



NOTRE SÉLECTION DE
5 QUESTIONS / RÉPONSES
JURIDIQUES

HOSPIMEDIA
RÉPONSE EXPERT

SOMMAIRE

Tous les jours, votre Centre Hospitalier peut être confronté à des questions juridiques plus ou moins complexes.

Découvrez cinq exemples de questions / réponses sur différents thèmes proposés par nos juristes :

- 1 RESSOURCES HUMAINES** : Absences injustifiées
- 2 QUALITÉ ET GESTION DES RISQUES** : Dispositif de vidéosurveillance
- 3 DROITS DES PATIENTS** : DPI (Dossier Patient Informatisé)
- 4 MARCHÉS PUBLICS** : Fournitures et produits lessiviels
- 5 PRISE EN CHARGE** : Mesure de contention



Un agent titulaire de votre établissement totalise, sur l'année 2019, 12 jours d'absences injustifiées (aucune transmission de certificats d'arrêt maladie ou de justificatifs). L'intéressé avait toutefois, au préalable, systématiquement averti son supérieur hiérarchique de ses absences.



Question :

L'employeur public est-il fondé à sanctionner les absences injustifiées (quoique prévenues) d'un fonctionnaire ?

Par ailleurs, l'autorité compétente peut-elle décider d'affecter l'intéressé sur un poste de jour dans la mesure où ses absences répétées perturbent le fonctionnement du service de nuit ? Le cas échéant, une telle décision peut-elle être opposable ?



Textes de référence :

- Loi n° 61-825 du 29 juillet 1961 de finances rectificative pour 1961, article 4 ;
- Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, article 20 ;
- Loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, article 77 ;
- Décret n°88-386 du 19 avril 1988 relatif aux conditions d'aptitude physique et aux congés de maladie des agents de la fonction publique hospitalière, article 15 ;
- Circulaire du 31 mars 2017 relative au renforcement de la politique de prévention et de contrôle des absences pour raison de santé dans la fonction publique.



Réponse :

Sur la « sanction » des absences injustifiées des fonctionnaires hospitaliers

Par principe, **toute absence d'un agent public doit être justifiée et cette justification peut être contrôlée** (Circulaire interministérielle du 31 mars 2017 relative au contrôle des absences).

► S'agissant des absences injustifiées pour raison de santé, l'article 15 du Décret n°88-386 du 19 avril 1988 rappelle expressément que tout fonctionnaire est tenu d'adresser à l'autorité dont il relève un certificat d'arrêt de travail et ce, dans un délai de 48h.

À défaut, l'Administration doit informer l'agent qu'il s'expose à une **réduction de sa rémunération** en cas de nouveau manquement à cette obligation (absence de transmission ou transmission tardive) dans une période de 24 mois à compter de la date du premier arrêt de travail.

Si dans cette période, l'intéressé transmet à nouveau tardivement un certificat, l'employeur public est fondé à **réduire de moitié sa rémunération** entre la date de prescription de l'arrêt et la date effective de son envoi.

Par exception, cette réduction de la rémunération ne devra pas être appliquée si le fonctionnaire justifie d'une hospitalisation ou, dans un délai de 8 jours, de l'impossibilité de faire parvenir son certificat d'arrêt de travail en temps utile.

► S'agissant des absences injustifiées répondant à un autre motif, il résulte de la règle de la rémunération après service fait que **l'agent qui n'accomplirait pas son service n'a droit à aucune rémunération**.

En effet, le statut général dispose que les fonctionnaires ont droit, après service fait, à une rémunération comprenant le traitement, l'indemnité de résidence, le supplément familial de traitement ainsi que les indemnités instituées par un texte législatif ou réglementaire (art. 20 de la Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983).

Il convient de noter que **cette retenue sur traitement ne constitue pas une sanction disciplinaire mais une mesure d'ordre purement comptable**, n'ayant pas à être motivée (CE, 02 novembre 2005, n° 372377). L'article 4 de la Loi n° 61-825 du 29 juillet 1961 pose ainsi la règle de retenue d'**1/30e par journée d'absence** et précise également que :

« L'absence de service fait, pendant une fraction quelconque de la journée, donne lieu à une retenue dont le montant est égal à la fraction du traitement frappée d'indivisibilité en vertu de la réglementation prévue à l'alinéa précédent.

Il n'y a pas service fait :

1°) Lorsque l'agent s'abstient d'effectuer tout ou partie de ses heures de service ;

2°) Lorsque l'agent, bien qu'effectuant ses heures de service, n'exécute pas tout ou partie des obligations de service qui s'attachent à sa fonction telles qu'elles sont définies dans leur nature et leurs modalités par l'autorité compétente dans le cadre des lois et règlements. »

Attention, nous attirons toutefois votre attention sur le fait que l'absence de service fait ne saurait se déduire de la seule absence physique de l'agent sur son lieu de travail : une telle retenue ne sera fondée qu'à la condition que l'agent n'ait pas exécuté ses obligations de service en dehors de son lieu de travail (CE, 01 février 2019, n° 415648).

En somme, les absences injustifiées d'un fonctionnaire sont susceptibles d'entraîner **une réduction de sa rémunération, sans préjudice de l'application d'une éventuelle sanction disciplinaire**.

En effet, le Conseil d'Etat considère que :

- Les absences fréquentes et injustifiées peuvent donner lieu à une sanction disciplinaire (CE, 21 juillet 1950, Dame Marche, rec. p.453 ; CE, 31 mars 1989, n° 65061).
- La retenue sur rémunération constitue une mesure comptable et non une sanction, dès lors non soumise au principe *non bis in idem* (pas de double sanction pour les mêmes faits).

Sur le changement d'affectation de l'agent dont les absences perturbent l'organisation du service

Conformément aux dispositions de l'article 12 de la Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, tout fonctionnaire est titulaire de son grade, mais non de son emploi. Ainsi, **les agents publics ne sont pas en mesure de se prévaloir d'un droit acquis au maintien de leurs fonctions**, ce qui permet à l'Administration de les réaffecter à de nouvelles missions en raison des nécessités du service.

L'autorité compétente a toutefois l'**obligation d'affecter le fonctionnaire à un emploi correspondant à son grade**. À défaut, l'Administration commet une faute de nature à engager sa responsabilité (CE, 23 juillet 2003, n° 241816).

Par principe, le changement d'affectation de l'agent s'analysera comme une simple **mesure d'ordre intérieur**, insusceptible de recours contentieux. Le recours contre une telle mesure, à moins qu'elle ne traduise une discrimination, sera ainsi irrecevable.

► En ce sens par exemple : CE, 4 avril 1997, n° 142881 ; CE, 17 décembre 2008, n° 294362 ; CE, 6 mai 2009, n° 304977 ; CE, 27 janvier 2011, n° 335271.

Par exception cependant, une mesure portant changement d'affectation pourra être regardée comme « *prise en considération de la personne* », devenant ainsi un **acte faisant grief pouvant être déféré devant le juge administratif** (CE, 4 février 2011, n° 335098). Ce constat s'avère particulièrement vrai s'agissant des mesures de changement d'affectation prises pour des motifs tenant au comportement de l'intéressé : si celles-ci demeurent susceptibles d'être qualifiées de simples mesures d'ordre intérieur, la frontière avec une mesure prise en considération de la personne et faisant grief se révèle d'autant plus mince (pour illustration : CE, 26 octobre 1988, n° 66148).

En dépit de cette qualification fluctuante, le Conseil d'Etat semble systématiser la qualification de « *mesure d'ordre intérieur* », même prise en considération de la personne, dès lors que le changement d'affectation répond aux conditions suivantes (CE, 25 septembre 2015, n° 372624) :

- Ne pas porter atteinte aux droits et prérogatives que le fonctionnaire tient de son statut ;
- Ne pas porter atteinte à l'exercice de droits et libertés fondamentaux ;
- Ne pas emporter de perte de responsabilité ou de rémunération.

Enfin, il convient de souligner que la mutation dans l'intérêt du service n'est pas au nombre des décisions devant être motivées au sens de la Loi n°79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs (désormais codifiée aux articles L. 211-2.s du Code des relations entre le public et l'administration).

► En ce sens par exemple : CE, 21 octobre 1983, n° 39921 ; CE, 24 juin 1994, n° 139491.

En pratique cependant, et compte tenu du risque que la mesure soit requalifiée en sanction disciplinaire déguisée (CE, 7 novembre 1986, n°58105 ; CE, 28 avril 1989, n° 85664 ; CE, 29 mars 1993, n° 97547), il reste vivement **préconisé de motiver les décisions prononçant un changement d'affectation, quand bien même cette motivation s'avèrerait superfétatoire**.

Le risque pour la personne publique est d'être tributaire de l'interprétation des faits par le juge administratif en cas de contentieux :

• Soit, en dépit de l'intérêt pour le service, la mesure sera considérée par le juge comme une **sanction déguisée** malgré tout. Ce principe est admis de longue date par la jurisprudence puisqu'une procédure disciplinaire présente davantage de garanties pour l'agent.

► Pour illustration : CE, 5 février 1996, n° 110670 ou, plus récemment, CAA Bordeaux, 10 avril 2012, n° 11BX01913 et CAA Nancy, 2 mai 2013, n° 12NC01275.

• Soit la juridiction estimera que l'administration pouvait prononcer une **sanction disciplinaire parallèlement à la mutation dans l'intérêt du service de l'agent concerné**, et ce, sans que puisse lui être opposé le principe *non bis in idem* (pas de double sanction pour des faits identiques).

► Pour illustration : CE, 4 février 1004, n°96102 (rétrogradation + mutation) et CAA Marseille, 8 juin 2004 n°00MA02291 (exclusion temporaire + mutation).

En conséquence, la légalité d'une décision de changement d'affectation ne peut être pleinement assurée dès lors que la mutation d'un agent dans l'intérêt du service s'accompagne également d'un comportement fautif de nature à faire revêtir à ladite décision un caractère disciplinaire.

**Question :**

Votre établissement s'interroge sur le cadre réglementaire-législatif qui encadre l'installation d'une ou plusieurs caméras dans le service des urgences.

**Textes de référence :**

- Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés modifiée par la loi n°2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel puis par la loi n°2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles ;
- Article L.1121-1 du Code du travail ;
- Article L.1110-4 du Code de la santé publique.

**Réponse :**

L'installation de caméras de surveillance ne peut être réalisée que dans la mesure où les **droits des patients et des employés** de votre établissement sont respectés.

En effet, l'article 9 du Code civil garantit à chacun le droit au respect de sa vie privée.

Ce droit ne s'efface pas lorsque le salarié se trouve sur son lieu de travail (article L.1121-1 du Code du travail) et il est garanti à toutes les personnes prises en charge dans un établissement de santé (article L.1110-4 du Code de la santé publique). Celui-ci sert de fondement à l'encadrement des pratiques de vidéo-surveillance et de vidéo-protection.

L'article L.1121-1 du Code du travail précise à ce titre que les atteintes apportées par l'employeur aux droits et libertés individuelles de ses salariés doivent être justifiées par la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché. Il est donc nécessaire de **définir strictement le but de la vidéosurveillance** dans vos bâtiments et de n'installer que les caméras nécessaires à sa réalisation.

Ces prescriptions sont également celles apportées par la loi n°2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles. En effet, l'installation d'équipements de vidéo-surveillance dans votre établissement constitue au sens de l'article 2 de cette loi un traitement de données à caractère personnel : les images enregistrées permettent d'identifier les personnes filmées. Même dans le cas où ces images ne seraient pas enregistrées et conservées, leur captation constitue un traitement au sens de cette loi. Dès lors, il convient de traiter cette installation comme tout traitement de données à caractère personnel et de garantir aux personnes concernées l'ensemble des droits qui en découlent.

À cet effet, et comme précisé précédemment, il convient d'**établir la finalité de ce traitement** et de veiller à ne pas excéder cette finalité.

Ce traitement ne peut être licite que s'il **ne porte pas d'atteinte disproportionnée au droit à la vie privée des salariés** (article L.1121-1 du Code du travail). Dès lors, il conviendra de veiller à ne pas filmer les bureaux ou stations de travail des salariés. Il n'est pas possible de filmer l'intérieur des salles de repos ou des sanitaires. De même, il n'est pas permis de filmer les locaux syndicaux, les locaux des représentants du personnel et leurs voies d'accès si celles-ci ne mènent qu'à ces lieux.

L'employeur, en tant que **responsable de traitement**, doit également définir qui a accès aux images enregistrées ainsi que la durée de leur conservation. Encore une fois, la durée de conservation doit être strictement proportionnelle au but recherché.

Toute conservation abusive des images exposerait votre établissement à des sanctions de la part de la CNIL.

Il est par ailleurs nécessaire de **sensibiliser les personnes ayant accès aux images** aux règles de mise en œuvre d'un système de vidéosurveillance et de leur rappeler qu'elles doivent garantir la **sécurité de ce traitement** (ne pas divulguer les images, ne pas autoriser d'accès à une personne non-autorisée, etc.)

À ce titre, on relève qu'il est obligatoire de tenir un **registre des activités du traitement** lorsque les données faisant l'objet du traitement sont des catégories particulières de données (article 70-14 de la loi n°78-17). Or l'enregistrement d'images rendant les patients de votre établissement **identifiables** permet de connaître des informations relatives à la santé de ces personnes. Il s'agit donc de données particulières au sens de ces dispositions. La tenue d'un tel registre est donc obligatoire.

Par ailleurs, il convient d'**informer les personnes pouvant être affectées par ce traitement des données** de certains éléments. Dans un premier temps, celles-ci doivent être personnellement informées de son existence. Il est donc nécessaire de notifier à chaque salarié, chaque patient et chaque visiteur l'existence de cette vidéo-surveillance.

Cette notification revêt plusieurs formes cumulatives :

- un affichage portant diverses informations relatives au dispositif de vidéo-surveillance,
- l'information individuelle de chaque salarié par un avenant de son contrat de travail ou une note de service,
- l'information des instances représentatives du personnel (qui doivent être consultées avant l'installation de ces caméras comme le préconise l'article L.2312-38 du Code du travail).

Cette information doit notamment préciser :

- l'existence du dispositif,
- le nom du responsable du traitement,
- la base légale du dispositif et sa finalité,
- la durée de conservation des images,
- la possibilité d'adresser une demande à la CNIL,
- la procédure à suivre pour exercer notamment son droit d'accès aux données enregistrées, son droit à l'effacement et son droit à la portabilité.

À toutes fins utiles, il convient de rappeler que lorsqu'un système de vidéo-surveillance permet de capter des images dans un lieu ouvert au public (on pense par exemple aux entrées et sorties de votre établissement), il faut respecter les dispositions du Code de la sécurité intérieure. Notamment, ses articles L.251-1 et suivants rendent obligatoire certaines déclarations et demandes d'autorisations auprès de la CNIL et du Préfet du département.



Question :

Votre établissement se demande si la numérisation d'un support papier permet la destruction du support papier original dans le cadre du Dossier Patient Informatisé (DPI).



Textes de référence :

- Code du patrimoine, plus particulièrement les articles L.211-1 et L.211-2 ;
- Code de la santé publique, articles L.1111-8, R.1112-2 et R.1112-7 ;
- Code Civil, article 1366 ;
- Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relatives aux droits des malades et à la qualité du système de santé ;
- Arrêté du 11 mars 1968 portant règlement des archives hospitalières.



Réponse :

Sur l'obligation de conservation des documents

Les archives sont définies à l'article L.211-1 du Code du Patrimoine.

Le dossier patient fait partie des **documents soumis à conservation** par les établissements de santé.

Sur l'organisation de la conservation

L'article R.1112-7 du Code de la santé publique vient préciser les deux possibilités qui s'offrent aux établissements de santé en matière de conservation. Les informations sont conservées directement en leur sein ou, le cas échéant, auprès d'un **hébergeur agréé**.

L'article ajoute que c'est le directeur de l'établissement qui veillera « à ce que toutes dispositions soient prises pour **assurer la garde et la confidentialité des informations** ainsi conservées ou hébergées. »

Sur les supports d'archivage pour les archives hospitalières

Comme le précise l'article L.211-1 du Code du Patrimoine, les archives peuvent se présenter sous différents formes et supports.

La conservation des archives est notamment organisée pour la justification des droits des personnes physiques ou morales.

Concernant les écrits, le Code Civil précise, en son article 1366, que :

« *L'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.* »

Ainsi et selon les conditions exposées ci-dessus, un écrit électronique a la même valeur qu'un écrit sur support papier. On peut donc supposer qu'une version numérisée d'un écrit sur support papier aura la même valeur s'il répond auxdites conditions.



Conclusion :

Dans l'hypothèse où la numérisation n'altère pas la qualité des informations retranscrites et sauvegardées, que les textes n'imposent pas de « double » conservation, l'établissement ne méconnaît pas la loi sur les archives publiques en éliminant l'archive papier qui a été numérisée.



Votre établissement a conclu un marché public de fournitures (produits lessiviels) pour un montant TTC de près de 19 000 euros. Ce marché a été conclu pour une période initiale de 12 mois, renouvelable trois fois par tacite reconduction, et prendra fin au mois de février 2020.

Vous vous interrogez cependant quant à la possibilité de prolonger la durée dudit marché au delà de son terme initial.

En effet, votre établissement a pour intention d'investir dans un tunnel de lavage au cours de l'année 2020, ce besoin ayant vocation à donner lieu à un nouveau marché.



Question :

À quelles conditions un acheteur public peut-il augmenter la durée d'un marché, par voie d'avenant, sans méconnaître les règles de mise en concurrence ?



Textes de référence :

Code de la commande publique :

- articles L. 2194-1 à L. 2194-3 ;
- articles R. 2194-1 à R. 2194-10.



Réponse :

En avant-propos, il apparaît opportun de rappeler que la notion « *d'avenant* » renvoie désormais à la notion de « modification du marché » telle qu'instituée par l'Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

Il est toutefois à noter que ce changement revêt principalement une portée terminologique, les tenants et aboutissants juridiques afférents à ces notions demeurant, quant à eux, relativement similaires (et la disparition de la référence aux notions « *d'avenant* » et de « *décision de poursuivre* » ne dispensant d'ailleurs pas les acheteurs de matérialiser les modifications envisagées au sein d'un écrit).

L'augmentation de la durée du marché : une modification possible sous réserve de ne pas bouleverser l'équilibre du contrat

À l'instar du principe qui prévalait sous l'empire de la réglementation antérieure, le nouveau Code de la commande publique (CCP) pose le principe selon lequel la modification d'un marché public est possible, sous réserve de **ne pas altérer la nature globale du contrat** (art. L. 2194-1 du CCP).

Par ailleurs, et en application de l'article R. 2121-3 du CCP, il convient de rappeler que la valeur du besoin à prendre en compte est celle estimée au moment de l'envoi de l'avis d'appel à concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, au moment où l'acheteur engage la procédure de passation du contrat.

► En conséquence, le fait qu'une modification du marché en cours d'exécution ait pour effet de rendre son montant supérieur aux seuils européens n'a pas de conséquence juridique, à condition que le **calcul de la valeur estimée du besoin** auquel ce marché répond ait été opéré dans le respect des dispositions applicables (à savoir, conformément aux articles R. 2121-1.s du CCP).

En théorie, il est donc **possible de proroger les délais d'exécution d'un marché par voie d'avenant**. Le prolongement des délais ne doit, cependant, pas être excessif, afin de ne pas bouleverser ni l'économie générale du contrat ni les conditions de la mise en concurrence initiale.

En pratique, une telle modification suppose toutefois une appréciation au cas par cas, propre à chaque espèce. De fait, l'extension de la durée du marché s'accompagne d'une **augmentation subséquente du montant du contrat** (particulièrement dans le cadre d'un marché de fournitures) dont il convient de s'assurer qu'elle ne s'oppose pas aux nécessités d'une remise en concurrence périodique.

Les modifications autorisées, dispensées de remise en concurrence.

La réforme de la commande publique envisage 6 hypothèses de modification du marché, désormais limitativement énumérées à l'article L. 2194-1 du CCP :

« Un marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans les conditions prévues par voie réglementaire, lorsque :

- 1° Les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ;
- 2° Des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ;
- 3° Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ;
- 4° Un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché ;
- 5° Les modifications ne sont pas substantielles ;
- 6° Les modifications sont de faible montant.

Qu'elles soient apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur unilatéralement, de telles modifications ne peuvent changer la nature globale du marché. ».

Nota Bene : L'intérêt d'une telle liste est de permettre aux acheteurs de connaître précisément les cas de recours à la modification du contrat, en étant moins tributaires des aléas et fluctuations de la jurisprudence. En effet, sous l'empire des textes antérieurs, le juge administratif tolérait généralement une modification du montant du marché de l'ordre de 15 à 25% (en ce sens : CE, 02 octobre 2002, n° 219659, sur la modification de la durée d'un marché).

► **L'existence d'une clause de réexamen**

Les modifications d'un contrat, quel que soit leur montant, sont **dispensées d'une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence** dès lors que celles-ci ont été prévues dans les documents du contrat initial sous la forme de clauses de réexamen.

Le cas échéant, les textes imposent que la clause considérée soit précise, sans équivoque, et indique le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage (art. R. 2194-1 du CCP).

Attention cependant, le juge administratif a été amené à considérer qu'une clause particulière du CCAP réservant la possibilité de **poursuivre les prestations pour une durée provisoire** de 4 mois, afin d'assurer la continuité de l'approvisionnement des achats le temps qu'un nouveau prestataire soit désigné, ne

permettait pas de continuer à émettre des bons de commande sans **avenant de prolongation**, dès lors que la validité du marché était expirée (CAA Versailles, 08 février 2018, n° 16VE01638).

► **Les prestations supplémentaires devenues nécessaires**

Ce cas de figure remplace les marchés complémentaires de l'ancien article 35 du Code des marchés publics, outil supprimé par la nouvelle réglementation.

L'acheteur peut désormais inclure dans un marché préexistant des travaux, services ou fournitures supplémentaires devenus nécessaires, sous réserve de deux conditions cumulatives :

- Que ces prestations n'entraînent pas une modification supérieure à 50% du montant du marché initial.
- Qu'un changement de cocontractant soit impossible :
 - pour des raisons économiques et entraînerait une augmentation substantielle des coûts ;
 - ou pour des raisons techniques, les autres solutions entraînant un inconvénient majeur.

Notons que les textes rappellent expressément que **ces modifications ne doivent pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence** (art. R. 2194-3 du CCP), de sorte que cette souplesse peut permettre aux acheteurs de palier un retard occasionnel dans la passation d'un nouveau marché, sans pour autant devenir une pratique visant à compenser un manque de diligence récurrent.

► **Les circonstances imprévues**

Cette notion est définie par la jurisprudence européenne comme renvoyant aux circonstances extérieures qu'un acheteur, bien qu'ayant fait preuve d'une diligence raisonnable lors de la préparation du contrat initial, n'aurait pu prévoir.

La notion d'acheteur diligent s'apprécie compte tenu des moyens à sa disposition, de la nature et des caractéristiques du projet, des bonnes pratiques du secteur et de la nécessité de mettre en adéquation les ressources consacrées à la préparation de l'attribution du marché et la valeur prévisible de celui-ci.

La modification envisagée peut alors atteindre jusqu'à 50% du montant du marché initial (art. R. 2194-5 du CCP).

Là encore, le fait qu'une modification du contrat en cours d'exécution se traduise par le **franchissement des seuils européens** n'est pas irrégulier, pour autant que le calcul de la valeur estimée du besoin auquel ce contrat répond ait été opéré dans le respect des dispositions applicables.

► **La substitution d'un nouveau titulaire**

Pour votre complète information, la modification du marché est autorisée lorsqu'un nouveau prestataire se substitue au titulaire initial du marché (cette hypothèse ne concernant cependant pas votre établissement dans le cas présent).

► **Les modifications non-substantielles**

Un marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ne sont pas substantielles. Cette modification pourra trouver à s'appliquer dans de nombreuses hypothèses (telle que par exemple la modification de la durée).

Inversement, une **modification « substantielle »** est illégale en ce qu'elle modifie l'équilibre du marché d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat initial et cela en faveur du titulaire.

La notion de **modification non-substantielle** se définit a contrario. L'article R. 2194-7 du CCP énonce ainsi que sont substantielles (remise en concurrence nécessaire) les modifications remplissant au moins l'une des 4 conditions suivantes :

- Elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques ou permis le choix d'une offre autre que celle retenue ;
- Elle modifie l'équilibre économique du marché en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché initial ;
- Elle modifie considérablement l'objet du marché ;
- Elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire.

Attention, pour apprécier la régularité d'une modification et son caractère substantiel ou non, **les impacts en termes financiers ne sont pas les seuls à prendre en compte** (changement de la nature globale du marché public ; cumul de modifications pouvant, par le jeu des sommes, aboutir à une modification substantielle, etc).

► **Modification de faible montant**

Dans la mesure où la modification reste inférieure aux seuils européens et qu'elle s'inscrit dans les 2 limites suivantes, **le pouvoir adjudicateur pourra modifier le marché** (à la hausse comme à la baisse) sans remise en concurrence :

- 10% du montant du marché initial pour les marchés de fournitures et de services
- 15% du montant du marché initial pour les marchés de travaux

On relèvera ainsi que ces seuils sont plus faibles que ceux de 15 à 25% antérieurement acceptés par la jurisprudence.

La condition relative au **non-dépassement des seuils européens** est à apprécier au regard de la seule augmentation résultant de la modification, pas du nouveau montant du contrat une fois modifié. En revanche, pour l'appréciation des seuils de 10 et 15%, il convient de tenir compte de la **valeur cumulée des modifications successives**.

Nota Bene : au-delà de ces seuils de 10 ou 15 %, ou si l'augmentation est d'un montant supérieur aux seuils européens, la modification ne sera pas nécessairement qualifiée de substantielle et par conséquent jugée irrégulière. L'acheteur ou l'autorité concédante devra s'assurer que la modification envisagée n'entre pas dans l'une des hypothèses de l'article R. 2194-7 (à savoir les 4 cas de figure de modification substantielle précités).



Conclusion :

En somme, la réglementation prévoit expressément la possibilité de modifier un marché en cours d'exécution. Une telle modification n'est toutefois autorisée qu'à la condition que le pouvoir adjudicateur puisse se prévaloir de l'un des 6 cas de figure définis à l'article L. 2194-1 du CCP.

Dans le cadre d'un marché de fournitures, il est donc envisageable de prolonger temporairement la durée d'exécution des prestations par voie d'avenant afin d'assurer la continuité de l'approvisionnement le temps de conclure un nouveau marché, principalement au titre :

- Soit d'une clause prévue, le cas échéant, dans les documents de la consultation ;

- Soit de prestations supplémentaires devenues nécessaires ;
- Soit de modifications de faible montant ou pouvant être regardées comme non-substantielles.

Il revient donc principalement à votre établissement d'évaluer les conséquences financières d'une telle modification afin de vous assurer que la prolongation escomptée ne conduise pas à augmenter le montant du marché au delà d'un certain pourcentage.

En effet, au delà de 10 à 50% du montant du marché initial, selon le fondement réglementaire retenu pour justifier d'une telle modification, une nouvelle mise en concurrence sera nécessaire.

**Question :**

Existe-il une obligation de mentionner la durée prévisible de la mesure de contention dans la prescription médicale ?

Afin de faciliter la mobilité du patient, l'utilisation de barrières de lit relève-t-elle d'une prescription médicale ?

**Textes de référence :**

- Article 72 de la loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, JO 27 janvier 2016, texte n°1;
- Article L. 3222-5-1 du Code de la santé publique ;
- Directive 93/42/CEE du Conseil au 14 Juin 1993 relative aux dispositifs médicaux.

**Réponse :*****La mention de la durée de la mesure de contention dans la prescription médicale***

Aux termes de l'article 72 de la loi du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé codifié à l'article L. 3222-5-1 Alinéa 1 du Code de la santé publique :

« L'isolement et la contention sont des pratiques de dernier recours. Il ne peut y être procédé que pour prévenir un dommage immédiat ou imminent pour le patient ou autrui, sur décision d'un psychiatre, prise pour une **durée limitée**. Leur mise en œuvre doit faire l'objet d'une surveillance stricte confiée par l'établissement à des professionnels de santé désignés à cette fin. »

La prescription médicale doit donc mentionner la durée de la mesure de contention.

La mention de l'utilisation de barrières dans la prescription médicale

Les barrières d'un lit dans le cadre de mesures de contention relèvent des **dispositifs médicaux de la classe I**.

Selon l'article 1 de la directive 93/42/CEE, « un « dispositif médical » est un instrument, appareil, équipement, logiciel, matière ou autre article, utilisé seul ou en association, y compris le logiciel destiné par le fabricant à être utilisé spécifiquement à des fins diagnostique et/ou thérapeutique, et nécessaire au bon fonctionnement de celui-ci, destiné par le fabricant à être utilisé chez l'homme à des fins :

- de diagnostic, de prévention, de contrôle, de traitement ou d'atténuation d'une maladie,
- de diagnostic, de contrôle, de traitement, d'atténuation ou de compensation d'une blessure ou d'un handicap, (...) ».

Le CGPDM (Conseil de gestion des prestations des dispositifs médicaux) a émis un guide dans lequel il est indiqué que les barrières sont fournies si et seulement si, **la prescription le précise**. Il s'agit donc d'un moyen spécifique de contention physique à utiliser sur prescription médicale.

La prescription doit être écrite, horodatée, nominative, identifier le prescripteur, mentionner les motifs, préciser le type de matériel utilisé, et préciser les fréquences de mise en surveillance si nécessaire.

► Attention : Préalablement à la prescription médicale, un **rapport bénéfice/risque** est établi pour le patient par l'équipe pluridisciplinaire afin de déterminer au mieux le besoin du patient. De même, **en absence d'un médecin et en cas d'urgence**, cette prescription peut être faite a posteriori et confirmée dans les plus brefs délais par un médecin.

À ce titre, dans un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation, le 2 juillet 2014, la **responsabilité médicale du praticien et de l'établissement a été engagée** pour défaut de surveillance du patient. Dans cette affaire, un patient était tombé de son lit sans qu'aucune mesure de protection fut prise à son encontre, telle que la mise en place de barrières de lit.

Les juges de la Cour de cassation précisent que :

« Les mesures de surveillance et de protection prises par le personnel de la clinique, lequel pouvait, si nécessaire, solliciter une prescription médicale n'ont pas été adaptées à l'état du patient. »

De même que, la chute aurait pu être évitée si les barrières avaient été installées puisque :

« Le lendemain de la première chute, les barrières du lit n'étaient pas installées et aucune mesure de nature à éviter une nouvelle chute n'a été prise alors qu'il a été noté qu'à 8h du matin le patient était toujours agité ; que la pose des barrières et une contention au lit pouvaient et devaient dès lors être décidés, même sans prescription du médecin, pour la sécurité du patient que l'établissement doit assurer ; que les mesures de surveillance et de protection n'ont pas été adaptées à l'état de Monsieur X ».



Conclusion :

En cas de mesures de contention, la prescription médicale doit mentionner la durée de la mesure ainsi, que l'utilisation des barrières de lit sous réserve d'un rapport bénéfice/risque effectué par l'équipe pluridisciplinaire.

PRÉSENTATION DU SERVICE

En tant que directeur, manager ou responsable juridique, vous êtes confronté quotidiennement à des problématiques juridiques. Afin de prendre les meilleures décisions et d'être en conformité avec la législation française, vous avez besoin d'un éclairage juridique. **HOSPIMEDIA Réponse Expert** est le service de mise en relation instantanée avec des experts juridiques du monde de la santé proposé par **HOSPIMEDIA Groupe**.

NOS ENGAGEMENTS



RÉACTIVITÉ

Une réponse sous 24h à 72h ouvrées selon la complexité de la question.



EXPERTISE

Une information juridique rédigée par des spécialistes des problématiques de santé.



BUDGET MAITRISÉ

Un service efficace pour un coût maîtrisé grâce à un forfait illimité.



DISPONIBILITÉ

Nos experts s'engagent à vous répondre par e-mail ou par téléphone du lundi au vendredi de 9h à 18h.

LES THÉMATIQUES TRAITÉES

- Ressources humaines
- Qualité et gestion des risques
- Droits des patients
- Coopération
- Droit pénal
- Relations institutionnelles
- Droit des contrats
- Informatique
- Marché public
- Protection des données
- Finance
- Organisation interne des établissements



ma-question@hospimedia-groupe.fr



03 20 32 99 99



<https://reponse-expert.hospimedia.fr>

HOSPIMEDIA
RÉPONSE EXPERT