

04/01/2011

MAJ du 02/02/2011

Depuis la parution de la loi 2009-879 du 21 juillet 2009 dite loi HPST, les praticiens hospitaliers s'interrogent sur les conditions dans lesquelles ils peuvent exercer une activité privée.

En effet, la loi HPST contient des dispositions majeures dans ce domaine.

Une première disposition (article L. 6152-4 du code de la santé publique issu de l'article 19-III de la loi précitée du 21 juillet 2009) étend aux médecins hospitaliers la réglementation applicable à tous les agents publics :

- lorsqu'ils demandent à cumuler leur emploi public avec une activité privée libérale ou salariée (jusqu'à là le cumul d'activités relevait de dispositions propres aux statuts des médecins hospitaliers.) ou,

- lorsqu'ils demandent à exercer une activité privée après avoir quitté leur emploi public

Une seconde disposition est propre à la situation des praticiens hospitaliers qui démissionnent de leur emploi (article L.6152-5-1 du code de la santé publique issu de l'article 7 de la loi précitée du 21 juillet 2009). Jusque-là, les praticiens hospitaliers pouvaient quitter leur emploi public et exercer une activité privée sans autre respect que leur préavis.

Nous allons envisager les trois situations pour lesquelles nous sommes le plus fréquemment sollicités même si d'autres difficultés peuvent se présenter. Cette note a pour objet d'informer les médecins hospitaliers dans un domaine nouveau et relativement complexe.. Elle ne prétend pas être exhaustive mais a pour seule ambition de sensibiliser nos confrères dépourvus d'informations dans ce domaine.

Le cumul d'activités des médecins titulaires ou contractuels employés à temps plein

Les médecins titulaires à temps plein se divisent en praticiens hospitaliers à temps plein nommés après un concours national et médecins contractuels recrutés par le directeur de l'hôpital : attachés, assistants et praticiens contractuels. Tous ces praticiens ont été recrutés sur des emplois à temps plein et leur situation est distincte de celle des médecins qui ont été recrutés sur des emplois créés, pour les besoins du service, à temps non complet (praticiens hospitaliers à temps partiel, attachés à temps partiel...)

Tout d'abord, deux activités ne relèvent du champ de la loi sur le cumul.

Il s'agit des **activités bénévoles** qui sont toujours possibles sauf très rares exceptions (article 4 du décret 2007-658 relatif au cumul d'activités des fonctionnaires, des agents titulaires de droit public ...) et de **l'activité libérale** au sein de l'hôpital qui est soumise à des règles particulières que la loi HPST n'a pas modifiées (article 23-VI de la loi 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique).

Ensuite, deux activités sont toujours interdites (article 25-I de la loi 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires). Il s'agit de :

- la participation aux organes de direction de sociétés ou d'associations à gestion non désintéressée ;
- la prise par eux-mêmes ou par personne interposée dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration à laquelle ils appartiennent ou en relation avec cette dernière d'intérêts de nature à remettre en cause leur indépendance.

Dans ces deux cas, l'interdiction est générale même si l'agent public exerce une activité bénévole dans ces organismes (article 4 du décret 2007-658 précité).

Les activités autorisées

Elles peuvent être déclinées en deux modes : les activités accessoires et la création d'entreprise.

1.1 Les activités accessoires (articles 2 et 3 du décret 2007-658 du décret précité)

Il peut s'agir :

- d'expertises ou de consultations auprès d'une entreprise ou d'un organisme privé ;
- d'enseignement ou de formation ;
- d'activités d'intérêt général auprès d'une personne publique ou d'une personne privée à but non lucratif ;
- d'une mission d'intérêt public de coopération internationale ou auprès d'organismes d'intérêt général à caractère international ou d'un Etat étranger.

Ces activités accessoires sont soumises à une autorisation qui doit être demandée au directeur de l'hôpital (article 4 du décret 2007-658 du décret précité).

La demande doit préciser :

- l'identité de l'employeur ou la nature de l'organisme pour le compte duquel s'exercera l'activité envisagée ;
- la nature, la durée, la périodicité et les conditions de rémunération de cette activité.
- toute autre information de nature à éclairer l'autorité dont il relève peut figurer dans cette demande à l'initiative du praticien. L'autorité peut lui demander des informations complémentaires

(Article 5 du décret 2007-658 précité).

Le médecin hospitalier adressera une lettre recommandée avec accusé de réception ou une lettre contre décharge à l'administration hospitalière. Il y joindra des précisions sur l'activité envisagée (pour un modèle cf. la circulaire ministérielle du 11 mars 2008 annexée à la note) Cette demande devra être présentée dans des délais raisonnables avant le début de l'activité envisagée et par hypothèse au moins un mois avant. En l'absence de décision expresse contraire dans le délai d'un mois, l'intéressé est réputé autorisé à exercer l'activité accessoire.

S'il ne fait pas de doute que le médecin hospitalier doit adresser sa demande au directeur de l'hôpital, l'identification de l'autorité qui prend la décision n'est pas évidente pour les praticiens hospitaliers. En effet, si le directeur de l'hôpital exerce son autorité sur l'ensemble du personnel dans le respect des règles déontologiques aux professionnels qui s'imposent aux professions de santé et des responsabilités qui sont les leurs dans l'administration des soins et de l'indépendance professionnelle des praticiens dans l'exercice de leur art (article L 6143-7 du code de la santé publique), le directeur de l'hôpital ne dispose pas d'une autorité hiérarchique sur les praticiens hospitaliers.

C'est le directeur général du Centre national de gestion qui exerce cette autorité hiérarchique au nom du ministre chargé de la Santé. Il prononce la nomination et gère la carrière des praticiens hospitaliers (décret 2007-704 du 4 mai 2007 relatif au Centre national de gestion et article R.6952-8 du code de la santé publique pour les praticiens hospitaliers à temps plein et R.6152-208 du code de la santé publique pour les praticiens hospitaliers temps partiel).Le directeur général du Centre national de gestion dispose par ailleurs du pouvoir disciplinaire sur les praticiens hospitaliers.

Certains praticiens hospitaliers se sont interrogés sur la légalité du cumul d'activités, en raison de la rédaction du récent décret 2010-1141 du 29 septembre 2010 relatif aux personnels médicaux, pharmaceutiques et odontologiques hospitaliers.

En effet, si leur statut indiquait précédemment et de façon expresse qu'ils pouvaient effectuer des activités d'expertises ou de consultations, les nouvelles dispositions statutaires se bornent à indiquer qu'ils doivent la totalité de leur activité professionnelle à l'établissement de santé où ils exercent et aux établissements de service ou organismes liés à celui-ci par convention.(article R.6952-26 du code de santé publique).

Comment faut-il comprendre cette restriction apparente ?

Dans un premier temps, on pourrait considérer que l'administration a entendu interdire aux praticiens hospitaliers la pratique de telles activités accessoires dès lors que l'article 10 du décret 2007-658 précité prévoit que les dispositions et les statuts particuliers qui régissent certains agents publics peuvent restreindre les possibilités de cumul.

Cette restriction brutale serait étonnante et aucune circulaire ministérielle n'est venue conforter une telle interprétation.

Bien au contraire, dans une note explicative adressée par la Direction Générale de l'Offre de Soins (DGOS) à la Fédération hospitalière Française et publiée le 30 novembre 2010 sur le site de la FHF, il est indiqué que le cumul est autorisé. Pour autant, on n'est pas pleinement rassurés. En effet, la DGOS s'appuie sur l'article R.6152-46, alinéa 5 qui dispose que les intéressés peuvent exercer une activité à l'extérieur de l'établissement dans les conditions définies par l'article 25 de la loi 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

Pourquoi n'est-on qu'à moitié rassurés?

Tout d'abord, parce que les intéressés dont il s'agit ne sont pas les praticiens hospitaliers à temps plein mais uniquement les praticiens hospitaliers, autorisés à exercer une activité médicale réduite !

Ensuite, les dispositions réglementaires relatives aux assistants à temps plein, aux attachés à temps plein et aux praticiens contractuels à temps plein (articles R.6152-406, R.6152-514 et R.6152-604 du code de la santé publique) sont pour leur part parfaitement rédigées et n'ont pas nécessité une mise au point.

Enfin, comment faut-il comprendre l'interdiction limitée aux seuls praticiens hospitaliers à temps plein d'exercer une activité accessoire à l'intérieur de l'établissement dès lors que ces activités accessoires sont aujourd'hui assez fréquemment exercées au sein des établissements publics de santé et généralement en dehors des heures de service ?

Un récent décret n° 2011-82 du 20 janvier 2011 relatif au cumul d'activités met fin à une période d'incertitude : l'activité accessoire ne peut être exercée qu'en dehors des heures de services de l'intéressé (article 5).

Cette précision dont on comprend le sens peut néanmoins faire difficulté en pratique lorsque le médecin hospitalier participera pour le compte d'un organisme privé à une recherche clinique auprès de patients hospitalisés.

Une clarification rédactionnelle de la réglementation s'impose donc.

Compte tenu des questions qui nous ont été posées sur deux points particuliers, il y a lieu également de rappeler que la nouvelle réglementation ne modifie en rien les possibilités pour les praticiens hospitaliers à temps plein de consacrer deux demi-journées par semaine à des activités d'intérêt général, intérieures ou extérieures à leur établissement d'affectation, après accord du directeur de l'établissement.

Par ailleurs le décret précité du 20 janvier 2011 donne à nouveau une base juridique aux expertises judiciaires et administratives accomplies par les agents publics et met fin aux inquiétudes suscitées par la rédaction initiale du décret n°2007-658 du 2 mai 2007.

Enfin, ce régime d'autorisation doit s'articuler avec les règles spécifiques posées à l'article L4113-6 du code de la santé publique relatif à la régulation des relations entre le médecin et l'industrie de la santé.

En pratique, les contrats conclus entre médecins hospitaliers et industriels- soumis à l'avis de l'Ordre sur le plan déontologique- devront mentionner la nécessité d'une autorisation sans laquelle le contrat ne peut être mis en œuvre.

1.2 La création et la reprise d'entreprises (article 87 de la loi 93-122 du 29 juillet 1993 modifiée relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, et article 13 du décret 2007-658 précité).

La loi a admis qu'un agent public puisse créer ou reprendre une entreprise concomitamment à son emploi public quelque soit son objet. Pour ce qui nous concerne on pourrait imaginer qu'un praticien crée un cabinet médical ou encore effectue des remplacements dès lors qu'il est immatriculé à l'URSSAF et possède un numéro SIREN.

Cette dérogation à l'emploi du cumul, valable deux ans et renouvelable une seule fois, est soumise à un avis émis par la Commission de déontologie de la fonction publique dont le fonctionnement sera précisé plus loin. Sa saisine par l'administration est obligatoire

La Commission est particulièrement attentive aux situations où l'agent exerce les mêmes activités ou des activités proches dans le même ressort géographique. Elle a ainsi donné un avis de non compatibilité sur la création d'une société d'ambulances par un conducteur ambulancier dans un hôpital distant de 27km : « cela risque de mettre en cause le fonctionnement normal et la neutralité du service pour lequel il est affecté en raison notamment de la confusion qui pourrait en résulter » (avis 09 -66 du 10 juin 2009).

Si la Commission est attentive aux situations de concurrence et émet des réserves à ce que les intéressés poursuivent des relations professionnelles ou entretiennent des relations professionnelles dans le cadre de leur activité privée avec les personnes qu'ils ont pu suivre dans le cadre de leur activité publique, on peut aussi noter qu'elle peut être sensible à d'autres arguments. Elle a ainsi admis la compatibilité entre la création d'un cabinet libéral de sages-femmes orienté dans le suivi des patientes à leur domicile et les fonctions concomitantes dans une maternité distantes de 22km : « la loi organise, en effet, des réseaux de soins autour des hôpitaux publics, il peut être utile de prévoir la complémentarité des interventions, voire la continuité des soins et conseils prodigués » (avis 08-174 du 14 février 2009). La notion de suivi a été également retenue dans un avis de compatibilité à la création d'un cabinet libéral de psychologue par des professionnels exerçant les mêmes fonctions dans un service hospitalier d'onco-hématologie et d'hémo-pédiatrie (avis 10-56 du 17 mars 2010).

Enfin, et assez curieusement, une activité de pharmaco-épidémiologiste dans un laboratoire pharmaceutique a été vu comme compatible avec une activité précédente au sein de la direction de l'évaluation des médicaments de l'AFSSAPS (avis du 8 octobre 2008).

Si l'entreprise a pour objet l'exercice d'une des activités mentionnées au 1.1 elle relèvera uniquement du régime des activités accessoires. Elle n'est donc pas limitée dans le temps et ne relève pas de la Commission de déontologie de la fonction publique sauf si l'agent public crée ou reprend une société non transparente sur le plan fiscal. . Ce serait le cas d'un praticien créant une SARL pour des activités de formation.

Qu'il s'agisse d'activités accessoires ou de création d'entreprise, le cumul d'activités ne doit pas porter atteinte « à la dignité des fonctions publiques exercées par l'agent ou risquer de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service dans lequel il est employé ». L'administration appréciera également la compatibilité du cumul envisagé d'activités au regard des obligations de service qui s'imposent à l'intéressé.

2 La mise en disponibilité des praticiens hospitaliers à temps plein

La disponibilité (pour convenance personnelle) est la position administrative d'un agent qui quitte temporairement son emploi public et a vocation à le retrouver à l'issue de la disponibilité.

Jusqu'à présent la mise en disponibilité était régie par les dispositions suivantes du code de la santé publique : « Il est interdit aux praticiens placés en disponibilité pour convenance personnelle, d'ouvrir un cabinet privée ou d'exercer une activité rémunérée dans un établissement privé à but lucratif, un laboratoire privé d'analyses de biologie médicale ou une officine de pharmacie dans le territoire de santé de l'établissement dans lequel il était précédemment affecté. » Article 6152-67 du code de la santé publique.

Cette disposition a été abrogée par le décret 2010-1141 du 29 septembre 2010 relatif aux personnels médicaux, pharmaceutiques et odontologiques hospitaliers.

Quelle portée faut-il donner à cette abrogation ?

On pourrait de prime abord penser qu'elle permet aux praticiens hospitaliers d'exercer une activité privée sans les restrictions précédemment prévues, il n'en est rien.

En effet, comme il a été rappelé en introduction, les praticiens hospitaliers sont désormais soumis à un certain nombre de règles applicables à tous les agents publics.

Parmi elle, figure l'article 87 de la loi 93-122 du 29 janvier 1993 relative et à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

Cette disposition prévoit des règles particulières pour les agents publics qui cessent leurs fonctions notamment lorsqu'ils demandent une mise en disponibilité pour convenance personnelle.

L'agent public doit préalablement informer son administration de l'activité envisagée.

La saisine de la Commission de déontologie de la fonction publique est en revanche facultative et appelle quelques explications

La Commission de déontologie de la fonction publique (article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques)

Cette commission, placée auprès du Premier ministre, est chargée d'apprécier la compatibilité de toute activité lucrative, salariée ou non, dans une entreprise ou un organisme privé ou de toute activité libérale avec les fonctions effectivement exercées au cours des trois années précédant le début de cette activité, par tout agent cessant ses fonctions de façon temporaire ou définitive.

Contrairement à la situation du cumul d'une activité publique avec la création d'une entreprise la saisine de la Commission n'est pas obligatoire. Elle est facultative et peut être le fait aussi bien de l'agent (mais dans les faits c'est très rare) ou de son administration.

Elle peut être saisie par le praticien hospitalier un mois au plus tard avant la date à laquelle il souhaite exercer les fonctions pour lesquelles l'avis est sollicité. Ce même délai s'applique à l'administration et court « à compter de la date à laquelle elle a été informée du début envisagé de l'activité » (article 3 du décret 2007-611 du 26 avril 2007 relatif à l'exercice d'activités privées par des fonctionnaires ou agents non titulaires ayant cessé temporairement ou définitivement leurs fonctions et à la Commission de déontologie).

La Commission de déontologie est présidée par un Conseiller d'Etat et comprend un Conseiller à la Cour des Comptes, un magistrat de l'Ordre judiciaire, deux personnalités qualifiées dont l'une doit avoir exercé les fonctions au sein d'une entreprise privée et des membres de l'administration

La Commission examinera si l'activité envisagée porte atteinte à la dignité des fonctions précédemment exercées ou risque de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service.

L'absence d'avis de la Commission à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de sa saisine vaut avis favorable (article 13 du décret 2007-611 du 26 avril 2007 relatif à l'exercice d'activités privées par des fonctionnaires ou agents non titulaires ayant cessé temporairement ou définitivement leurs fonctions et à la Commission de déontologie).

Lorsque la Commission rend un avis il est transmis à l'autorité dont relève l'agent qui en informe l'intéressé sans délai (article 12 du décret précité).

Lorsque la Commission de déontologie émet un avis d'incompatibilité l'administration est tenue de le suivre. L'administration reste libre de sa décision en cas d'avis de compatibilité Dans les deux cas l'administration est tenue de communiquer l'avis de la Commission à l'agent. Dans la deuxième hypothèse, le silence qu'elle garde pendant un délai d'un mois à compter de la notification de l'avis vaut décision conforme à cet avis (article 14 du décret précité).

Ajoutons également que ces règles sont applicables même si le praticien n'entreprend pas sa nouvelle activité dans les suites immédiates de sa mise en disponibilité

3 La démission des praticiens hospitaliers à temps plein

L'article L 6152-5-1 issu du code de la santé publique, issu de la loi HPST du 21 juillet 2009 dispose : « Dans un délai de deux ans suivant leur démission, il peut être interdit aux praticiens hospitaliers ayant exercé plus de cinq ans à titre permanent dans le même établissement d'ouvrir un cabinet privé ou d'exercer une activité rémunérée dans un établissement de santé privé à but lucratif, un laboratoire privé d'analyses de biologie médicale ou une officine de pharmacie où ils puissent rentrer en concurrence directe avec l'établissement public dont ils sont démissionnaires .. Les modalités d'application du présent article sont fixées par voie réglementaire. »

Le décret d'application de la loi est paru au Journal Officiel le 30 septembre 2010 (décret 2010 – 1141 du 29 septembre 2010 relatif aux personnels médicaux pharmaceutiques et odontologiques hospitaliers).

L'article 9 du décret précité codifié à l'article R 6152-97 du code de la santé publique prévoit : « Les praticiens hospitaliers peuvent présenter leur démission au directeur général du Centre national de gestion, en respectant un délai de préavis de trois mois. Dans un délai de trente jours à compter de la réception de la demande du praticien, le directeur général du Centre national de gestion notifie sa décision au praticien. Il peut demander au praticien démissionnaire d'assurer ses fonctions pendant la durée nécessaire à son remplacement sans que cette durée puisse excéder six mois à compter de la date de réception par le Centre national de gestion de la demande du praticien. Si le directeur général du Centre national de gestion ne s'est pas prononcé dans le délai de trente jours à compter de la réception de la lettre de démission, la démission est réputée acceptée. Lorsque le praticien démissionnaire prévoit

d'exercer une activité salariée ou à titre libéral, lui sont applicables les dispositions de l'article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques et la réglementation prise pour son application ».

Ces dispositions sont entrées en application dès le 1er octobre 2010 et la presse s'est fait l'écho d'une première décision par laquelle l'administration a refusé au praticien démissionnaire la possibilité d'exercer l'activité qu'il avait envisagée.

L'avis rendu par la Commission de déontologie n'a pas été rendu public. La FHF en a publié des extraits d'où il ressort que le médecin envisageait d'intégrer un établissement privé situé dans la même commune que l'hôpital public. La Commission a émis un avis négatif pour une telle activité dans les trois années suivant la démission, au regard des risques que sa demande ferait peser sur le fonctionnement normal du service. Précisons que le demandeur était le seul chirurgien de la spécialité au sein de l'hôpital..

Les modalités de saisine et de décision sont exactement les mêmes que celles qui ont été précédemment développées pour la mise en disponibilité pour convenance personnelle.

Le Conseil national de l'Ordre des médecins a combattu, pendant la discussion parlementaire, les dispositions de la loi et introduit un recours devant le Conseil d'Etat contre son décret d'application. Ces nouvelles contraintes vont, en effet, à l'encontre du discours des pouvoirs publics sur les coopérations entre le secteur public et le secteur privé, à moins de considérer qu'il s'agit de coopérations à sens unique. Parallèlement à cette interdiction, la réglementation a élargi les possibilités offertes aux médecins libéraux d'avoir une activité à l'hôpital public.

Elles créent des contraintes que les médecins ne connaissaient pas lorsqu'ils ont choisi d'exercer à l'hôpital et entrave leur liberté d'entreprendre sur des critères de concurrence sans lien avec l'intérêt des patients.

Elles peuvent enfin décourager les médecins d'entreprendre une carrière hospitalière.

On ne comprend pas non plus l'articulation entre un préavis de trois mois et la possibilité par l'administration de maintenir le praticien hospitalier à son poste pendant six mois à compter de la réception de la demande !

Pour en savoir plus, consulter sur légifrance le code de la santé publique :

- [loi 83-634 du 13 juillet 1983](#) portant droits et obligations des fonctionnaires et plus particulièrement son article 25

- [loi 93-122 du 29 janvier 1993](#) relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques et notamment son article 87

- décret 2007- 611 du 26 avril 2007 relatif à l'exercice d'activités privées par des fonctionnaires titulaires ayant cessé temporairement ou définitivement leur fonction et à la commission déontologique ;

- décret 2007-658 du 2 mai 2007, modifié par le décret [n°2011-82 du 20 janvier 2011](#), relatif au cumul d'activités des fonctionnaires

- circulaire n°2157 du 11 mars 2008 relative au cumul d'activités

- circulaire du 31 octobre 2007 portant application de la loi 93-122 du 29 juillet 1993...

Pour en savoir plus sur le fonctionnement de la commission de déontologie : www.fonction-publique.gouv.fr/etrefonctionnaire/parcoursprofessionnel/commissiondedeontologie