en répondant à l'objectif de rationalisation des dépenses de santé limite paradoxalement l'accès aux soins.

B – La planification, outil de limitation au libre choix et à l'accès aux soins des patients

En raison de son rôle de régulateur sur l'offre de soins, la planification sanitaire peut amener à réduire le nombre de structures de soins, aussi bien publiques que privées (1), en sachant qu'une interrogation demeure quant à la compatibilité de la tarification à l'activité et du SROS (2). Enfin, elle fixe les capacités techniques de chacun des établissements de santé, ce qui peut entraîner une limite à l'accès aux soins (3).

1. Par la réduction de l'offre de soins au niveau régional, dans le cadre d'une politique de proximité

L'organisation des soins répond à la fois à la notion de desserte de proximité (relative) mais aussi à l'organisation d'une hiérarchie de spécialisation qui définit des territoires de recours à géométrie variable selon le domaine et, in fine, peut éloigner certains services d'une partie de la population¹¹⁰². Si la proximité ne garantit pas le libre choix, le non-respect de ce principe se traduit par la création de « déserts médicaux », qui eux annihilent tout choix pour le patient, et limite par conséquent l'accès aux soins pour un territoire donné.

Les modifications récentes de la planification à la suite de l'ordonnance de simplification sanitaire de septembre 2003¹¹⁰³ (modification du régime des autorisations, disparition de la carte sanitaire et des indices nationaux) se sont inscrites dans une perspective de concentration des moyens techniques, avec pour objectif d'améliorer la qualité des soins et la performance des établissements.

Par conséquent le patient ne peut être hospitalisé que dans l'établissement le plus proche de son domicile, qui pourra apparaître comme n'étant pas le plus proche une fois la nouvelle planification sanitaire appliquée. Pour autant, cette situation juridique, est une situation de fait qui, en apparence n'a aucun lien avec la condition juridique du patient. Mais à y regarder de plus près, dans le cas de la maternité, il est plus facile de décider la fermeture d'un établissement privé qu'un service d'un hôpital public qui est le premier employeur de la commune...

Le patient se voit limité dans son libre choix, non pas par sa condition juridique de contractant de droit privé mais par sa condition de consommateur ne pouvant avoir accès à un établissement relevant du droit privé.

Par ailleurs, le patient consommateur de soins peut se voir contraint dans son libre choix par la capacité technique des établissements de santé arrêtée par la tutelle régionale.

¹¹⁰² Exemple des « niveaux » de maternités

¹¹⁰³ Ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003, *op. cit.*

2. Par la fixation de la capacité technique des établissements

Jusqu'en 1991, un centre hospitalier général pouvait pratiquer toutes les disciplines. À partir de cette date, l'État a fixé, dans les schémas régionaux d'organisation sanitaire élaborés sous l'autorité des ARH (dés 1996) les activités de soins. Dès lors, on assiste à une concentration sur certains pôles hospitaliers des capacités techniques (assistance médicale à la procréation¹¹⁰⁴, urgences¹¹⁰⁵, gynécologie¹¹⁰⁶, réanimation¹¹⁰⁷, Insuffisance rénale¹¹⁰⁸). Ceci est d'autant plus vrai en ce qui concerne l'activité de soins des établissements privés.

En conclusion, le libre choix s'estompe et la concurrence est mise en échec par un interventionnisme étatique grandissant, seul garant de la qualité des actes des professionnels et des établissements de santé. L'établissement privé ne peut pas lutter contre le plateau technique et les moyens alloués par l'État à l'établissement public de santé. Ainsi, les SROS vont conduire à une concentration des équipements et des activités sur certains établissements puisque les établissements de soins ne disposeront pas tous des mêmes équipements et n'exerceront pas tous les mêmes activités. En régulant l'installation des équipements et les autorisations, les SROS déterminent une offre de soins qui s'impose aux patients.

Cela contraint donc le libre choix du patient, qui ne pourra choisir son établissement de santé que si ce dernier exerce l'activité médicale ou dispose de l'équipement nécessaire au traitement de sa pathologie. Ce constat est particulièrement vrai en ce qui concerne

¹¹⁰⁴ Décret n° 95-560 du 6 mai 1995 relatif aux activités d'assistance médicale à la procréation et modifiant le Code de la santé publique (deuxième partie : Décrets en Conseil d'État) ; décret n° 97-613 du 27 mai 1997 relatif aux études menées sur des embryons humains *in vitro* et modifiant le Code de la santé publique (deuxième partie : Décrets en Conseil d'État).

¹¹⁰⁵ Décret 97-615 du 30 mai 1997 relatif à l'accueil et au traitement des urgences dans les établissements de santé ainsi qu'à certaines modalités de préparation des schéma d'organisation sanitaire et modifiant le Code de la santé publique (deuxième partie : Décrets en Conseil d'État) ; décret 97-619 du 30 mai 1997 relatif à l'autorisation des service mobiles d'urgence et de réanimation et modifiant le Code de la santé publique (deuxième partie : Décrets en Conseil d'État).

¹¹⁰⁶ Décret n° 98-899 du 9 octobre 1998 modifiant le titre I^{er} du livre VII du Code de la santé publique et relatif aux établissements de santé publics et privés pratiquant l'obstétrique, la néonatalogie ou la réanimation néonatale (deuxième partie : Décrets en Conseil d'État) ; décret n° 98-900 du 9 octobre 1998 relatif aux conditions techniques de fonctionnement auxquelles doivent satisfaire les établissements de santé pour être autorisés à pratiquer les activités d'obstétrique, de néonatalogie ou de réanimation néonatale et modifiant le Code de la santé publique.

¹¹⁰⁷ Décret n° 2002-465 du 5 avril 2002 relatif aux établissements de santé publics et privés pratiquant la réanimation et modifiant le Code de la santé publique (deuxième partie : Décrets en Conseil d'État).

¹¹⁰⁸ Décret n° 2002-1197 du 23 septembre 2002 relatif à l'activité de traitement de l'insuffisance rénale chronique par la pratique de l'épuration extrarénale et modifiant le Code de la santé publique (deuxième partie : Décrets en Conseil d'État).

l'hospitalisation privée, car, comme cela fut abordé lors du titre I, les établissements de santé privés tendent à une spécialisation de leurs activités, et de par leur spécificité ne disposent pas d'un plateau technique complet qui revient le plus souvent au CHU ou au CH. Comme l'écrit J.-M. Clément, les SROS ne feront que « [...] renforcer la concentration des activités de soins MCO et des équipements medicotechniques dans les plus grands centres hospitaliers »¹¹⁰⁹. Le patient se trouve au cœur d'une rationalisation du système de santé de qui prend en compte l'offre de soins, dans sa globalité et ne tient pas compte de la demande individuelle du patient, consommateur de soins.

Ainsi le patient se retrouve doublement contraint. Contraint d'une part, du fait de sa condition juridique de contractant de droit privé que lui confère sa possible hospitalisation en établissement de santé privé, d'une capacité technique moindre, qui fera que sa pathologie ne pourra ne pas être prise en charge par l'établissement de soins privé, et contraint en outre par sa condition de consommateur qui ne pourra avoir un libre accès, à l'établissement de soins, du fait du non choix que l'amène à ne pouvoir faire l'offre restreinte qui lui sera proposée, conséquence de la politique d'autorisations de soins d'urgence.

3. La remise en cause du libre accès à l'établissement de soins, dans le cadre de l'urgence, en médecine libérale

Évoquée précédemment, dans le cadre de la permanence des soins et des conséquences qu'elle peut subir du fait du contrat d'exercice et du contrat médical, l'urgence médicale en médecine libérale est abordée ici dans un but de planification sanitaire et des conséquences que cette politique d'autorisations va entraîner sur l'exercice du libre choix du patient et plus précisément de ses conséquences dans le libre accès aux soins.

L'organisation de la prise en charge des urgences poursuit un triple objectif de proximité, de sécurité et d'amélioration de la qualité : permettre l'accès aux soins pour tous, en permanence, et en proximité grâce à un maillage fin du territoire d'une part ; d'autre part, garantir la sécurité et la permanence par l'accès à des professionnels et à un plateau technique performant et adapté aux besoins du patient. Inscrire le dispositif mis en place

¹¹⁰⁹ CLÉMENT, J.-Marie, *Contribution pour une vraie réforme hospitalière*, Bordeaux, éd. LEH, 2008, p. 57.

dans une démarche d'amélioration continue de la qualité des soins et de la politique globale de gestion des risques au sein des établissements de santé, constitue le troisième objectif.

Le droit d'accès, pour les patients, aux soins rendus nécessaires à leur état, doit permettre un accès dans des conditions d'urgence, ce qui doit supposer l'organisation d'une permanence des soins pour le corps médical. En pratique, cette « organisation » doit s'avérer être sans faille, mais le tissage de l'offre de soins ne permet pas toujours une présence sur tout le territoire de praticiens amenés à intervenir dans ces conditions. Par ailleurs, tout établissement de santé privé ne dispose pas d'autorisations d'urgence. Par conséquent le patient se trouve dans l'impossibilité de choisir son établissement de santé.

Enfin, comme précisé précédemment, l'activité d'urgence est soumise à autorisation. Fortement encadrée, elle n'est pas systématiquement accordée à l'établissement de santé privé. En effet, l'activité d'urgence obéit à des conditions d'autorisation, à des conditions de prise en charge, à des conditions techniques de fonctionnement et de prises en charge spécifiques, et à une organisation territoriale.

3.1 Le cadre juridique d'exercice de la médecine d'urgence

Les décrets n° 2006-576 et 2006-577 du 22 mai 2006¹¹¹⁰ relatifs à la médecine d'urgence déterminent un cadre réglementaire rénové pour l'organisation de la prise en charge des urgences au sein de l'établissement et définissent un cadre territorial s'appuyant sur un réseau de prise en charge coordonnée des urgences.

3.2 Conditions d'autorisation d'activité de médecine d'urgence

Les décrets n° 2006-576¹¹¹¹ et 2006-577 du 22 mai 2006¹¹¹², publiés au *Journal officiel* du 23 mai 2006, fixent le régime d'autorisation de l'activité de médecine d'urgence qui remplace désormais l'appellation « accueil et traitement des urgences ». Ils déclinent l'autorisation d'activité de soins de médecine d'urgence selon trois modalités qui sont, la régulation des appels adressés au service d'aide médicale d'urgence (SAMU) ; la prise en

¹¹¹⁰ Décret n°2006-576 du 22 mai 2006 relatif à la médecine d'urgence et modifiant le Code de la santé publique, *JO Lois et décrets* n° 119 du 23 mai 2006 ; décret n° 2006-577 du 22 mai 2006 relatif aux conditions techniques de fonctionnement applicables aux structures de médecine d'urgence et modifiant le Code de la santé publique, *JO Lois et décrets* n°119 du 23 mai 2006.

¹¹¹¹ *Op. cit.*

¹¹¹² *Op. cit.*

charge des patients par la structure mobile d'urgence et de réanimation (SMUR) ; et la prise en charge des patients accueillis dans une structure d'urgence.

Ces décrets suppriment les appellations SAU (Service d'accueil et de traitement des urgences) et UPATOU (Unité de proximité d'accueil, d'orientation et de traitement des urgences), regroupées dorénavant sous forme de structures autorisées à l'activité de médecine d'urgence. La notion de POSU (pole spécialisé d'accueil et de traitement des urgences) disparaît également au profit de celle de plateaux techniques spécialisés.

Ceci a pour conséquence de distinguer uniquement deux types de structures : les structures des urgences et les structures des urgences pédiatriques. De par cette nouvelle qualification, on peut deviner que déjà, dans le cadre d'une urgence pédiatrique, le patient souhaitant faire hospitaliser son enfant en pédiatrie ne pourra le faire que dans le cadre d'une hospitalisation publique, car les établissements de santé privés ne disposent pas d'autorisation à exercer la pédiatrie. Soit la pathologie de l'enfant pourra permettre une prise en charge en service de médecine ou de chirurgie soit ce ne sera pas le cas, et l'hospitalisation devra se faire, au mieux, en CH, au pire en CHU. Par conséquent, le patient voit son choix limité, lorsqu'en situation d'urgence il souhaite être hospitalisé en établissement de santé privé.

3.3 La dispensation de soins non programmés en établissement de santé privé

Le patient voit son choix limité, lorsqu'en situation d'urgence il souhaite être hospitalisé en établissement de santé privé, principalement pour deux raisons. La première raison étant qu'un établissement de santé privé n'est pas tenu à avoir un service d'urgence. Le fait que le patient ne soit pas dirigé vers l'établissement de santé privé en première intention, mais vers l'établissement public de santé, constitue la deuxième raison.

a) Rappel du principe

En effet, tout établissement de santé qui souhaite disposer d'une structure d'urgence¹¹¹³ doit obtenir une autorisation délivrée par l'agence régionale de santé concernée. Cette autorisation est conditionnée par plusieurs éléments. L'établissement de santé doit disposer, pour exercer l'activité de médecine d'urgence, de lits d'hospitalisation

¹¹¹³ Pour la structure mobile d'urgence, deux types d'autorisation sont prévus : SMUR et SMUR pédiatrique.

complète en médecine ; d'un accès à un plateau technique de chirurgie, d'imagerie médicale et d'analyses de biologie médicale, en son sein ou par convention.

À défaut d'une telle autorisation, l'établissement de santé n'est pas dispensé de répondre aux obligations générales de secours et de soins aux personnes en danger qui s'adressent à lui. En revanche, il est tenu de réorienter le patient vers la structure compétente et de donner les premiers soins si le patient est intransportable, dans le cadre de la continuité des soins à laquelle est tenu tout établissement de santé quel que soit son statut.

Cette obligation se manifeste par l'obligation de dispenser des soins immédiats au patient se présentant aux heures d'ouverture de ses consultations et, s'il y a lieu, de l'adresser ou le faire transférer, après régulation par le SAMU, dans un établissement autorisé. Elle se manifeste encore par la dispensation des soins non programmés à tout patient qui lui est adressé par un médecin libéral exerçant en cabinet, après examen et consentement du patient, lorsqu'un accord préalable direct a été donné par le médecin de l'établissement appelé à dispenser les soins nécessaires et par la dispensation de soins non programmés à tout patient adressé par le SAMU lorsqu'un accord préalable à l'accueil dans l'établissement a été donné.

b) L'établissement de santé privé ne détient pas systématiquement des autorisations d'accueil et de traitement de l'urgence

Or l'établissement de soins privé n'est pas systématiquement pourvu d'autorisation en la matière, contrairement à l'établissement public de soins, et, lorsqu'il dispose d'autorisations d'urgence, ce sont généralement pour des urgences spécialisées (comme les urgences de la main « SOS Mains »).

c) Le patient n'est pas adressé en première intention et spontanément en établissement de santé privé

Lorsqu'un patient se trouve en situation d'urgence et fait appel aux premiers secours, c'est-à-dire qu'il ne peut pas se rendre de lui-même en établissement de santé alors que son état le requiert, il sera adressé en première intention à l'hôpital public. Ce dernier se doit d'assurer une continuité de service et tout établissement public de santé est tenu au respect

de ce principe fondamental. Le Conseil d'État l'a qualifié expressément de principe fondamental dans la décision Conseil d'État du 13 juin 1980¹¹¹⁴ où en l'espèce le service public par définition répond à un besoin d'intérêt général, toute interruption risque de créer des troubles dans la vie de la collectivité.

Le droit d'accès, pour les patients, aux soins rendus nécessaires à leur état, doit permettre un accès dans des conditions d'urgence, ce qui doit supposer l'organisation d'une permanence des soins pour le corps médical. En pratique, cette « organisation » doit s'avérer être sans faille, mais le tissage de l'offre de soins ne permet pas toujours une présence sur tout le territoire de praticiens amenés à intervenir dans ces conditions. À cela s'ajoute le fait que tout établissement de santé privé ne dispose pas d'autorisations d'urgence et pratique le plus souvent une activité de soins programmée. Par conséquent le patient se trouve dans l'impossibilité de choisir l'établissement de santé dans le cadre de l'urgence.

La limitation de l'accès à l'établissement de soins privé par le biais d'une entorse au principe du libre choix se rencontre également dans la mise en œuvre de la nouvelle politique de financement des établissements de santé, que constitue la tarification à l'activité.

Paragraphe 2 – La remise en cause du libre choix de l'établissement de santé privé du fait de la sélection éventuelle des patients, dans le cadre de la T2A

Pour rappel la tarification à l'activité (T2A) repose, sur le plan théorique, sur un modèle dit de la concurrence par comparaison qui a pour objectif premier d'inciter les établissements à accroître leur niveau d'efficacité. En dépit des ajustements techniques opérés sur le modèle pour permettre une meilleure prise en compte des cas atypiques et lourds (séjours très longs, passages en réanimation, prescription de médicaments coûteux), des arguments fréquemment avancés mettent en avant le risque de dégradation de la qualité des soins, même s'il convient de ne pas sous-estimer les effets pervers induits par les systèmes de financement auxquels la T2A se substitue.

¹¹¹⁴ CE, 13 juin 1980, Dame Boujeau ; Rec. CE, p. 274 et Cons. Const., 25 juillet 1979.

Rien dans un système de T2A ne permet de présager de l'amélioration de la qualité des soins. Ceci est d'ailleurs aussi valable dans un système de financement par budget global.

Pour autant, elle s'inscrit dans une logique de rationalisation des soins dans la mesure où elle permet une « médicalisation du financement »¹¹¹⁵ et l'ajustement des ressources financières.

Toutefois, la T2A est souvent critiquée puisqu'elle fournit, de fait, des incitations directes à réduire le coût des séjours. Or, toute la question réside dans la légitimité de ces réductions de coûts, puisqu'au nom de cette incitation à réduire les coûts, les établissements de santé privés, de par leur spécificité économique de la recherche de rentabilité, pourraient être tentés de sélectionner les patients, en choisissant les patients à durée de séjour réduite ce qui l'amènerait à une spécialisation de ses activités. Ce qui, à terme, pourrait avoir une incidence sur la prise en charge des patients et contrarier le libre accès aux soins en établissement de santé privé.

Ainsi, l'établissement de santé pourrait choisir des patients à durée de séjour obligatoirement courte (A) ; il pourrait également choisir des patients dont la pathologie est rentable (B). Dans les deux cas, ce n'est plus le patient qui choisit mais l'établissement de santé privé.

A – Le choix de l'établissement de santé privé de sélectionner des patients à durée de séjour courte

S'il est possible, et souhaitable, de parvenir à une réduction de la durée des séjours, par le biais d'un fonctionnement plus efficient, une autre stratégie possible pourrait consister à réduire les soins fournis aux patients, ce qui serait une manière « d'économiser » aux dépens de la qualité, et ce par le développement de la chirurgie ambulatoire (1) et la sortie prématurée des patients (2).

¹¹¹⁵ GROLIER, Jacques, *Le financement des hôpitaux publics*, ENSP, éd. 1998.

1. Par le développement de la chirurgie ambulatoire

Ainsi, la T2A génère un risque d'induction de la demande par les établissements, notamment pour les hospitalisations de jour et certaines chirurgies légères¹¹¹⁶. Or l'on sait que la chirurgie ambulatoire est beaucoup plus développée en secteur libéral qu'en secteur public, ce qui à terme peut modifier la répartition des soins entre secteur hospitalier et secteur ambulatoire et ainsi avoir des répercussions sur les coûts médicaux en médecine de ville.

Ainsi, on constate que les hospitalisations de moins de vingt-quatre heures représentent près de 60 % du nombre total de séjours réalisés dans les établissements privés, ce qui est nettement plus que la proportion observée dans le secteur public (45 %), alors que le secteur public présente un profil différent. L'essentiel des séjours d'hospitalisation est composé de prises en charge médicales à 29 % des cas, ce qui représente 53 % des séjours de plus de vingt-quatre heures¹¹¹⁷.

Notons par ailleurs que des études statistiques permettent d'affirmer que toute diminution des durées d'hospitalisation diminue le risque d'infections nosocomiales, qui, outre leur aspect parfois dramatique pour le patient, sont d'un coût élevé pour la collectivité. Cette notion étant commune aux établissements publics et privés et alors que la T2A s'applique maintenant aux deux types d'établissements, la mesure de l'efficacité de la T2A doit être envisagée sous différents aspects. Il semble que le secteur privé très sensible au problème des infections nosocomiales, qui met sa réputation en jeu, l'ait compris le premier.

La deuxième possibilité pour les établissements de santé de raccourcir les séjours consiste à favoriser les sorties prématurées de patients.

2. Par le risque de sortie prématurée du patient

Les établissements ayant intérêt à raccourcir les séjours peuvent renvoyer les patients à leur domicile prématurément du point de vue clinique. Ainsi, dans tous les pays où la T2A a été introduite, on observe une réduction significative des durées de séjours.

¹¹¹⁶ GUTERMAN, Stuart, *Specialty Hospitals: a problem or a symptom?* *Health Affairs*, Volume 25 (1), 95-105, 2006.

¹¹¹⁷ OR, Zeynep, RENAUD, Thomas, COM RUELLE, Laure, « Les écarts de coûts hospitaliers sont-ils justifiables ? », publication de l'IRDES, DT n° 25, mai 2009, p. 4.

Néanmoins, de nombreux pays cherchant à réduire les durées de séjour à l'hôpital, avec ou sans T2A, la question est de savoir si ces réductions de durées sont « légitimes ». Le vrai défi est de pouvoir lier le paiement pour le compte du patient pour qu'il reçoive les soins adéquats dans le cadre le plus adapté.

Or en France, le système de santé repose sur une dichotomie publique/privée. Dans ce contexte, la différence de champ dans la définition du contenu des soins affectés aux séjours entre les secteurs public et privé en France est un problème. À cet égard, le fait que le coût de certains examens ainsi que les honoraires des médecins soient exclus des tarifs T2A du secteur privé et remboursés à part, constitue une incohérence majeure qui pourrait inciter les établissements privés à externaliser au maximum les examens et consultations diagnostiques ou préopératoires qui sont financés séparément sur une autre enveloppe budgétaire.

Par ailleurs, en raison de la spécificité économique de l'établissement de santé privé, et dans un souci de rentabilité l'établissement de santé pourrait être tenté de favoriser la sortie la plus rapide possible de son patient afin de diminuer les coûts, et par ailleurs de veiller à une optimisation plus grande de l'ensemble de ces lits. Cela aurait pour conséquence pour l'établissement de soins privé de n'admettre que les patients présentant une pathologie nécessitant une durée de séjour courte.

Toutefois, il est à préciser que cet effet, que l'on peut qualifier de pervers n'est pas propre à l'établissement de santé privé. L'établissement public de santé pourrait être tenté également de favoriser une sortie prématurée des patients. Cependant, l'établissement de santé privé a déjà tendance à avoir des séjours plus courts. En effet, les cliniques privées privilégient les séjours médicaux inférieurs à deux jours, notamment pour les endoscopies¹¹¹⁸. Ces établissements se sont spécialisés dans des interventions chirurgicales peu complexes avec une place de l'ambulatoire deux fois plus importante dans le privé que dans le public. Le vasculaire interventionnel est le seul groupe d'activités, par exemple, où la part des cliniques est supérieure à celle du public.

Enfin, un des effets pervers de la tarification à l'activité évoqué pourrait être celui de la sélection des patients les plus rentables.

¹¹¹⁸ *Les établissements de santé – Un panorama pour l'année 2007*, coll. « Études et statistiques », DREES, publications annuelles, p. 108.

B – Le choix des patients les plus rentables, par l'établissement de santé privé dans le cadre d'une activité spécialisée

Depuis le commencement de ce travail, l'établissement de santé privé a été envisagé comme étant une entreprise, dont l'objectif premier est le profit source de survie. De par l'effet, T2A, l'établissement pourrait être tenté d'identifier les patients « les plus rentables » en calculant au préalable le coût de chaque patient en fonction de sa pathologie (1) ainsi que de la prise en compte de son âge (2). Ainsi, la sélection pourrait se faire *via* une spécialisation de l'établissement de santé dans les activités les plus rentables (3).

1. La sélection des patients en fonction de la pathologie

Une des stratégies aboutissant à une réduction de la qualité des soins consisterait, pour les établissements de santé, à identifier à l'avance (avant l'admission) les patients pour lesquels les coûts générés par le séjour sont bien pris en compte au sein du tarif GHM et éventuellement de décourager l'admission des autres patients moins « rentables » (phénomènes d'aversion au risque et de sélection des patients). Ce risque c'est le risque de sélection pure et simple des patients, en écartant de la patientèle celles et ceux qui ne seraient pas source d'une rémunération jugée suffisante, voire pour utiliser le langage économique « optimisée ».

Ce phénomène est le résultat de la variation des prises en charge spécifiques des patients au sein d'un même GHM et donc de l'hétérogénéité des coûts réels au sein d'un même tarif GHM. Les établissements peuvent aussi décider, en amont, d'éviter de se spécialiser dans les pathologies où la variation de *case-mix*¹¹¹⁹ est importante. L'existence de ce type de stratégie a été bien démontrée aux États-Unis où une grande partie des établissements a décidé de fermer ses services d'urgence entre 1983 et 1986¹¹²⁰. Ce type de comportement est peu probable en France pour les établissements qui doivent satisfaire à une mission de service public et ceux qui ont une obligation de fournir les soins d'urgence à tous les patients (dont certains sont privés). En revanche, les autres établissements privés

¹¹¹⁹ Les différences de caractéristiques des patients.

¹¹²⁰ SCANLON, William J, "The Future of Medicare Hospital payment: Modest proposals in light of Medicare's challenges", *Health Affairs*, vol. 25 (1) : 70-80, 2006.

ont, en théorie, une forte incitation financière à cibler les patients les moins graves ou pour lesquels le traitement est bien standardisé.

Inversement, ils gagneraient en productivité en restreignant l'intensité des soins pour les patients aux pathologies les plus lourdes.

2. La sélection des patients en fonction de leur âge

La proportion de patients âgés, soit plus de 80 ans, voire plus de 90 ans traités dans le secteur public est supérieure à celle rencontrée dans le secteur privé pour la plupart des pathologies. Toutes pathologies confondues, les patients qui ont 90 ans et plus représentent près de 3 % des séjours dans les établissements publics, contre 1,5 % dans le privé. Si la prothèse totale de hanche est majoritairement réalisée dans le privé, les personnes très âgées sont plus largement opérées dans les établissements publics : le taux de patients de plus de 80 ans est de 36 % dans le secteur public, contre 20 % dans le privé¹¹²¹. Par conséquent, l'établissement de santé privé pourrait être tenté de sélectionner les patients en fonction de leur âge, afin de « capter » une clientèle jeune, aux pathologies plus rentables et permettant des durées de séjour courtes.

Toutefois, ces stratégies sont rendues possibles, tant qu'il n'y a pas de seuil d'activité (défini *a posteriori*) imposé aux établissements ; ceux-ci peuvent alors, augmenter le volume des soins les plus profitables, éventuellement au détriment de la collectivité. En France, le contrôle des dépenses hospitalières globales est assuré par un mécanisme de baisse de tarifs en fonction de l'augmentation de l'activité globale. Il n'existe pas de seuils d'activité individualisés par établissement et une augmentation de l'activité globale ne reflète pas forcément le même gain d'efficience pour tous les établissements. Ainsi, à enveloppe globale constante, certains établissements vertueux peuvent être pénalisés lorsque d'autres établissements, pratiquant le cas échéant la sélection de patients et l'induction de la demande, voient leurs recettes augmenter sans pour autant être plus efficaces.

L'on rejoint alors la problématique précédemment évoquée relative aux dépassements d'honoraires, ou avec un risque de sélection, tous les patients n'auraient pas accès à tous les soins. Dans le cadre des dépassements d'honoraires le patient voit sa possibilité de choisir son médecin et la clinique réduite. Dans le cas de la tarification à l'activité, tous les patients n'auraient pas tous accès aux établissements de santé, puisque

¹¹²¹ OR, Zeynep, RENAUD, Thomas, COM RUELLE, Laure, *op. cit.*, p. 16.

c'est l'établissement qui choisirait pour eux en fonction des pathologies ou ils seraient libres de se spécialiser.

3. Par la spécialisation de l'établissement

La question de l'accès aux soins dans certaines zones géographiques ou pour certains patients doit être posée en lien avec certaines caractéristiques et risques induits par la T2A. Poursuivant une logique de concurrence par comparaison, la T2A pourrait inciter les établissements à se spécialiser davantage encore, afin d'améliorer leur processus de « production » des soins en appliquant une logique d'économies d'échelle ; ceci pourrait être générateur d'un déséquilibre de l'offre de soins au niveau local. Il en va de même du risque de fermeture de structures sous-efficientes.

Le transfert induit par la T2A d'activités de l'hospitalisation complète vers le moyen séjour, l'hospitalisation à temps partiel ou d'autres formes de prise en charge alternatives à l'hospitalisation doit s'accompagner d'une garantie de disponibilité sur tout le territoire de ces prises en charge alternatives et de leur accessibilité à tous les patients.

Là aussi, se profile une configuration plus facilement réalisable en établissement de santé privé car elle rejoint la problématique de la rentabilité.

La T2A n'a pas, en tant que telle, pour but d'améliorer la qualité des soins. Mais l'optimisation des moyens et la recherche de la performance médicoéconomique à partir du recensement des meilleures pratiques et de leur application la plus large ont bien pour résultat d'améliorer la qualité du service rendu par l'hôpital. Les risques potentiels, souvent évoqués, d'effets pervers de la tarification à l'activité ne sont pas négligeables : sélection des risques et des patients, réduction de la quantité ou de l'intensité des soins raccourcissement excessif de la durée de séjour, insuffisance des soins délivrés durant le séjour ou au contraire excès de soins correspondant à la réalisation d'actes non appropriés, sortie prématurée de patients entraînant un risque de complication et de réhospitalisation, segmentation des séjours ; tous ces phénomènes pourraient avoir une incidence sur la qualité des soins. Afin d'éviter ces risques potentiels, l'établissement de santé privé pourrait être tenté de se spécialiser, sachant que cette spécialisation existe déjà, puisque deux tiers de l'activité du secteur privé sont consacrés à la chirurgie. Si l'on comptabilise également les actes diagnostiques et d'exploration, cette part s'élève à trois quarts. À l'inverse, l'activité du secteur public est majoritairement médicale, puisqu'elle représente 62 % des séjours

d'hospitalisation. À cela s'ajoutent, au sein même de l'activité, des segments d'activité qui sont, aujourd'hui, dominants dans le secteur privé¹¹²². Ainsi, pour la chirurgie, en ce qui concerne la chirurgie vasculaire périphérique, 67 % des séjours en France sont réalisés dans les établissements privés à but lucratif, 60 % en ce qui concerne l'ophtalmologie.

À ce jour, nous disposons de trop peu de recul pour évaluer les effets éventuellement négatifs de la tarification à l'activité sur le consommateur de soins. C'est encore le stade des hypothèses.

Il convient toutefois de noter, que compte tenu de la montée en charge progressive du dispositif, tous les impacts et les effets de la réforme ne sont pas encore connus et mesurables. Toutefois, les expériences étrangères fournissent quelques points de repères sur les effets prévisibles ou réels de la T2A. De ce fait, la T2A recouvre de nombreux enjeux financiers et organisationnels qui peuvent avoir un impact sur la qualité de l'offre de soins.

¹¹²² OR, Zeynep, RENAUD, Thomas, COM RUELLE, Laure, *op. cit.*, p. 4.

CONCLUSION DE LA SECTION II

D'un point de vue du droit, l'exercice du libre choix est possible à tout moment pour le patient. C'est sous l'effet de la contrainte politique ou économique que ce libre choix se trouve limité et ne peut s'exercer. Cela se vérifie aussi bien dans le cadre des dépassements d'honoraires que du parcours de soins, où rien n'interdit au patient d'exercer son droit au libre choix si ce n'est son pouvoir d'achat et sa situation financière. Dans ce dernier cas, le choix du médecin lui est alors imposé, le choix de l'établissement de santé impossible. Poussé à l'extrême, il peut ne plus avoir accès aux soins.

Concernant la tarification à l'activité, beaucoup d'incertitudes demeurent. « Face à la nouvelle donne de la T2A chaque établissement procède aux adaptations qui lui semblent les plus appropriées en fonction de sa propre situation, c'est-à-dire son positionnement d'activité et la structure de ses coûts. Il peut chercher soit à maximiser les revenus (en multipliant les actes), soit à minimiser les coûts (par exemple en sélectionnant les risques), soit associer les deux logiques pour accroître l'écart entre les revenus et les coûts (par exemple en spécialisant son activité sur les segments les plus rentables). En outre, le système de financement étant évolutif (augmentation progressive de la fraction tarifée en T2A pour le public), les stratégies d'adaptation des établissements peuvent également évoluer »¹¹²³.

En raison de la dichotomie de notre système de santé, ces risques sont pour la plupart surtout envisageables en établissement de santé privé. Ce qui entraînerait, s'ils s'avéraient réalisés, une rupture du principe de libre choix d'accéder à l'établissement de santé privé.

Dans ces conditions, l'efficacité économique du système serait fortement contrainte et un risque pèserait sur la qualité et l'accès aux soins. Ceci met en évidence la nécessité accrue dans un tel système du déploiement d'outils favorisant et contrôlant la pertinence et la qualité des actes réalisés (référentiels de bonnes pratiques, accréditation...). Pourtant, il existe déjà une forte partition des soins entre les secteurs public et privé, ayant pour

¹¹²³ ROLLAND, Jean-Marie, *Rapport, op. cit.*

conséquence des stratégies de spécialisation par secteur et par type avérées. « Ainsi le secteur privé est plus axé sur des activités programmées, majoritairement chirurgicales, et correspondant à des prises en charge potentiellement plus homogènes et moins lourdes. L'activité médicale est essentiellement l'apanage du secteur public, en particuliers pour quelques segments d'activités plus lourds et hétérogènes par nature, pour lesquels le public réalise plus de 90 % de l'activité médicale (hématologie, neurologie, endocrinologie, pneumologie) » ¹¹²⁴.

¹¹²⁴ OR, Zeynep, RENAUD, Thomas, COM RUELLE, Laure, *op. cit.*, p. 25.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

On observe que des techniques employées par le droit de la consommation sont utilisées par le droit de la santé. C'est le cas de l'obligation d'information nécessaire à la réalisation de l'acte médical ; c'est le cas du délai de réflexion utilisé dans le refus de soins, l'IVG. Le droit de la santé a également recours à la technique du devis (dans le cadre de la chirurgie esthétique, tout chirurgien a obligation de remettre un devis à la personne examinée, sous peine d'amende s'il ne le fait pas). Enfin concernant l'obligation de sécurité et de qualité, le patient est en droit d'attendre une certaine qualité des soins et de la prise en charge depuis la mise en place des notions d'accréditation et de certification des établissements de santé.

Pour autant est-il possible d'en déduire une immixtion consumériste ?

Si les mécanismes sont utilisés par la réglementation sanitaire, ils ne sont pas caractéristiques de la réglementation consumériste. En réalité le droit de la santé ne fait qu'utiliser certaines techniques générales dont la nature et l'utilité leur donnent vocation à être appliquées dans toutes les branches du droit. Relèverait du droit à la consommation toute technique qui s'approprie le droit à la consommation et l'adapte à son projet de réglementation. En revanche certaines techniques peuvent être considérées consuméristes, car le droit de la consommation en est le créateur ou l'utilisateur. C'est le cas de la publicité, du refus de vente et de la prestation de services et du régime de responsabilité du fait des produits défectueux. Les produits de santé en sont la composante principale.

L'immixtion du droit de la consommation dans le droit de la santé, est un palliatif aux insuffisances du droit de la santé. Ainsi le patient hospitalisé en établissement de santé privé, est à la fois un client, d'un établissement qu'il a librement choisi, il est consommateur de soins, et de prestations fournies à la fois par l'établissement et le médecin, se plaçant sur un marché concurrentiel de l'offre et de la demande. Il est également un contractant de droit privé dans le cadre dans sa relation avec le médecin et l'établissement de santé privé. Il est acteur au sein d'un système de santé et citoyen jouissant de droits.

Par ailleurs, la médecine libérale se trouve conditionnée par les instruments de la planification hospitalière. Aucun spécialiste ne peut s'éloigner du plateau médicotechnique hospitalier qui lui fournit les moyens matériels de son activité. Ainsi le glissement de la concurrence vers la complémentarité, semble devoir s'appliquer pour le moins à la médecine libérale de spécialité, et la complémentarité ne sera pas un obstacle au libre choix mais sera facilitateur.

CONCLUSION DU TITRE II

La complexité du dispositif français tient à la volonté de lier des données difficilement conciliables. En effet, la France veut concilier le coût important de la médecine moderne avec une solidarité collective sollicitée dans de nombreux domaines de la vie sociale. Mais elle veut également marier cette protection sociale basée sur un financement par la collectivité avec une médecine libérale qui repose sur la liberté d'installation et de prescription du médecin et la liberté du patient de choisir son praticien. Chacune de ces données repose sur des valeurs fondamentales telles que la solidarité et le respect de la liberté¹¹²⁵.

Cependant, cette liberté qui peut amener le patient à multiplier les consultations auprès de différents médecins sans en avoir à rendre compte à quiconque, a un coût source d'une inflation importante des dépenses.

« Mais ces valeurs sont difficilement conciliables. En effet, le droit de la santé fait une large part à la liberté, le droit de la protection sociale repose sur la solidarité. Les règles de protection sociale conditionnent de plus en plus la prise en charge financière des prestations de santé. Or le risque est qu'une augmentation trop forte de la dépense socialisée finisse par affaiblir l'adhésion de la collectivité au principe de solidarité et, au-delà, finisse par faire exploser le système de protection sociale. C'est la raison pour laquelle la France opte de plus en plus fréquemment pour des mesures incitatives conduisant à limiter à la fois la liberté et l'égalité de tous à l'accès aux soins »¹¹²⁶.

Par ailleurs, sous la contrainte économique, les autorités de tutelle privilégient des coopérations et délivrent des autorisations d'activité de soins pour un bassin de population et pour un nombre d'établissements donnés. C'est la contrainte politique qui s'exerce alors sur le libre choix du patient.

¹¹²⁵ Art. 1, 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (Archives parlementaires de 1787 à 1860. Du 5 mai 1789 au 15 septembre 1789).

¹¹²⁶ FEUILLET, Brigitte, *L'accès aux soins, entre promesse et réalité*, RDSS, juillet-août t. 2008, n° 4, p. 713 à 714.

Pour autant, on s'aperçoit que le droit au libre choix du patient est respecté tout au long de sa prise en charge. Ce qui rend difficile son application est à la fois la contrainte économique et politique qui fait que le patient selon les cas ne peut exercer ce droit dans le cadre de la médecine libérale.

Lorsqu'il est hospitalisé en établissement de santé privé, son libre choix commence à s'exercer dans le cabinet de consultation du médecin adresseur ; ce qui va conditionner tout son cheminement médical.

Hospitalisé en établissement de santé privé, il devient à la fois une partie prenante au contrat et dans le même temps tiers au contrat. Mais le patient réagit aussi comme un consommateur de soins qui fait jouer l'offre et la demande sur un marché concurrentiel que constitue, l'établissement de santé privé, entreprise privée. Pour autant peut-on dire qu'il est un consommateur de soins ?

Sur le marché concurrentiel que constitue l'établissement de santé privé, le patient est à la fois consommateur et client. Le but étant un moindre coût pour le consommateur ou au moins un meilleur rapport qualité /prix. Or l'objet de la prestation, la santé du patient interdit déontologiquement de pratiquer la médecine comme un commerce. Par ailleurs le jeu de la concurrence pourrait entraîner soit une envolée des prix soit des prestations au rabais, et par conséquence une médecine à deux vitesses, en totale rupture avec l'obligation constitutionnelle faite à la nation d'assurer à tous la protection de la santé.

Pourtant, les différentes mesures adoptées pour réduire le « nomadisme » médical n'ont ainsi ni pour objet, ni pour effet de porter atteinte au libre choix du malade ; qu'il s'agisse du « médecin référent », ou plus récemment du « médecin traitant »¹¹²⁷, la liberté du patient n'est pas remise en cause : d'une part, il est invité à choisir son médecin ; d'autre part, il peut revenir sur ce choix...

C'est parce que le patient peut choisir le professionnel ou l'établissement de santé qui lui conviennent le mieux qu'il existe une concurrence effective entre services de santé. Certains d'entre eux attirent la clientèle, quand d'autres sont désertés. Il leur faut donc développer une stratégie pour faire venir les malades. Les relations et la réputation remplacent ici la publicité. Elles reposent sur des éléments objectifs et subjectifs, dont aucun ne peut être négligé par les prestataires de services.

Par ailleurs, l'assuré social qui choisit pour des raisons de convenance personnelle un établissement privé dont le tarif de responsabilité est plus élevé que celui d'un

¹¹²⁷ Cf. loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance-maladie, *JO*, 17 août 2004, p. 14598.

établissement offrant des prestations identiques à moindre coût subit les conséquences financières de son choix.

Par conséquent quel statut pour le patient, consommateur, client, citoyen ou usager du système de santé ?

CONCLUSION GÉNÉRALE

La problématique posée par ce travail concernait l'existence d'un éventuel statut du patient hospitalisé en établissement de santé privé, du fait de la dualité de l'offre de soins, à la fois publique et privée. Afin de tenter de répondre à cette demande, il a été envisagé d'appréhender l'influence de la spécificité privée de l'établissement de santé sur les droits du patient et sur sa situation d'hospitalisé.

1. La dualité de l'offre de soins

Comme cela fut évoqué tout au long de ce travail, le système de santé français repose sur une dichotomie publique/privée, et ce, malgré une volonté de complémentarité des pouvoirs publics. Un secteur public fortement représenté et une offre de soins privée prépondérante qui ne fait que renforcer sa position au sein de l'offre de soins, mais sur des spécialités bien déterminées, que constituent la médecine, la chirurgie, l'obstétrique et les soins de suite et de réadaptation. L'hospitalisation privée représente un moteur économique important, comme ont pu le démontrer les nombreuses, voir parfois trop nombreuses statistiques de ce travail.

Par ailleurs, l'hospitalisation privée s'est depuis longtemps orientée vers l'hospitalisation partielle contrairement au secteur public..

Enfin, depuis la loi HPST, les missions de service public, jusque là exclusivement confiées à un établissement public, ou un établissement privé participant au service public, peuvent être, sous certaines conditions accomplies par tout établissement de santé quel que soit son statut.

2. Des droits du patient fondamentaux, constitutionnellement garantis pour certains.

Leur consécration est intervenue avec la loi du 4 mars 2002. La difficulté de leur consécration tient peut-être à la diversité de vocabulaire utilisée pour qualifier une personne hospitalisée : patient, malade, usager....

Pour autant, quel que soit les termes utilisés, tout utilisateur du système hospitalier dispose de droits. Ces droits étant fondamentaux, constitutionnellement garantis pour certains, doivent s'appliquer à tous, quel que soit le statut de l'établissement d'hospitalisation.

Par conséquent, pourquoi se poser la question du statut du patient hospitalisé en établissement de santé privé ?

4. Les spécificités de l'établissement de santé privé, sont aussi bien structurelles, économiques que juridiques.

L'établissement de par sa nature « privée » présente des spécificités, aussi bien dans sa gestion, que dans son fonctionnement. En effet, l'établissement de soins privé doit être considéré comme une entreprise dont l'objectif premier est la rentabilité dans un souci de la meilleure prise en charge du patient. A cette fin, il connaît des restructurations importantes qui tendent à des regroupements de plus en plus fréquents de cliniques, permettant par une mutualisation de moyens de répondre à l'exigence de plus en plus grande des patients désireux de bénéficier des meilleures technologies. En offrant, un plateau technique plus performant, la structure de soins espère attirer plus de clients potentiels que sont les patients. A ce titre, elle se positionne sur un marché concurrentiel, cependant bien encadré, et limité par l'environnement particulier que constitue le monde de la santé.

5. L'établissement de santé privé est un nœud de contrats

Cette spécificité privée est à l'origine d'une multitude de contrats nécessaires au bon fonctionnement de l'établissement de santé et à la meilleure prise en charge du patient (malade).

Ainsi l'exploitation de l'entreprise « établissement de santé privé » repose sur l'application simultanée de ces contrats, parmi lesquels le contrat d'exercice qui organise les relations entre l'établissement de santé privé et le professionnel de santé libéral. Comme tout contrat, le contrat d'exercice rappelle les obligations de chacune des parties et constitue en cela une protection aussi bien pour le médecin que pour la clinique, et une garantie pour le patient afin que lui soient délivrés des soins de qualité, dans la plus grande sécurité qui soit.

Contrairement au contrat d'exercice, deux autres contrats intéressent directement le patient. Ce sont le contrat médical et le contrat d'hospitalisation, le premier liant le patient au médecin et le second établi entre le patient et l'établissement de santé privé.

6. Le patient hospitalisé en établissement de santé privé se retrouve au sein d'une triple relation contractuelle.

Si le patient n'est pas directement lié au contrat d'exercice, il constitue la raison d'être de ce dernier. Cependant, ce qui traduit en tout premier lieu, la condition de contractant de droit privé du patient, c'est avant tout la relation de confiance qui unit le patient à son médecin.

Par ailleurs, le patient se trouve également lié par l'intermédiaire du contrat d'hospitalisation, à la clinique. Par ce contrat, l'établissement de soins, s'engage à fournir « avec prudence et diligence des soins attentifs et consciencieux ».

Cette relation contractuelle concrétise la spécificité privée de l'établissement de santé qui fait du patient hospitalisé un contractant de droit privé contrairement au patient hospitalisé en établissement public de santé, qui lui est un usager du service public.

Bien que chaque contrat soit conclu séparément, tous sont indivisibles : le médecin ne peut contracter avec le malade que s'il a d'abord contracté avec l'établissement afin d'y exercer son art et recevoir ses malades ; le malade ne peut se faire soigner dans la clinique que s'il a conclu, le contrat d'hospitalisation. Le contrat est à la fois au service du patient et l'instrument d'encadrement de l'activité des professionnels de santé.

Bien que ces trois contrats déterminent la condition juridique du patient, contractant de droit privé, ils sont empreints de peu de formalisme. Peut-être est-ce pour cela, que le contrat médical est remis en cause, au prétexte que l'obligation légale et jurisprudentielle y supplée ? Mais bien que remis en cause, il demeure. Pour autant, le patient contractant de

droit privé dispose-t-il des mêmes droits que le patient usager de l'établissement public de santé ?

Le contrat constitue l'élément essentiel de la spécificité de l'établissement de santé privé. Mais, afin de déterminer un éventuel statut du patient voir une condition de ce dernier, il était donc légitime d'en apprécier les effets, sur les droits du patient, seules règles organisant leur quotidien lors d'une hospitalisation.

7. L'influence de la relation contractuelle sur les droits du patient

Parce qu'il est fondamental et peut-être parce qu'il en conditionne beaucoup d'autres, c'est le droit au libre choix, qui fut étudié dans sa relation au contrat et de l'impact de ce dernier complété par l'impact de la relation contractuelle sur le droit à réparation du patient.

Par conséquent, un statut pour le patient hospitalisé en établissement de santé privé ?

8. Une condition plus qu'un statut ?

Telle était la problématique de cette thèse. Mais dès les premiers développements, une deuxième question s'est posée : une condition ou un statut ?

Si l'on s'en réfère aux définitions données au commencement de ce travail¹¹²⁸, concernant le statut, il est écrit qu'il s'agit d'un ensemble de textes qui régissent la situation d'un groupe d'individus. Au contraire, la condition se rapporte « à la situation d'une personne ».

Aussi peut-on rejoindre B. Pitcho, qui écrit que le patient n'a pas de statut. « La démocratie sanitaire, quant au statut du patient, semble porter une utopie qu'elle ne parvient pas à matérialiser. Il est reconnu au patient la liberté d'expression dans le système de santé, de nouvelles responsabilités ainsi qu'un rôle fondamental. L'ensemble des dispositions de la loi du 4 mars 2002 tendent ainsi à consacrer l'autonomie de la personne, afin que son opinion puisse être prise en compte. En introduisant une définition collective du

¹¹²⁸ Titre I, chapitre I, section I

patient, le législateur a pourtant interdit toute possibilité de qualifier celui-ci. », et B. Pitcho de conclure à l'absence de statut du patient »¹¹²⁹.

Par conséquent, si on adopte cette thèse selon laquelle le patient n'a pas de statut, ne serait-il pas préférable de parler de condition plutôt que de statut ? En effet, qu'il soit hospitalisé en secteur public ou privé, l'individu relève d'une condition unique qui est celle de patient (ou de malade¹¹³⁰), acteur principal de sa propre vie. Malade, peu importe le statut de l'établissement de santé, la maladie s'impose à lui et des droits identiques, quel que soit l'établissement de santé lui sont appliqués.

En revanche, sa condition juridique apparaît comme « multiple », puisque le patient est à la fois contractant de droit privé, client d'une entreprise privée, qualifications que lui confère la spécificité privée de l'établissement de santé. Il est également un consommateur de soins qui se positionne sur le marché de l'offre et de la demande.

Mais avant tout le patient hospitalisé en établissement de santé privé est un citoyen qui demeure libre de ses choix. D'un point de vue juridique, il est libre de choisir son médecin, son établissement de santé. Quand il ne peut exercer ce droit c'est aussi bien la contrainte économique que politique qui lui impose ce non droit.

Par conséquent, serait-on tenté de dire que le patient dispose d'une condition unique et d'un statut hybride qui fait que, selon les circonstances, il peut-être patient, malade, usager, consommateurs de soins, client, et citoyen. Tout ceci amène à penser que plus qu'un statut hybride, le patient relève d'un statut pluriel, difficilement qualifiable qui pourrait laisser conclure *in fine* à l'absence de statut.

¹¹²⁹ PITCHO, Benjamin, *op.cit*, p. 603.

¹¹³⁰ Il n'est pas nécessaire de souffrir pour être hospitalisé

BIBLIOGRAPHIE

1° Les Ouvrages

2° Les Thèses

3° Arrêts, Articles et Notes

4° Avis et Rapports

ALLAL, Patrick, FRAISSEIX, Patrick, GUILHEMSANS-CABAL, M.-Françoise, SAILLARD, M.-Odile, *Droit hospitalier : établissements de santé, institutions sociales et médico-sociales*, Paris, PUF, 2003.

ARISTOTE, *Métaphysique*, 12,10-19 à 15-23, trad. TRICOT, Paris, Vrin, 1974.

CAILLE Catherine, DANTI-JUAN, Michel. *La responsabilité pénale des établissements de santé* dans Mélanges en l'honneur de Jean-Henri Soutoul, Bordeaux, éd., LEH, 2000. p. 41.

CHAPUS, René, *Droit administratif général, Tome 1*, 15^e éd., Paris, Domat Droit Public, Montchrestien, 2001.

CLÉMENT, J.-Marie, *Les grands principes du droit de la santé*, 1^{ère} éd., Bordeaux, éd., LEH, 2005

CLÉMENT, J.-Marie, *Contribution pour une vraie réforme hospitalière*, Bordeaux, éd., LEH, 2008

CLÉMENT, J.-Marie, *Histoire des réformes hospitalières sous la Ve République*, Bordeaux, éd., LEH, 2010

CORNU, Gérard, *Regards sur le titre III du livre III du Code civil*, « Les Cours de droit », 1977

CORNU, Gérard, *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F, 8^e éd., 2007

COUTY, Edouard, KOUCHNER, Camille, LAUDE, Anne, TABUTEAU, Didier, *la loi HPST : Regards sur la réforme du système de santé*, Presses de l'EHESP, 2009

CREPEAU, P.-A., La responsabilité civile de l'établissement hospitalier en droit civil canadien. 1981 (26, R. Dr. Mc. Gill, spé. p. 719)

DUPONT, Marc, BERGOIGNAN-ESPER, Claudine, PAIRE, Christian, *Droit hospitalier*, 6^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2007

DURIEZ, Marc, chargé de mission du Haut Comité de Santé Publique, *Le système de santé français*, PARIS : éd., PUF, Que sais-je, Avril 1999

EVIN, Claude, *Les Droits des usagers du système de santé*, Paris, Berger-Levrault, 2002

FAVOREU, Louis Droit des libertés fondamentales, éd., n° 5, Paris, Précis Dalloz 2000,

FANTINO, Bruno, ROPERT, Gérard, *Le système de santé en France : diagnostics et propositions*, Paris, éd., Dunod, 2008

FLOUR, Jacques, AUBERT, J.-Luc., FLOUR, Yvonne, SAVAUX, Eric., *Les obligations, t. III, Le rapport d'obligation*, Paris, A. Colin, éd., 1999, n° 180.

GHESTIN, Jacques, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3^{ème} éd., LGDJ, 1993, n°188.

GROLIER, Jacques, *Le financement des hôpitaux publics*, ENSP, éd. 1998

GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle, Droits des malades, vers une démocratie sanitaire ?, Paris : La documentation française, 2003.

HARICHAUX, Michèle, *La rémunération du médecin*, éd Economica, 1979, préface B. Oppetit

HEINRICH, L, VALERIAN, F, *La Santé marchande –Cliniques commerciales et commerce de cliniques*, ENSP, éd. 1991

HASSENTEUFEL, Patrick, *Les médecins face à l'Etat, une comparaison européenne*, Presses de sciences Po, 1997.

IMBERT, Jean, *Histoire des hôpitaux en France* », 7^{éd.} Paris, P.U.F., coll. « Que sais-je ? », 1996.

LAMBOLEY, Annie, *La société civile professionnelle, un nouveau statut de la profession libérale*, éd. Litec-1974, préface. Savatier, n° 81 et s.

LAUDE, Anne (dir), *Lamy, Droit de la santé*, éd. Octobre 2002, Paris, Lamy

LAUDE, Anne, MATHIEU Bernard, TABUTEAU, Didier, *Droit de la santé*, Paris, Themis Droit, PUF, 2^e édition mise à jour, 2010

LECA, Antoine, *Droit de la médecine libérale*, éd., Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2005

LEMOYNE DE FORGES, Jean-Michel *L'hospitalisé*, Berger-Levrault, Paris, 1983

LEMOYNE DE FORGES, Jean-Michel, *De la politique d'humanisation des hôpitaux à la charte du malade hospitalisé*

LE SCOLAN, Stan, PELLET, Rémi, *Hôpitaux et Cliniques les nouvelles responsabilités*, Paris, *Economica*, 2003.

LUCAS-BALOUP, Isabelle, VORMS, B, *Médecins-cliniques, le contrat d'exercice*, Paris, SCROF, 2001

MALAUURIE, Philippe, AYNES, Laurent, *Les obligations*, Defrénois, 2^e éd., 2005, n^{os} 952 et s.

MANUILA, Ludmila, MANUILA, Alexandre, NICOULIN, Monique *Dictionnaire médical* : 7e éd., Paris, Masson, 1996

MELLEN, X.-C, 1957, BR, 389 et s.

MÉMETEAU, Gérard, *L'hospitalisation privée*, Litec, n° 140-1.

MÉMETEAU, Gérard, *Contrat d'exclusivité de la clinique, et volonté de l'hospitalisé*, Nouv.pr. mèd., 1974

MÉMETEAU, Gérard, *Cours de droit médical*, 2^{ème} éd, Bordeaux, éd., LEH, 2003

PÉDAMON, Michel, *Droit commercial*, 2^e éd, Paris, Précis Dalloz, n° 34, 21.

PELLET, Rémi, SKZRYERBAK, Arnaud, *Leçons de droit social et de droit de la santé*, Leçon n° 14 : Les conventions médicales, Paris, Dalloz-Sirey, 2008

PENNEAU, Jacques, *La responsabilité du médecin*, Paris, Dalloz, « Connaissance du droit », 3^e éd., 2004

PORCHY-SIMON, Stéphanie, *Droit civil deuxième année. Les obligations*, Paris, Dalloz, « hyper Cours », 2^e éd., 2002, n° 27.

PORTES, Louis, *A la recherche d'une éthique médicale*, Paris, éd. Masson-PUF, 1964, pp. 168 et s.

RENAULT-BRAHINSKY, Corinne, *Droit des obligations*, 8^e éd., Paris, Mémentos LMD, Gualino, 2011

SCANLON, W.J, *The Future of Medicare Hospital payment: Modest proposals in light of Medicare's challenges*", *Health Affairs*, vol. 25 (1): 70-80, 2006.

SCHUMPETER, Joseph, *Théorie de l'évolution économique, recherches sur le profit, le crédit, l'intérêt et le cycle de la conjoncture*, Paris, Dalloz, 2000.

TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves, *Droit civil, les obligations*, 10^e éd., Paris, Précis Dalloz, 2009

TRUCHET, Didier, Hôpitaux (responsabilité des services hospitaliers), *Resp. puiss. publ.*, Paris, Dalloz, septembre 2005, n° 78

TRUCHET, Didier, *Droit de la santé publique*, 7^{ème} éd., Mémento Dalloz, 2009

VOLTAIRE, *Essai sur l'histoire générale et sur les mœurs et l'esprit des nations depuis Charlemagne jusqu'à nos jours*, Cramer, 1756.

WALINE, Jean, *Droit administratif*, 23^e éd., Paris, Précis Dalloz, 2010

BARDOUL, Jacques, *Médecins et cliniques ; les médecins dans leurs rapports juridiques avec les cliniques*, Thèse Paris, déc. 1950

CLÉMENT, Cyril, *La responsabilité du fait de la mission de soins des établissements publics et privés de santé*, Thèse. Paris VIII, 5 février 1997, Bordeaux, éd., LEH. 2001, préface A. Demichel

CRISTOL, Danielle, *La concurrence entre le service public hospitalier et les cliniques privées*, Thèse Nice, décembre 1993

DANET, L, *Les problèmes actuels des cliniques privées*, Thèse université de Bordeaux, 29 janvier 2003

DELORT, S, *La responsabilité des chirurgiens, des anesthésistes et des établissements de santé*, Thèse Paris II, 25 octobre 2003.

EVIN, Claude, *Les concepts fondateurs des droits des usagers du système de santé*, Thèse pour le Doctorat de l'Université de Paris VIII, droit public, 2001

GIRER, Marion, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins, Essai de remise en cause du contrat médical*, Bordeaux, LEH, Collection thèses, 2008

KOSTIC, Gérard, *L'intuitu personae dans les contrats de droit privé*, Thèse Paris V, 14 oct. 1997, n° 240 et s.

LANTRES, Olivier, *La responsabilité des établissements de santé privés*. Thèse de droit privé, Poitiers, le 29 octobre 1999, Bordeaux, éd., LEH, Collection thèses, 2001

LEMOYNE DE FORGES, Jean-Michel, *Le statut de l'hospitalisé en France*, Paris II, 1972, Paris II

MICHEL-XISTE, Barbara, *Les Relations juridiques entre les praticiens de santé, les cliniques privées et les patients*, Thèse, Poitiers, 4 avril 2000, LEH., éd., 2001.

PITCHO, Benjamin, *Le statut juridique du patient*, Bordeaux, LEH, Collection thèses, 2004

PORCHY, Stéphanie, *Volonté du malade et responsabilité du médecin*, Thèse en droit, Lyon, 1996

ALMERAS, Jean-Pierre, Le protocole d'accord entre la profession médicale et l'hospitalisation privée, *Conc. Méd.*, 4 janvier 1975, p. 97 ; Recommandations communes..., *Conc. Méd.*, 8 février 1975, P. 972.

ANTONMATTEI, Philippe, *Contribution à l'étude de la force majeure*, « Bibliothèque de droit privé », t. CCXX, 1992, LGDJ, « Ouragan sur la force majeure », *JCP*, éd. G, 1996, I, 3907.

BONNICI, Bernard, La réforme du financement des établissements de santé, *La Gazette du palais*, n°5, 6 et 7 juin 2007, p. 157 à 158.

CAILLE, Catherine, fasc. Responsabilité médicale, Dictionnaire permanent de bioéthique, n° 78.

CHABAS, François, La responsabilité des cliniques pour défaut d'organisation, *Gaz. Pal.* 2001, 1, doct. p. 38.

CHABRUN-ROBERT, Catherine, « Vers de nouveaux rapports médecins-cliniques ? », *le Concours médical*, 12 avril 1986, p. 1166.

CLAVERANNE, Jean-Pierre, PIOVESAN, Didier, la clinique privée, un objet de gestion non identifié, *Revue française de gestion*, 2003/5 – n° 146, p. 143.

CORDIER, Marie, Hôpitaux et cliniques en mouvement : changement d'organisation de l'offre de soins et évolution de l'attente des patients, *Etudes et Résultats* n° 633, DREES, avril 2008.

CORMIER, Maxence, La régulation de la concurrence par les agences régionales de l'hospitalisation, *RGDM*, n° spécial, service de santé et concurrence, 2005, P. 21-41.

CORMIER, Maxence, Quels impacts de la planification et des autorisations sanitaires sur les contrats d'exercice ?, *RGDM*, n° 21, 2006, P. 27-30.

CORMIER, MAXENCE, Le phénomène contractuel en droit de la santé, *RGDM*, n° spécial le contrat en droit de la santé, 2007, p. 9-29.

DAVER, Corinne, Existe-t-il un modèle de contrat, ou comment faire pour atteindre l'équilibre, *RGDM*, 2006, n° 21, p. 10 à 12.

DE JUGLART, Michel, L'obligation de renseignement dans les contrats, *R.T.D.C.*, 1945.

DEMOGUE, René, *RTDC*, 1936, 691.

DORSNER-DOLIVET, Annick, Le consentement au traitement médical, une liberté fondamentale en demi-teinte, *RFDA*, 2003-531.

FEUILLET, Brigitte, L'accès aux soins, entre promesse et réalité, *RDSS*, juillet – Août 2008, n° 4, pages 713 à 714.

GIRER, Marion, Le consentement contractuel mythe et réalité, *RGDM* n° 13, 2004, P. 41-58.

GUIGNARD, Laurence, Les ambiguïtés du consentement à l'acte médical en droit civil, spéc. p. 47.

GUTERMAN, Stuart, Specialty Hospitals: a problem or a symptom?, *Health Affairs*, Volume 25 (1), 95-105, 2006.

HARICHAUX, Michèle, Indépendance des médecins et nouvelles structures de l'hospitalisation privée, *RDSS*, 1990, p. 463.

HARICHAUX, Michèle, *La responsabilité médicale et les établissements d'hospitalisation privée, Traité de droit médical et hospitalier*, Paris, fasc. 19-1, 2000, n° 13, 15 et 19-1, 17, p.7.

JOURDAIN, Patrick, Nature de la responsabilité et portée des obligations du médecin, *Resp. civ. et assur.* juillet 1999, hors série : Droit de la responsabilité médicale, dernières évolutions, p. 4.

JOURDAIN, Patrick, L'imprévisibilité de la force majeure : une pomme de discorde entre la première et deuxième chambre civile, *RTDC*, 2003, p. 301.

LECA, Antoine, *Un siècle de droit médical en France (1902-2002) : de la lutte contre les épidémies aux droits des patients*, Victoria University. Wellington. *Law.rev.* 207 (2004), p. 207.

LECA, Antoine, un siècle de droit médical en France (1902-2002) : de la lutte contre les épidémies aux droits des patients, *RGDM*, numéro spécial, 2004, p. 66.

LEMOYNE DE FORGES, Jean-Michel, Qu'est-ce que le droit de la santé ? : *RGDM*. 2005, p. 17.

LEMOYNE de FORGES, Jean-Michel, *Les hôpitaux public et privé, et l'évolution de leur responsabilité*, séminaire Euroforum « nouvelles responsabilités médicales ; quels enjeux ; comment vous adapter, », Paris, 3-4 avril 1996, P.7.

LEVENEUR, Laurent, Le forçage du contrat, Dossier : que reste t-il de l'intangibilité du contrat ?, *Droit et patrimoine*, n° 58, mars 1998, P.69.

MAILLARD, Christian, La liberté des hôpitaux dans l'histoire, *R.S.F.H.H.*, n° 80, 4/1995, p. 36.

MÉMETEAU, Gérard, Une innovation dans la gestion des établissements de soins privés : les chaînes de cliniques, *RDSS*, 1986, p. 618.

MÉMETEAU, Gérard, *R.D.S.S.*, 1995, p. III. ; *Conc.méd.*, 25 juin 1994, p. 2069.

MÉMETEAU, Gérard, La responsabilité hôtelière de la clinique privée, *RDSS*, 1995, P. 475.

MÉMETEAU, Gérard, La responsabilité médicale de la clinique, *RDSS* 33 (1) janv-mars 1997, P. 96-97.

MÉMETEAU, Gérard, contrats entre médecins et cliniques, *RDSS*, 2000, P. 204.

MÉMETEAU, Gérard, *Médecine et Droit*, 2005, p. 55-60.

MÉMETEAU, Gérard, Du contrat d'hospitalisation, *Médecine et Droit*, 2005, p. 61-71.

OR, Zeynep, RENAUD, Thomas, COM RUELLE, Laure, Les écarts de coûts hospitaliers sont-ils justifiables ? , *publication de l'IRDES*, DT n° 25, mai 2009, p. 4.

PELLET, Rémi, Assurance maladie et territoire, *RDSS*, n° hors-série 2009, p. 41.

PITCHO, Benjamin, La notion de patient, malade, citoyen, *RGDM*, 2004, numéro spécial, p. 56.

PRETOT, Xavier, L'évolution du régime juridique des conventions médicales : du contrat doué d'effets réglementaires au règlement à l'élaboration concertée, *Dr. Soc.* 1997.845.

REBECQ, Geneviève, Le parcours de soins institué par la loi du 13 août 2004, cinq ans après, *RDSS*, n° 4 juillet – août 2009, p. 610-611.

SARGOS, Pierre, Le nouveau régime des infections nosocomiales, *JCP* 2002.I.276.

SCANLON, William J, The Future of Medicare Hospital payment: Modest proposals in light of Medicare's challenges", *Health Affairs*, vol. 25 (1): 70-80, 2006.

SAVATIER, Robert, Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, Paris, *Dalloz*, 1959, n° 331

TABUTEAU, Didier, La liberté tarifaire, *Droit social* 2003-424 ; Les standards de la réforme, *Dr. Soc.* 2004-872.

TERRIER, Emmanuel, La jurisprudence et la loi du 4 mars 2002 : impulsion ou anticipation ? *RGDM*, numéro spécial, 2004, p.13.

THOUVENIN, Dominique, Les avatars de l'article 16-3 du Code Civil, *Dalloz*. 2000, ch. P. 489.

THOUVENIN, Dominique, Droits des malades, Pourquoi une loi relative aux droits des malades a-t-elle paru nécessaire ?, *Revue hospitalière de France*, n° 487, juillet-août 2002, p.1.

TRUCHET, Didier, Quels espaces de concurrence pour les services de santé, *RGDM*, 2005, Hors série, p. 20.

VACARIE, Isabelle, Les tensions entre le droit de la santé et le droit de la sécurité sociale, *RDSS* n° 6.

VIALLA, François, La responsabilité du médecin salarié, *RGDM*, n° 37, décembre 2010, p. 55.

4-1 ARRÊTS RENDUS PAR LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

CJCE, 19 février 2000 (12 septembre 2000), *Pavel Pavlov e.a. c/Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, affaires jointes C. 180/98 à C. 184/98, points 76-79, Rec., 1, 6451.

CJCE 16 mai 2006, aff. C-372/04 et CJCE 19 avril 2007, aff. C-444/05, *RDSS*, 2007. 633, note J-P Lhernould.

4-2 AVIS

4.2.1 Avis rendu par le comité national d'éthique

Avis rendu par le Comité Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie et de la Santé (CCNE), Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche, Avis, n°58, 12 juin 1998, p.7.

4-2-2 Avis rendu par le Conseil Économique et Social

Avis rendu par le Conseil Economique et Social des 12 et 13 septembre 1995 relatif aux droits de la personne malade, Joces 1996, n°16 p.9.

4-3 RAPPORTS

4-3-1 Rapport du Conseil d'État

Rapport public du Conseil d'État 2003, Considérations générales : Perspectives pour la fonction publique (EDCE n° 54), 2003.

Rapport public du Conseil d'État 2004, Considérations générales : Un siècle de laïcité (EDCE n° 55), 2004.

4-3-2 Rapports de la Cour de cassation

GIRAUD, Francis, DÉRIOT, Gérard, LORRAIN, Jean-Louis, Rapport annuel de la Cour de cassation 2007

4-3-3 Rapport de la Cour des comptes et de la sécurité sociale

Rapport Annuel de la Cour des comptes sur la sécurité sociale, septembre 2000

4-3-4 Rapports de l'inspection générale de l'inspection générale des affaires sociales

ABALLEA, Pierre, BARTOLI, Fabienne, ESLOUS, Laurence, YENI, Isabelle, Membres de l'inspection générale des affaires sociales, *Les dépassements d'honoraires médicaux*, Rapport IGAS n° RM 2007- 054P, Avril 2007.

CHAMBAUD, Laurent, KHENNOUF, Mustapha, LANNELONGUE, Christophe, Membres de l'inspection générale des affaires sociales, **avec le concours de MORDELET Patrick, DUSEHU Etienne, GEFFROY Loïc, Conseillers généraux des établissements de santé**, *Enquête sur la rémunération des médecins et chirurgiens hospitaliers*, Rapport IGAS n° RM 2008-147P, Janvier 2009.

FATOME Thomas, VERNEREY Michel , LALANDE Françoise , VALDES BOULOUQUE Martine , FROMENT Blandine , Membres de l'inspection générale des affaires sociales, *L'organisation des soins aux détenus* : Rapp. D'évaluation, juin 2001

4-3-5 Rapports parlementaires

DESCOURS, Charles, *Rapport relatif à la permanence des soins*, remis le 22 janvier 2003 à J.F.Mattei, Ministre de la santé. La Documentation française, P. 5.

JEGOU, Jean-Jacques, Avis n° 58, Sénat, présenté au nom de la Commission des finances sur le projet de loi de financement de la Sécurité sociale pour 2005 adopté par l'Assemblée nationale, sess. ord. 2004-2005, accessible sur le site du Sénat : [http : //www.senat.fr](http://www.senat.fr).

LARCHER, Gérard, *Rapport de la commission de concertation sur les missions de l'hôpital*, présidée par M. Gérard Larcher, 2008, p. 22.

ROLLAND, Jean-Marie, Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi (n° 1210) *portant réforme de l'hôpital et relatif aux patients, à la santé et aux territoires*, Tome 1, Doc. AN, 5 févr. 2009, n° 1441, p. 14.

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉS	3
TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	9
SOMMAIRE	19

INTRODUCTION	25
I – Le cadre de l'étude	29
II – Démarche adoptée	29

TITRE PRÉLIMINAIRE

ÉVOLUTION DE L'HOSPITALISATION PRIVÉE ET DE LA CONDITION COMMUNE DES PATIENTS HOSPITALISÉS	31
--	----

CHAPITRE I	35
LE DROIT À LA PROTECTION DE LA SANTÉ EST UN DROIT CONSTITUTIONNELLEMENT GARANTI	35

SECTION I

Le patient sujet de droits	36
----------------------------	----

Paragraphe 1 – Du patient... au malade	36
--	----

A – La coexistence étymologique de la notion de patient/malade	37
1. L'identification du patient, qu'est-ce qu'un malade ?	37
2. L'abandon du patient pour le malade, qu'est-ce qu'un malade ?	38
3. L'utilisateur du système de santé se substitue au patient	39
3.1 Le système de santé	39
3.2 L'utilisateur du système de santé	40
B – La possible qualification « statutaire » de l'individu citoyen sanitaire	41
1. Qu'est-ce qu'un statut ?	42
2. Une condition plus qu'un statut ?	43

Paragraphe 2 – Du patient objet de droits au malade sujet de droits	44
A – Une diversité normative pour encadrer la condition du patient objet de droits	44
1. Une consécration à la fois légale et réglementaire	45
1.1 Une lente évolution légale et réglementaire encadre les droits du patient	45
1.2 La consécration législative des droits du malade par la loi du 4 mars 2002	46
2. Une consécration jurisprudentielle et déontologique avant une consécration légale et réglementaire	47
2.1 La consécration jurisprudentielle générale dans ses principes	47
2.2 La consécration déontologique	48
B – Une longue évolution historique pour encadrer les droits du patient hospitalisé	49
1. De l’humanisation des hôpitaux à la démocratie sanitaire	49
1.1 Le décret n° 74-27 du 14 janvier 1974 instaurant la première charte du malade hospitalisé	51
1.2 La charte du malade hospitalisé du 6 mai 1995, une consécration symbolique des droits du patient	51
2. La consécration de la dimension humaine du patient hospitalisé avec la loi du 4 mars 2002.	53
 CONCLUSION DE LA SECTION I	 55
 SECTION II	 56
Le patient hospitalisé, sujet de droits	56
 Paragraphe 1 – Le droit du patient à être hospitalisé	 56
A – Une longue évolution historique du droit à l’hospitalisation	57
B – Le droit à l’hospitalisation dès le ^e xix siècle, garantit l’accès aux soins pour tous	58
1. Garantir l’accès aux soins pour tous	58
2. Un droit à l’hospitalisation pour chacun	59
 Paragraphe 2 – Le patient hospitalisé a des droits, des droits fondamentaux, constitutionnellement garantis pour certains	 60
A – Les droits fondamentaux inhérents à la personne humaine	61
1. Le principe de liberté, un principe incontournable, constitutionnellement garanti	62
1.1 Un principe d’origine légale et jurisprudentielle	62
a) Un principe d’origine légale	62
b) Un principe d’origine jurisprudentielle	64
1.2 Un double choix pour le patient	66
a) Le libre choix du médecin	66
b) Le libre choix de l’établissement de santé : Toute personne est libre de choisir l’établissement de santé qui la prendra en charge	67
2. Le droit au respect de la vie privée : Le secret médical dans le sens d’un renforcement de la protection des droits des malades	68

B – Les droits fondamentaux inhérents à la personne malade	69
1. Le droit au respect de la dignité	69
2. Le principe d'égalité-équité	70
2.1 Le droit à l'égal accès aux soins	71
2.2 Le respect du principe de non-discrimination	72
3. Le droit à des soins de qualité	74
3.1 Le droit à des soins appropriés	74
3.2 Le droit à la continuité des soins	75
4. L'établissement doit assurer une information accessible et loyale au patient	75
5. Un acte médical ne peut être pratiqué qu'avec le consentement libre et éclairé du patient	77
 CONCLUSION DE LA SECTION II	 78
 CONCLUSION DU CHAPITRE I	 80
 CHAPITRE II	
ASSURER LE DROIT À LA PROTECTION DE LA SANTÉ POUR TOUS EST UNE MISSION DE SERVICE PUBLIC	81
 SECTION I	
Les missions de service public peuvent être assurées par les établissements de santé quel que soit leur statut	82
 Paragraphe 1 – L'établissement de santé est un établissement non identifié	82
A – L'hôpital, à l'origine un terme générique, fruit d'une longue évolution historique	83
1. Une tentative de définition sémantique	83
2. Une tentative de définition de l'hôpital à travers les différentes réformes hospitalières	85
a) La municipalisation des hôpitaux	86
b) La période asilaire	87
c) L'autonomie des hôpitaux et la reconnaissance des établissements privés	88
d) Le début de l'étatisation des hôpitaux	89
B – L'impossible définition de l'établissement de santé aujourd'hui	89
1. La tentative de définition de l'établissement de santé selon les missions qui lui sont attachées	89
2. La tentative de définition de l'établissement de santé selon son secteur d'appartenance	91
3. La tentative de définition de l'établissement de santé à partir des effets liés à sa qualification d'établissement de santé	92

Paragraphe 2 – L'établissement de santé une personne morale de droit public ou de droit privé	94
A – L'établissement de santé ne se définit plus par son statut mais par les services qu'il apporte à la population	95
1. Des soins avec ou sans hébergement	96
2. Des soins de longue durée	96
3. Les activités alternatives à l'hospitalisation	96
B – L'établissement de santé assure des missions de service public quel que soit son statut	97
1. Une clarification des missions de service public	97
2. L'exécution des missions de service public	98
 CONCLUSION DE LA SECTION I	 100
 SECTION II	
Une dualité de l'offre de soins où l'hospitalisation privée occupe une place prépondérante	101
 Paragraphe 1 – La dichotomie du paysage sanitaire français	101
A – L'offre de soins publique	102
B – L'offre de soins privée	104
1. Des établissements privés lucratifs, plus représentatifs quantitativement	105
2. Des établissements non lucratifs	105
 Paragraphe 2 – La place prépondérante de l'offre de soins privée	106
A – Des évolutions multiples des capacités d'accueil	107
1. Une diminution du nombre d'établissements en MCO plus marquée pour le privé	108
2. Une double évolution du nombre de lits et places	109
2.1 Une diminution des capacités d'hospitalisation à temps plein	109
2.2 Une hausse importante du nombre de places d'hospitalisation à temps partiel	110
B – La spécification de certaines activités, spécificité de l'établissement de santé privé	111
1. Le partage de la médecine et l'obstétrique en majorité dans le public, et la chirurgie en majorité dans le privé	112
2. L'activité de SSR en hospitalisation privée	113
 CONCLUSION DE LA SECTION II	 115
 CONCLUSION DU TITRE PRÉLIMINAIRE	 116

TITRE I

LA SPÉCIFICITÉ DE L'ÉTABLISSEMENT DE SANTÉ PRIVÉ ET LA CONDITION CONTRACTUELLE DU PATIENT _____ 117

I – CHAPITRE I

LES SPÉCIFICITÉS DE L'ÉTABLISSEMENT DE SANTÉ PRIVÉ _____ 120

SECTION I

La structuration de l'établissement de santé privé, fruit de l'initiative mercantile : Du pèlerin au patient _____ 121

Paragraphe 1 – La « clinique », fruit d'une histoire ancienne _____ 121

A – De la clinique de famille... _____ 122

1. Du grec kliniké au latin clinicus _____ 122

2. Des hospices à l'avènement de la clinique : De la prise en charge populaire du soin à la prise en charge d'une clientèle aisée _____ 123

2.1 Les hospices, hébergements pour les pauvres et les pèlerins, uniquement ____ 123

2.2 Les hôtels-Dieu, pour les personnes malades, seulement _____ 123

2.3 L'intervention grandissante de l'État _____ 124

2.4 L'avènement de la « clinique » : Contre paiement, le droit du patient au confort _____ 125

B –Au groupe de cliniques _____ 126

1. De la clinique à la polyclinique : La rentabilité devient la priorité _____ 126

2. De la polyclinique au groupe _____ 127

Paragraphe 2 – Les restructurations hospitalières, l'apparition des groupes, et le développement de la chirurgie ambulatoire : Mieux soigner au meilleur coût _____ 128

A – Des restructurations pour une meilleure prise en charge des patients _____ 128

1. Des causes multiples _____ 129

2. Des logiques de restructurations différentes pour un objectif commun de rentabilité _____ 130

2.1 L'affrontement de deux grandes logiques _____ 130

2.2 Un intérêt commun de rentabilité _____ 131

a) La rentabilité comme premier objectif économique de l'établissement de santé privé _____ 131

b) La technologie comme premier objectif d'attractivité de l'établissement de santé privé _____ 131

B – Des modalités de regroupements différentes selon le statut juridique de l'établissement _____ 132

1. Une logique industrielle pour l'établissement de santé privé _____ 132

1.1 De nombreux mouvements capitalistiques caractérisent le secteur privé lucratif	132
1.2 Des modalités d'acquisition différentes	133
2. Une logique de « défense » pour l'établissement public de santé	134
CONCLUSION DE LA SECTION I	136

SECTION II

Les spécificités économiques de l'établissement de santé privé, entreprise privée, au service d'un client, le patient	137
--	------------

Paragraphe 1 – L'établissement de santé privé, une entreprise privée 137

A – L'établissement de santé privé est d'abord une entreprise de main-d'œuvre, rare et donc chère	138
1. Une entreprise de main-d'œuvre	138
1.1 Une dichotomie publique/privée que l'on retrouve dans le statut des différents professionnels	138
1.2 Une dichotomie de traitement dans la gestion des personnels	139
1.3 Des effectifs plus nombreux dans les hôpitaux publics	140
2. Une main-d'œuvre plus chère pour le privé que pour le public	140
2.1 Une pénurie organisée	141
2.2 Une mise en place de la limitation du temps de travail à 35 heures plus rapide dans le privé que dans le public	141
2.3 Des charges en personnel plus lourdes pour le privé que pour le public	142
a) La masse salariale	142
b) Le salaire	143
B – L'établissement de santé privé est une entreprise de haute technologie	144
1. Des innovations technologiques déconcentrées	144
2. Vers une mutualisation de moyens	144
C – Une entreprise dont l'activité est économiquement spécialisée et programmée	145
1. Une plus grande spécialisation de l'activité, en établissement de santé privé	145
2. Une activité programmée	146

Paragraphe 2 – Une entreprise privée dont les dépenses sont encadrées par les pouvoirs publics 147

A – Une dichotomie de financement pour un objectif commun	148
1. Le financement des établissements publics de santé, ou un financement du tout compris à la T2A	148
1.1 Le prix de journée ou « le tout compris » pour le patient, tarification mise en œuvre jusqu'en 1983 dans les établissements publics	148
a) Un allongement de la durée d'hospitalisation du patient	149

b) Un financement inflationniste quel que soit le statut de l'établissement de santé _____	150
1.2 Le financement par dotation globale des établissements publics de santé _____	151
2. Le financement de l'hospitalisation privée à but lucratif jusqu'à la mise en œuvre de la T2A _____	153
2.1 Du forfait journalier à l'OQN _____	153
2.2 Une tarification mixte à l'acte et à la journée _____	155
a) Actes et prestations facturés par le médecin _____	155
b) Le paiement des honoraires par le patient _____	156
 B – Vers la fin de la dichotomie de financement avec la mise en œuvre du financement à l'activité _____	157
1. Champ d'application, selon l'article L. 162-22-6 du Code de la sécurité sociale _____	158
1.1 Les établissements concernés _____	158
1.2 Activités concernées _____	159
2. Le principe du financement lié à l'activité _____	160
3. Les effets attendus d'une T2A _____	161

Paragraphe 3 – Une entreprise privée paradoxalement concurrente de l'hôpital public _____ **163**

A – Une logique de marché _____	164
1. L'établissement de santé privé, source de profits _____	164
2. Le modèle économique de l'établissement de santé privé repose sur l'offre et la demande _____	165
 B – Une concurrence limitée _____	166
1. La non-concurrence au nom de l'obligation constitutionnelle _____	166
2. Une concurrence limitée par le Code de la santé publique et le Code de déontologie _____	167
3. La clinique ne peut définir ses prix de vente _____	168

CONCLUSION DE LA SECTION II _____ **170**

SECTION III

Les spécificités juridiques de l'établissement de santé privé _____ **171**

Paragraphe 1 – Le fonctionnement de l'établissement de santé privé est la résultante d'une multitude de contrats entre différentes parties prenantes _____ **171**

A – Le contrat d'exercice, organise les modalités d'exercice avec les professionnels médicaux libéraux _____	172
1. Le paradoxe du contrat d'exercice, une protection pour le médecin _____	174
1.1 Un contrat écrit, l'affirmation du principe _____	174
1.2 Un écrit conforme aux impératifs déontologiques et légaux, qui protège le patient _____	175

a) Le nécessaire respect déontologique et légal	175
b) Un contrat soumis au contrôle ordinal	176
c) Le paradoxe de l'exigence d'un contrat écrit	177
2. Les caractéristiques du contrat d'exercice	179
2.1 Un contrat sui generis	179
2.2 Un contrat intuitu personae	180
a) L'identité de l'établissement de soins, immatriculé au registre du commerce	181
b) L'identité du médecin	181
2.3 Un contrat synallagmatique	182
a) Le contrat d'exercice, une obligation d'exercice pour le médecin, une sécurité pour la clinique et le patient	182
b) L'obligation de l'établissement de santé privé de respecter les principes de la médecine libérale	185
3. L'exercice privilégié clause du contrat d'exercice, protecteur du principe de libre choix du praticien par le patient	193
3.1 La garantie pour le médecin d'une non-concurrence au sein de l'établissement de santé privé	193
3.2 En pratique, une portée restreinte de la clause d'exercice privilégié	194
a) La règle de l'effet relatif des contrats rappelée par l'article 1165 du Code civil, permet une disponibilité permanente du médecin	195
b) Le principe d'ordre public du libre choix du médecin par le patient	195
4. L'indispensable réécriture de certaines clauses des contrats d'exercice dans le cas de restructurations	196
4.1 Dans le cas de restructurations choisies	196
a) Concernant la clause d'exclusivité	197
b) Concernant la clause de présentation	197
4.2 Dans le cas de restructurations imposées par l'ARS	198
 B – Les contrats de travail organisent les modalités d'exercice avec les différents professionnels de santé non libéraux	200
1. Le contrat de travail avec les médecins salariés	200
2. Le contrat de travail avec les professionnels de santé salariés non médicaux	201
2.1 Les modalités d'exercice prévues par les conventions collectives	202
2.2 Les conséquences spécifiques du contrat de travail sur la prise en charge du patient	203

Paragraphe 2 – L'établissement de santé privé est la résultante de l'imbrication de plusieurs sociétés

A – Les établissements de santé privés lucratifs, sociétés commerciales	205
1. De multiples sociétés commerciales	205
1.1 La société anonyme (SA)	206
1.2 La société à responsabilité limitée (SARL)	206
1.3 La société par action simplifiée ou SAS	207
2. La société de capitaux comme support juridique principal	207
2.1 À l'origine, un capital « médical »	208

2.2 Modification du capital social consécutive à l'évolution des technologies	209
B – L'exercice en groupement des médecins	209
1. Le contrat d'exercice en commun	210
2. Le regroupement en sociétés	210
2.1 La société civile	211
2.2 La société d'exercice libéral	212
3. Les conséquences de l'exercice en groupe de l'activité médicale	214
3.1 L'incidence de l'exercice en commun sur l'activité médicale	214
3.2 Les conséquences potentielles de l'exercice en commun des médecins pour le patient	214
CONCLUSION DE LA SECTION III	216
CONCLUSION DU CHAPITRE I	218
I – CHAPITRE II	
LA RELATION CONTRACTUELLE, SPÉCIFICITÉ JURIDIQUE DE LA CONDITION DU PATIENT HOSPITALISÉ EN ÉTABLISSEMENT DE SANTÉ PRIVÉ	220
SECTION I	222
Le contrat médical, colloque singulier	222
Paragraphe 1 – L'existence d'un contrat civil de droit commun entre le patient et le médecin	222
A – La volonté de traiter et la volonté d'être traité constituent le caractère synallagmatique du contrat médical	223
1. L'accord du patient à être traité	223
1.1 L'accord du patient à consentir à être traité	224
a) Le respect d'un principe de droit civil	224
b) La nécessité de deux consentements pour la réalisation de l'acte thérapeutique	224
1.2 L'accord du patient pour être soigné personnellement par ce médecin	226
1.3 Mais la spécificité d'un formalisme non exigeant	227
2. L'accord du médecin à consentir à soigner	228
2.1 Le nécessaire accomplissement de l'acte	228
2.2 L'obligation de l'intuitu personae	229
B – La spécificité « privée » dans les effets du contrat	229
1. L'obligation principale, une obligation de moyens pour le médecin	230
1.1 L'obligation de soigner mais non de guérir	231
1.2 L'obligation personnelle d'exécuter en établissement de santé privé	231
2. Les obligations du client, le patient	232
2.1 L'obligation de payer, trouve son fondement dans le contrat médical	232

a) Parce que le contrat médical est un contrat à titre onéreux _____	232
b) Par conséquent, le non-respect de l'obligation de payer est sanctionné ____	234
2.2 L'obligation de suivre les conseils et prescriptions du médecin _____	235

Paragraphe 2 – La remise en cause de la qualification contractuelle du contrat médical

A – Le contrat médical déroge aux règles contractuelles en ce qui concerne sa formation	235
1. Le contrat médical ne respecte pas l'accord de volonté _____	237
1.1 Le contrat médical déroge à l'aptitude à consentir _____	238
a) L'exigence impossible d'un consentement libre de chacune des parties ____	239
b) La possible révocabilité unilatérale du contrat médical _____	240
1.2 La remise en cause du caractère synallagmatique du contrat médical _____	244
2. Le contrat médical entraîne un déséquilibre dans la force juridique de l'obligation d'information _____	245
2.1 L'obligation d'information, principe général du droit des obligations _____	245
2.2 Un équilibre contractuel difficile à atteindre _____	246
2.3 Des dérogations _____	247
a) La possibilité de dissimulation de l'information par le débiteur _____	247
b) La particularité de la sanction du défaut d'information _____	248
B – Les obligations légales et jurisprudentielles suppléent le contenu du contrat ____	250
1. La prééminence de la volonté du patient préexiste au contrat _____	250
1.1 La prééminence de la volonté des patients, une affirmation jurisprudentielle préexistante au contrat _____	250
1.2 L'obligation d'information préexiste à l'émergence du contrat médical _____	251
2. La prééminence de la volonté du patient persiste hors du cadre contractuel ____	251
2.1 La prééminence de la volonté des patients, une affirmation législative récurrente _____	252
a) Le consentement du patient, une affirmation législative récurrente ____	252
b) La consécration de la volonté du patient en dehors de tout contrat _____	253
2.2 L'information du patient, une obligation récurrente au-delà du cadre contractuel _____	255
a) Le médecin débiteur de l'obligation d'information _____	256
b) Le patient créancier de l'obligation d'information _____	257

CONCLUSION DE LA SECTION I _____ 259

SECTION II

Le contrat d'hospitalisation, contrat passé directement entre le patient et l'établissement de soins privé _____ 263

Paragraphe 1 – La nature contractuelle de la situation du patient en établissement de santé privé _____ 264

- A – Une spécificité constante dans sa nature, mais évolutive dans son contenu _____ 265
 - 1. Le champ du contrat d'hospitalisation _____ 266
 - 1.1 Une doctrine constante dans la reconnaissance d'une situation contractuelle _____ 266
 - 1.2 Une doctrine constante pourtant évolutive dans les conséquences du contrat d'hospitalisation _____ 266
 - 2. De la complexité de la situation contractuelle _____ 268

- B – Une relation contractuelle atténuée par le particularisme du contrat d'hospitalisation _____ 269
 - 1. La particularité du contrat d'hospitalisation, en établissement privé, une dichotomie de statut public/privé pour un même objectif _____ 270
 - 2. L'absence de formalisation _____ 271

Paragraphe 2 – Le contenu du contrat d'hospitalisation _____ 272

- A – Un contrat d'hospitalisation et d'hôtellerie au service du patient _____ 272
 - 1. Un contrat de santé _____ 273
 - 1.1 Pour la clinique, recevoir des patients _____ 273
 - 1.2 Pour le patient, consentir à la conclusion du contrat _____ 274
 - 2. Un contrat d'hôtellerie particulier _____ 276
 - 2.1 L'établissement de santé n'est pas l'hôtel _____ 276
 - 2.2 Les obligations de la clinique liées au contrat d'hôtellerie _____ 276
- B – Un contrat de soins au service du patient _____ 277
 - 1. Les soins non médicaux _____ 277
 - 1.1 L'acte de soins _____ 278
 - 1.2 L'acte d'organisation et de fonctionnement du service ou l'exigence de la mise à disposition du personnel auxiliaire médical et paramédical afin de réaliser l'acte de soins _____ 279
 - 2. Les soins médicaux _____ 280
 - 2.1 L'indépendance du médecin, obstacle au contrat d'hospitalisation ? _____ 280
 - 2.2 L'acte de soins ou l'exigence d'une organisation du diagnostic _____ 282
 - a) Des médecins intervenant dans les délais _____ 282
 - b) Des médecins compétents _____ 283
 - c) Des médecins en nombre suffisant _____ 285
 - 3. La nécessaire mise à disposition de fournitures, de matériels et produits nécessaires à la réalisation des soins _____ 286
 - 4. La nécessaire obligation de l'établissement de santé privé de veiller à la sécurité du patient _____ 287

CONCLUSION DE LA SECTION II	289
------------------------------------	------------

CONCLUSION CHAPITRE II	290
-------------------------------	------------

CONCLUSION TITRE I	291
---------------------------	------------

TITRE II

LA SPÉCIFICITÉ DE L'ÉTABLISSEMENT DE SANTÉ PRIVÉ ET LES DROITS DU PATIENT	293
--	------------

II-CHAPITRE I

LES DROITS DU PATIENT, CONTRACTANT DE DROIT PRIVÉ, HOSPITALISÉ EN ÉTABLISSEMENT DE SANTÉ PRIVÉ	296
---	------------

SECTION I	297
------------------	------------

L'influence de la relation contractuelle sur le libre choix	297
--	------------

Paragraphe 1 – L'influence du contrat d'exercice sur le droit au libre choix du patient 298

A – L'influence de la clause d'exercice privilégiée	298
---	-----

1. La primauté de la convention d'exercice sur le libre choix du patient	299
--	-----

2. La primauté du libre choix du patient sur la convention d'exercice	301
---	-----

B – L'influence de la cession de clientèle médicale sur le libre choix du patient	304
---	-----

1. La cession de clientèle, obstacle au libre choix du patient	304
--	-----

1.1 Du refus absolu	304
---------------------	-----

1.2 À une admission progressive.	305
----------------------------------	-----

2. La présentation de clientèle permet le libre choix du patient	307
--	-----

C – Le patient plus libre de son choix en établissement de soins privé qu'en établissement public de santé	308
--	-----

1. Le choix du médecin en établissement de santé public s'impose au patient	308
---	-----

2. Un choix imposé qui n'est pas absolu	309
---	-----

Paragraphe 2 – L'influence de la relation contractuelle sur le libre choix de l'établissement de santé dans le cadre de la permanence des soins 310

A – L'établissement de santé accueille tous les patients	310
--	-----

1. La clause d'exercice privilégié n'est pas une limite au libre choix de l'établissement de santé privé par le patient	310
---	-----

2. Dans le cadre de la loi HPST, tout établissement de santé peut assurer des missions de service public	311
--	-----

B – L'exercice du libre choix dans le cadre de la permanence des soins en établissement de santé privé	312
--	-----

1. L'établissement de santé dans le cadre de la permanence des soins peut accueillir tous les patients _____	313
1.1 Permanence des soins et continuité des soins, deux notions différentes mais complémentaires _____	313
1.2 Si dispenser des soins ne peut être imposé au professionnel de santé _____	314
a) Concernant la mise en danger de la personne _____	315
b) Concernant l'urgence _____	315
1.3 La participation à la permanence des soins est une obligation pour les médecins libéraux _____	316
2. Une obligation de permanence des soins pour l'établissement public, l'absence d'obligation générale pour les établissements de santé privés _____	318
a) L'obligation de permanence des soins à la charge des établissements publics de santé et des établissements de santé privés PSPH ou concessionnaires _____	318
b) L'introuvable obligation de permanence des soins pour les établissements de santé privés ne collaborant pas au service public hospitalier _____	320
c) La dichotomie de rémunération du médecin, obstacle au libre choix _____	323
3. L'impossible choix de l'établissement de santé privé par le patient dans le cadre de l'urgence _____	323
3.1 L'absence d'une offre de soins « urgentiste ». _____	324
3.2 L'absence de contrat médical dans le cas de l'urgence. _____	324
a) L'urgence justifie l'absence de consentement. _____	324
b) L'absence de consentement réglementée. _____	325

CONCLUSION DE LA SECTION I _____ 326

SECTION II

L'influence de la relation contractuelle sur le droit à réparation du patient hospitalisé en établissement de soins privé _____ 327

Paragraphe 1 – L'avènement d'une réforme qui n'en est pas une _____ 327

A – Avant 2002, une responsabilité évolutive en fonction du statut de l'établissement de santé _____	328
1. L'exigence d'une faute lourde pour engager la responsabilité de l'établissement public de santé, jusqu'en 1992 _____	328
1.1 La faute lourde requise pour les accidents médicaux _____	329
a) L'erreur de diagnostic peut être considérée comme fautive _____	329
b) La faute lourde dans le choix thérapeutique _____	330
c) La faute lourde dans l'acte chirurgical _____	330
1.2 La chronique d'un revirement de jurisprudence _____	331
a) La dénaturation de la faute lourde _____	331
b) Le renoncement à la « faute lourde » avec l'arrêt « dame V » _____	332
2. La faute simple suffit à engager la responsabilité de l'établissement de santé privé _____	333
2.1 Le principe de la faute médicale en établissement de santé privé _____	334

2.2 Une illustration de la dichotomie d'interprétation de la faute médicale avec le régime jurisprudentiel d'indemnisation des infections nosocomiales contractées avant le 5 septembre 2001	335
3. La réparation de l'aléa thérapeutique avant la loi du 4 mars 2002	337
B – Après 2002, une nouvelle responsabilité partiellement unifiée	338
1. La rénovation des fondements de la responsabilité	338
1.1 La faute reste le fondement de la responsabilité	338
a) De par l'universalité du principe de responsabilité	339
b) De par l'exigence constitutionnelle du principe de responsabilité	339
1.2 La rénovation de la responsabilité pour faute	340
a) La restauration de la responsabilité pour faute	340
b) La subsistance de cas de responsabilité sans faute	341
2. Une responsabilité partiellement unifiée	342
2.1 Un régime de responsabilité de droit commun	343
2.2 Un régime d'indemnisation par la solidarité nationale	343

Paragraphe 2 – Le droit à réparation du patient hospitalisé en établissement de santé privé après 2002 ou l'artifice d'une responsabilité unifiée pour le patient 346

A – La réparation civile supportée par les établissements publics de santé	346
1. La réparation de la faute	347
1.1 La faute établie par le requérant	347
1.2 La faute présumée par le juge administratif	349
1.3 La faute détachable du service public hospitalier	350
2. La réparation de l'aléa thérapeutique et du risque médical, après la loi du 4 mars 2002	351
3. Les préjudices indemnisables	352
B – La réparation civile supportée par les établissements de soins privés	352
1. La possible mise en œuvre de la responsabilité de la clinique du fait du contrat d'hospitalisation	353
1.1 L'établissement de santé privé est tenu d'une obligation générale d'organisation	354
a) La nécessaire existence d'une organisation médicale	354
b) La nécessaire organisation de son personnel non- médical.	355
1.2 L'établissement de santé privé est tenu d'une obligation de sécurité-résultat concernant le matériel de l'établissement nécessaire à l'organisation de l'activité de l'établissement	359
a) Mise à disposition du matériel	359
b) Innocuité du matériel	359
1.3 L'établissement de santé privé est tenu d'une obligation de soins et de surveillance	360
a) Obligation concernant les soins non médicaux	361
b) Obligation de surveillance de l'établissement de santé privé	361
1.4 L'obligation de l'établissement de santé privé dans le cadre de la permanence des soins	362

2. La responsabilité du médecin libéral lié à l'établissement de soins par un contrat d'exercice _____	365
2.1 La responsabilité personnelle du médecin libéral _____	366
a) Le principe de responsabilité _____	366
b) La reconnaissance d'une responsabilité contractuelle _____	367
2.2 La responsabilité du fait d'autrui ou la responsabilité médicale en équipe, dans le cas du chef d'équipe médecin intervenant à titre libéral _____	370
3. La responsabilité des cliniques pour les dommages causés par leurs personnels salariés _____	372
3.1 La responsabilité pour les dommages causés par le personnel médical salarié, limite au principe de responsabilité personnelle du médecin _____	373
a) La responsabilité du médecin salarié à l'égard des patients : Évolution de la jurisprudence sur la notion de préposé _____	374
b) La responsabilité du médecin salarié et de l'établissement de santé _____	377
c) Les recours _____	380
d) La responsabilité médicale en équipe, le médecin, chef d'équipe salarié de l'établissement _____	381
3.2 La responsabilité de la clinique du fait du personnel non médical salarié _____	382
4. Les recours possibles du patient lorsque le dommage est commis par le personnel salarié _____	384
4.1 Action contre l'établissement de soins et recours de celui-ci contre le médecin _____	384
4.2 Action en responsabilité <i>in solidum</i> contre le médecin et l'établissement de soins _____	385

CONCLUSION DE LA SECTION II _____ 387

CONCLUSION DU CHAPITRE I _____ 388

II – CHAPITRE II

LES DROITS DE LA PERSONNE HOSPITALISÉE INHÉRENTS À SA QUALITÉ DE CONSOMMATEUR DE SOINS, CLIENT D'UNE ENTREPRISE PRIVÉE _____ 389

SECTION I

Le patient consommateur de soins, contraint économiquement dans son libre choix __ 391

Paragraphe 1. La remise en cause du principe de libre choix dans l'offre de soins par la politique des dépassements d'honoraires _____ 391

A – Le paradoxe du conventionnement de la médecine libérale : En favorisant l'accès aux soins, le principe du libre choix se trouve entravé _____ 392

1. Une médecine libérale conventionnée _____ 392

 1.1 Le conventionnement des médecins libéraux une nécessité économique ____ 393

1.2 Le système conventionnel consacre les principes de la médecine libérale tout en obéissant aux principes régissant la sécurité sociale _____	395
2. Le conventionnement, obstacle au libre choix du patient _____	396

B – La liberté de choix du patient limitée par la liberté du médecin de choisir le montant de ses honoraires _____ 398

1. Un déséquilibre de l'offre de soins engendré par les dépassements d'honoraires _____	398
1.1 Par le respect du principe de la liberté d'installation du médecin _____	398
1.2 Par l'impossibilité pour les organismes de tutelle d'imposer une modération des dépassements d'honoraires dans les contrats d'exercice _____	399
2. Le droit au libre choix du patient difficile à respecter du fait des dépassements d'honoraires _____	400
2.1 Un non-respect du libre choix du patient qu'engendre l'inégalité territoriale de l'offre de soins _____	401
2.2 Un non-respect du libre choix du patient qu'engendre l'insuffisance de la couverture complémentaire _____	402
a) L'essentiel des dépassements d'honoraires est facturé dans les établissements privés _____	402
b) Une couverture complémentaire pas totalement généralisée _____	403
c) Le niveau des garanties des complémentaires est très inégal _____	404
3. Le non-respect du principe de non-discrimination, par un double choix économiquement contraint _____	405
3.1 Le non-respect, pour le patient, du choix de son médecin _____	405
3.2 Le non-respect, pour le patient, du choix de son établissement de santé _____	406
4. La loi HPST, pour une plus grande protection du patient en matière de dépassements d'honoraires _____	407

Paragraphe 2. La remise en cause du principe de libre choix par l'instauration du parcours de soins _____ 409

A – Au nom de la lutte contre le nomadisme médical, l'instauration du parcours de soins _____ 410

1. Du médecin référent au parcours de soins _____	410
1.1 Le médecin référent, une première faille au principe de libre choix instauré par l'ordonnance du 24 avril 1996 _____	411
1.2 Le parcours de soins, deuxième faille au principe de libre choix, imposé par la loi du 13 août 2004 _____	412
2. Le parcours de soins, un acte conditionné par l'existence d'une obligation de choisir un médecin traitant _____	412

B – La difficile conciliation entre le principe de libre choix du médecin, de l'établissement de soins privé et le respect du parcours de soins en médecine libérale _____ 413

1. Le parcours de soins, porte-t-il atteinte au principe de libre choix de l'assuré, en général ? _____	414
1.1 L'assuré conserve un choix libre selon la règle de droit _____	414
1.2 L'assuré conserve un choix libre selon le Conseil constitutionnel _____	414

1.3 L'assuré conserve un choix libre selon le contenu de la Convention médicale _	415
2. L'impact du parcours de soins sur le libre choix du patient, contractant de droit privé	416
2.1 La remise en cause de l'opposabilité des tarifs conventionnels _____	416
2.2 La remise en cause de la réciprocité des obligations auxquelles le contrat médical donne naissance _____	417
2.3 L'impact du parcours de soins sur le libre choix de l'établissement de santé privé par le patient _____	418
2.4 Une illustration de la remise en cause du libre choix par la mise en œuvre du parcours de soins pour les patients relevant de la CMU _____	419
C – Une participation financière du patient, différente selon son lieu d'hospitalisation	420
1. Dispositions communes aux établissements de santé, quel que soit le statut _____	421
2. Dispositions propres aux établissements privés lucratifs _____	422
CONCLUSION DE LA SECTION I _____	424
SECTION II	
Le patient consommateur de soins, contraint par les pouvoirs publics dans son libre choix	426
Paragraphe 1 – La remise en cause du libre choix de l'établissement de santé ou le paradoxe de la planification sanitaire _____	426
A – La planification, outil de régulation de l'offre en théorie _____	426
1. La planification sanitaire, un instrument de recomposition de l'offre de soins au service de l'établissement de santé _____	427
1.1 La carte sanitaire à l'origine de la régulation de l'offre de soins _____	427
1.2 Les SROS _____	427
2. La planification sanitaire, un instrument d'autorisation, au service de la tutelle régionale _____	428
B – La planification, outil de limitation au libre choix et à l'accès aux soins des patients	429
1. Par la réduction de l'offre de soins au niveau régional, dans le cadre d'une politique de proximité _____	430
2. Par la fixation de la capacité technique des établissements _____	431
3. La remise en cause du libre accès à l'établissement de soins, dans le cadre de l'urgence, en médecine libérale _____	432
3.1 Le cadre juridique d'exercice de la médecine d'urgence _____	433
3.2 Conditions d'autorisation d'activité de médecine d'urgence _____	433
3.3 La dispensation de soins non programmés en établissement de santé privé _____	434
a) Rappel du principe _____	434

- b) L'établissement de santé privé ne détient pas systématiquement des autorisations d'accueil et de traitement de l'urgence _____ 435
- c) Le patient n'est pas adressé en première intention et spontanément en établissement de santé privé _____ 435

Paragraphe 2 – La remise en cause du libre choix de l'établissement de santé privé du fait de la sélection éventuelle des patients, dans le cadre de la T2A _____ 436

A – Le choix de l'établissement de santé privé de sélectionner des patients à durée de séjour courte _____ 437

- 1. Par le développement de la chirurgie ambulatoire _____ 438
- 2. Par le risque de sortie prématurée du patient _____ 438

B – Le choix des patients les plus rentables, par l'établissement de santé privé dans le cadre d'une activité spécialisée _____ 440

- 1. La sélection des patients en fonction de la pathologie _____ 440
- 2. La sélection des patients en fonction de leur âge _____ 441
- 3. Par la spécialisation de l'établissement _____ 442

CONCLUSION DE LA SECTION II _____ 444

CONCLUSION DU CHAPITRE II _____ 446

CONCLUSION DU TITRE II _____ 448

CONCLUSION GÉNÉRALE _____ 451

BIBLIOGRAPHIE _____ 448

Ouvrages _____ 461

Thèses _____ 466

Articles et notes _____ 468

Arrêts, avis et rapports _____ 473