



René COURATIER
Président

Ministère du Travail, de l'Emploi et de la
Santé
Monsieur le Ministre, Xavier Bertrand
127 rue de Grenelle
75700 Paris 07 SP

Paris, le 17 février 2011

Objet : recours gracieux

Nos Réf : Jur/RC/MG/n°01/17.02.2011

Monsieur le Ministre,

Je me permets de venir vers vous, en ma qualité de Président du Conseil National de l'Ordre des Masseurs-Kinésithérapeutes, à la suite de la publication intervenue le 31 décembre 2010 au Journal Officiel de la République :

- Du décret n° 2010-1731 du 30 décembre 2010 relatif à l'intervention des professionnels de santé exerçant à titre libéral dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes
- De l'arrêté du 30 décembre 2010 fixant les modèles de contrats types devant être signés par les professionnels de santé exerçant à titre libéral et intervenant au même titre dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes.

Le décret susvisé énonce notamment que, pour intervenir au sein d'un EHPAD, le masseur-kinésithérapeute a l'obligation de signer un contrat type fixé par arrêté. L'arrêté du 30 décembre 2010 fixe quant à lui le modèle de contrat type applicable aux Masseurs-Kinésithérapeutes intervenant au sein de l'établissement.

J'entends contester la légalité de ces textes au moyen du présent recours gracieux. Plusieurs moyens de légalité externe et de légalité interne me paraissent justifier ma demande :

En premier lieu, le Conseil National de l'Ordre des Masseurs-Kinésithérapeutes s'interroge sur la compétence du pouvoir réglementaire afin d'élaborer un contrat type en cette matière.

En effet, s'il est vrai que l'article L.314-12 du code de l'action sociale et des familles prévoit, en son dernier alinéa, qu'« *Un contrat portant sur ces conditions d'exercice est conclu entre le professionnel et l'établissement* », il ne confie pas mission au pouvoir réglementaire afin d'élaborer un contrat type qui s'imposera aux masseurs-kinésithérapeutes exerçant à titre libéral au sein des EHPAD. L'article L.314-12 du code de l'action sociale et des familles précise simplement qu'il est nécessaire pour les professionnels libéraux exerçant dans un EHPAD de signer un contrat.



Or, le pouvoir réglementaire ne peut rédiger un contrat type que s'il est missionné, à cette fin, par le législateur :

A titre d'exemple, s'agissant des contrats de transport public, l'article 8 de la loi n°82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs fait référence à l'établissement de contrats types par voie de décret et précise qu'ils s'appliquent de plein droit : *sans préjudice de dispositions législatives en matière de contrat et à défaut de convention écrite définissant les rapports entre les parties au contrat sur les matières mentionnées aux alinéas précédents, les clauses de contrats types s'appliquent de plein droit. Ces contrats types sont établis par décret, après avis du conseil supérieur des transports terrestres et de l'intermodalité.*

C'est d'ailleurs en application de cette disposition que le décret n° 2008-828 du 22 août 2008 portant approbation du contrat type applicable aux services occasionnels collectifs de transports intérieurs publics routiers de personnes, a approuvé, en son article 1^{er}, le contrat type applicable aux services occasionnels collectifs de transports intérieurs publics routiers de personnes.

Une procédure semblable a également été appliquée s'agissant des contrats signés par les personnes accueillies par un accueillant familial : l'article L.442-1 code de l'action sociale et de la famille précise en effet notamment que : « *Toute personne accueillie au domicile d'un accueillant familial ou, s'il y a lieu, son représentant légal passe avec ledit accueillant un contrat écrit.*

Ce contrat est conforme aux stipulations d'un contrat type établi par voie réglementaire après avis des représentants des présidents de conseil général. (...) »

C'est ainsi que le contrat type d'accueil à titre onéreux par des particuliers de personnes âgées ou handicapées adultes a été publié par voie d'annexe insérée dans le décret n°2004-1542 du 30 décembre 2004 relatif au contrat type prévu à l'article L. 442-1 du code de l'action sociale et des familles.

En l'espèce, s'agissant des contrats devant être conclus par les masseurs-kinésithérapeutes exerçant à titre libéral au sein des EHPAD, aucune disposition législative ne donne compétence au pouvoir réglementaire afin d'élaborer un contrat type qui s'imposerait à l'ensemble des masseurs-kinésithérapeutes.

En effet, l'article L.314-12 du code de l'action sociale et des familles précise simplement qu'il est nécessaire pour les professionnels libéraux exerçant dans un EHPAD de signer un contrat, mais sans faire référence à l'élaboration d'un contrat type par décret.

Force est donc de constater que le Gouvernement n'avait pas compétence pour établir ce contrat type.



Par conséquent, le Conseil national de l'Ordre des Masseurs-Kinésithérapeutes demande l'abrogation du contrat type portant sur les conditions d'intervention des masseurs-kinésithérapeutes en EHPAD, annexé à l'arrêté du 30 décembre 2010 fixant les modèles de contrats types devant être signés par les professionnels de santé exerçant à titre libéral et intervenant au même titre dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes.

Dans un second temps, il convient de noter qu'un certain nombre de dispositions demeurent entachées d'illégalité :

Comme il l'a été montré ci-dessus, le Gouvernement n'avait pas compétence pour élaborer un contrat type. Il n'avait pas non plus compétence afin de déclarer son caractère obligatoire.

En effet le caractère obligatoire d'un contrat type est généralement prévu par voie législative (cf. l'article 8 de la loi n°82-1153 du 30 décembre 1982 et l'article L.442-1 du code de l'action sociale et des familles ci-dessus cités).

Pour mémoire, l'article L.314-12 du code de l'action sociale et des familles, prévoit simplement, son dernier alinéa, qu' « *un contrat portant sur ces conditions d'exercice est conclu entre le professionnel et l'établissement* ».

Le décret n° 2010-1731 du 30 décembre 2010 relatif à l'intervention des professionnels de santé exerçant à titre libéral dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes impose toutefois, sous le visa erroné de l'article L.314-12 du code de l'action sociale et des familles, la signature du contrat type fixé par l'arrêté du 30 décembre 2010 pour les masseurs-kinésithérapeutes exerçant à titre libéral au sein des EHPAD.

Il s'agit donc d'une atteinte injustifiée à la liberté contractuelle des masseurs-kinésithérapeutes.

Par ailleurs, un certain nombre de dispositions contenues dans le décret et l'arrêté du 30 décembre 2010 porte manifestement atteinte au principe du respect du libre choix de son praticien par le patient.

En effet, bien que ce principe soit rappelé dans le préambule du contrat type, il convient de noter que le patient ne pourra choisir de faire appel au masseur-kinésithérapeute de son choix qu'à la condition que celui-ci signe préalablement le contrat type.

C'est à ce stade qu'en pratique, lorsque le professionnel n'acceptera pas les termes du contrat (par exemple en raison du mode de rémunération proposé par l'établissement) et ainsi refusera de le signer, le libre choix du patient pourra être remis en cause.

C'est pourquoi, nonobstant l'affirmation dans le préambule du contrat type du respect de la liberté pour les résidents de l'EHPAD de choisir leur masseur-kinésithérapeute, le principe de libre choix du patient est remis en cause par un certain nombre de dispositions introduites dans le décret et de l'arrêté objets du présent recours. Ces dispositions sont donc contraires à l'article L.1110-8 du code de la santé publique.



Les dispositions insérées dans le décret et l'arrêté en date du 30 décembre 2010 ci-après citées demeurent donc entachées d'illégalité (absence de compétence du pouvoir réglementaire et contradiction avec l'article L.1110-8 du code de la santé publique) et doivent être annulées :

Il en est ainsi pour :

- **L'article R.313-30-1 du code de l'action sociale et des familles, issu de l'article 1^{er} du décret n° 2010-1731 du 30 décembre 2010 relatif à l'intervention des professionnels de santé exerçant à titre libéral dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes**
- **Les articles 3 et 4 de ce même décret**
- **L'article 1^{er} de l'arrêté du 30 décembre 2010 fixant les modèles de contrats types devant être signés par les professionnels de santé exerçant à titre libéral et intervenant au même titre dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes.**

Dans un troisième temps, il convient de noter que certaines clauses insérées dans le contrat type portant sur les conditions d'intervention des masseurs-kinésithérapeutes en EHPAD demeurent contestables en ce qu'elles font obstacle à l'application de principes fondamentaux et déontologiques, liés à l'exercice de la profession de masseur-kinésithérapeute.

Il convient à ce titre de noter que le préambule prévoit : « *Dans le respect de la législation, l'EHPAD respecte la liberté des résidents de choisir leur masseur-kinésithérapeute qui, pour pouvoir intervenir au sein de l'EHPAD, conclut avec celui-ci le présent contrat.*

Dans le cas où le résident n'aurait pas de masseur kinésithérapeute, l'établissement lui propose, à titre informatif, la liste des masseurs kinésithérapeutes intervenant dans l'EHPAD signataires dudit contrat. »

Comme énoncé précédemment, toute disposition imposant à un praticien la signature de ce contrat type pour exercer dans l'établissement est illégale et doit donc être supprimée.

En outre, certaines clauses de ce contrat type viennent contredire les principes d'indépendance et de liberté de choix de ses actes et de ses prescriptions par le masseur-kinésithérapeute :

- Le dernier alinéa de l'article 2.2 prévoyant que l'EHPAD informe le masseur-kinésithérapeute « *de la liste des produits de santé ayant fait l'objet d'une convention d'achat avec un fabricant/fournisseur d'une marque donnée (dispositifs médicaux ou produits diététiques) tenue à sa disposition* », ainsi que l'article 2.3., en ce qu'il énonce que le masseur-kinésithérapeute s'engage à « *(...) prendre en compte dans son exercice et ses prescriptions les spécificités de fonctionnement de l'EHPAD (...)* » ont pour effet de limiter la liberté du masseur-kinésithérapeute dans le choix de ces techniques et prescriptions, principe énoncé à l'article R.4321-59 du code la santé publique.
- L'article 3.2., en ce qu'il prévoit une simple consultation du masseur-kinésithérapeute lors de l'élaboration des protocoles le concernant, est, quant à lui, contraire à l'article R.4321-



56 du code de la santé publique relatif à l'indépendance du masseur-kinésithérapeute. Ce dernier devrait en effet être pleinement associé à l'élaboration de ce protocole.

Ces dispositions sont en outre en contradiction avec les récentes évolutions législatives en la matière. En effet l'article L.4113-9 du code de la santé publique, tel que modifié par la loi n°2009-879 du 21 juillet 2009, prévoit désormais que « *Les dispositions contractuelles incompatibles avec les règles de la profession ou susceptibles de priver les contractants de leur indépendance professionnelle les rendent passibles des sanctions disciplinaires* ».

Les articles 2.2., 2.3. et 3.2., en ce qu'ils limitent la liberté du choix du masseur-kinésithérapeute dans le choix de ses actes et prescriptions, et plus généralement dans son indépendance professionnelle, créent ainsi un défaut de clarté au regard des normes préexistantes.

Ces atteintes à l'indépendance du praticien pourraient enfin amener à la requalification de ce contrat en contrat de travail.

Par ailleurs, la possibilité offerte au Directeur de l'EHPAD de résilier unilatéralement le contrat d'un professionnel de santé, moyennant le respect du préavis mais sans avoir à justifier sa décision, est également susceptible de remettre en cause le principe du libre choix du patient. En effet, en résiliant de manière unilatérale le contrat, le Directeur de l'établissement interdira de manière arbitraire aux pensionnaires de son établissement de choisir ce professionnel. Cela mènera donc, le cas échéant, à une possible rupture du principe du libre choix par le patient de son thérapeute.

En outre, au delà de la mise en cause de ce principe fondamental, cette disposition peut également, le cas échéant, être susceptible de créer certaines difficultés au regard de l'accès et de la répartition de l'offre de soins.

Enfin, un certain nombre de clauses indispensables à l'établissement d'un contrat entre un masseur-kinésithérapeute exerçant à titre libéral et un EHPAD fait défaut. En effet :

1. Aucune disposition relative au type de rémunération n'apparaît dans le contrat type devant être signé par les masseurs-kinésithérapeutes exerçant à titre libéral et intervenant au même titre dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes. Cette information ne figure pas non plus ni dans l'arrêté du 30 décembre 2010, ni dans le décret n° 2010-1731 du 30 décembre 2010 relatif à l'intervention des professionnels de santé exerçant à titre libéral dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes.
2. Aucune clause traditionnelle rappelant l'indépendance du praticien, le respect par ce dernier de ses règles professionnelles, ainsi que son obligation d'assurance, n'est mentionnée dans ce contrat.



Par conséquent, le Conseil National de l'Ordre des masseurs-kinésithérapeutes sollicite l'abrogation :

- **De l'article R.313-30-1 du code de l'action sociale et des familles, issu de l'article 1^{er} du décret n° 2010-1731 du 30 décembre 2010 relatif à l'intervention des professionnels de santé exerçant à titre libéral dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes**
- **Des articles 3 et 4 de ce même décret**
- **De l'article 1^{er} de l'arrêté du 30 décembre 2010 fixant les modèles de contrats types devant être signés par les professionnels de santé exerçant à titre libéral et intervenant au même titre dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes.**
- **Du contrat type portant sur les conditions d'intervention des masseurs-kinésithérapeutes en EHPAD, annexé à l'arrêté du 30 décembre 2010 fixant les modèles de contrats types devant être signés par les professionnels de santé exerçant à titre libéral et intervenant au même titre dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes.**

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Ministre, l'expression de ma très haute considération.

René COURATIER

C.C. :

- Madame Nora BERRA, Secrétaire d'Etat à la Santé
- Monsieur Dominique LIBAULT, Directeur de la Sécurité Sociale