

LA *Semaine* JURIDIQUE

La pertinence de la sélection,
la fiabilité des analyses

Social

26 MARS 2013, HEBDOMADAIRE, N° 13 - ISSN 1774-7503

Directeur scientifique :
Bernard TEYSSIE

Rédactrice en chef :
Claire BRUNET

1132 ASSURANCE MALADIE

Quelle place pour les référentiels de prescription d'arrêt de travail dans la lutte contre les abus ?

Étude par Camille-Frédéric PRADEL, Perle-Marie PRADEL-BOUREUX
et Virgile PRADEL

1133 INFORMATIQUE ET LIBERTÉS

Comment mettre en place un dispositif d'alerte professionnelle ?

Pratique sociale par Lucien FLAMENT

Également cette semaine

Act. 133 **À l'international** - Sélection de l'actualité sociale dans le monde (Aperçu rapide par Delphine RUDELLI et Lucile UHRING)

Act. 134 **En région** - Sélection de jurisprudence : premier trimestre 2013 (Aperçu rapide)

1138 **Comité d'entreprise** - Le pouvoir de fixer la date des réunions périodiques échappe au règlement intérieur du comité d'entreprise (Cass. soc., 15 janv. 2013, note Jérôme DANIEL)

1141 **Cotisations et contributions sociales** - Variations sur les circulaires, le rescrit social et les divergences d'interprétation en matière de cotisations sociales (Cass. 2e civ., 14 févr. 2013, rapport Xavier PRÉTOT)

1143 **Contentieux du travail** - La cassation d'une décision dans toutes ses dispositions ne laisse subsister aucun chef du dispositif de cette décision (Cass. soc., 15 janv. 2013, note Bernard BOUBLI)

1132 Quelle place pour les référentiels de prescription d'arrêt de travail dans la lutte contre les abus ?

Camille-Frédéric PRADEL,

docteur en droit, avocat au barreau de Paris

Perle-Marie PRADEL-BOUREUX,

docteur en droit, avocat au barreau de Paris

Virgile PRADEL,

diplômé de Sciences Po Paris

Le service public de sécurité sociale dispose de référentiels de prescription d'arrêt de travail. La lutte contre les arrêts abusifs exige une intégration de ces référentiels dans les contrôles médicaux. Le présent article explore les modalités de cette nécessaire évolution.

1 - Le tableau de Rembrandt, « Le festin de Balthazar », dépeint un Roi abasourdi par l'irruption d'une inscription mystérieuse sur un mur : « tu es compté, mesuré, et pesé ». Sur le plan symbolique, la scène est beaucoup plus actuelle qu'on ne le pense. Elle évoque la situation de la sécurité sociale face à la mesure des arrêts de travail, qui n'utilise pas des moyens appropriés pour « compter, mesurer et peser » lesdits arrêts : elle se refuse à adopter des référentiels pour juger de la « normalité » d'un arrêt de travail. La posture de la sécurité sociale est pour l'instant celle de l'immobilisme, tel un Balthazar pétrifié par une réalité qui le dépasse.

Le législateur a pourtant voulu que le service public de Sécurité sociale soit doté de référentiels des bonnes pratiques médicales¹. La CNAMTS et la Haute autorité de santé ont ainsi élaboré des **référentiels de prescription d'arrêt de travail**². La liste est très longue, mais on y apprend, par exemple qu'une grippe saisonnière donne lieu en principe à 7 jours d'arrêt de travail et qu'une angine équivaut à 3 jours d'arrêt.

Ces référentiels devraient avoir une place dans la lutte contre les abus d'arrêt de travail et dans la maîtrise du déficit public³. Ils aide-

raient à traquer l'anomalie statistique. S'ils étaient intégrés à la procédure de contrôle des arrêts de travail, celle-ci pourrait être beaucoup plus ciblée.

1. Les référentiels de prescription sont pour l'instant absents des critères de déclenchement du contrôle des arrêts de travail

2 - La **durée de l'arrêt de travail, sans aucune référence à la pathologie du salarié**, est actuellement le seul critère de déclenchement d'un contrôle de la validité médicale d'un arrêt de travail. Par exemple, un arrêt de 45 jours peut aussi bien déclencher un contrôle pour une fracture ouverte que pour une angine, alors que les deux arrêts n'ont *a priori* pas la même légitimité.

Le contrôle des arrêts de travail courts devrait pourtant être ciblé en fonction de la pathologie. L'absence de rationalisation du contrôle des arrêts de travail aboutit à une désorganisation et à un manque d'efficacité du service. De plus, les moyens doivent être d'autant plus

1. CSS, art. L. 161-39 : « l'Union nationale des caisses d'assurance maladie et les caisses nationales chargées de la gestion d'un régime obligatoire d'assurance maladie peuvent consulter la Haute autorité de santé sur tout projet de référentiel de pratique médicale élaboré dans le cadre de leur mission de gestion des risques ainsi que sur tout projet de référentiel visant à encadrer la prise en charge par l'assurance maladie d'un type particulier de soins ».

2. <http://www.ameli.fr/professionnels-de-sante/medecins/exercer-au-quotidien/aide-a-la-pratique-memos/les-memos-de-bonne-pratique/arrêts-de-travail-des-referentiels-de-duree.php>

3. Un bilan du dispositif visant à protéger le citoyen en cas d'arrêt de travail par le maintien de son salaire (versement d'indemnité journalière) illustre la situation critique de notre protection sociale.
– Ce dispositif n'est pas suffisant : un salarié sur cinq du secteur privé ne reçoit pas d'indemnités, journalières en cas d'arrêt de travail, parce que sa

situation ne répond pas aux exigences des textes, qui excluent schématiquement les salariés « précaires ».

– Ce dispositif coûte pourtant cher : en 2011, le seul régime général dépensait 6,5 milliards d'euros au titre des arrêts « maladie ». S'ajoutent 2,2 milliards au titre des arrêts « accident du travail/maladie professionnelle ». Les dépenses augmentent chaque année. Les indemnités journalières ont ainsi progressé de 47 % entre 2000 et 2010 (*C. comptes, communication à la Commission des affaires sociales et à la mission d'évaluation et de contrôle des lois de financement de l'Assemblée nationale, Les arrêts de travail et les indemnités journalières versées au titre de la maladie*, juill. 2012).

rationalisés qu'un contrôle doit par principe intervenir dans des délais très brefs⁴.

• Le constat est qu'en pratique, les arrêts de moins de 2 jours échappent à tout contrôle : « Il existe en effet une réelle difficulté à contrôler les arrêts de très courte durée tout d'abord en raison du délai de réception de l'arrêt de travail et de sa prise en charge par les services administratifs et médicaux. Ce délai rend quasi impossible le contrôle des arrêts de moins de 7 jours »⁵.

• Les arrêts de plus de 45 jours représentent 80 % du volume financier des indemnités journalières versées par le régime général⁶ et font en principe l'objet d'un contrôle automatique. Pourtant, aucun dispositif ne permet d'assurer que ce contrôle automatique a lieu. La Cour des comptes pour sa part a constaté que les objectifs assignés au service du contrôle médical diffèrent selon la durée des arrêts et ne donnent pas nécessairement lieu à un examen de la personne⁷.

À nouveau, le seul moyen de renforcer l'efficacité des contrôles est de rationaliser le processus, afin de cibler les dossiers problématiques. L'intégration des référentiels de prescription d'arrêt de travail dans les critères de déclenchement rendrait le dispositif plus efficace, avec les mêmes moyens.

2. Des référentiels pour déclencher le contrôle des arrêts de travail

A. - Les référentiels, outils de ciblage des contrôles

3 - La Cour des comptes juge que les référentiels de prescription d'arrêt de travail devraient être utilisés « progressivement comme un outil de ciblage des contrôles médicaux sur les arrêts dont les durées s'éloignent de celles préconisées par le référentiel »⁸. Ces référentiels pourraient fournir des seuils qui, une fois franchis, déclencheraient une procédure contradictoire aboutissant ou non à la consolidation de l'assuré.

La dématérialisation de la prescription d'arrêts de travail assurera à terme la levée des obstacles techniques liés au délai d'information de la caisse du dépassement de la durée fixée dans un référentiel. À l'aide de la télétransmission, l'information de ce dépassement sera immédiate.

B. - Une procédure visant à lutter contre les abus d'arrêt de travail

4 - Le médecin doit en principe limiter ses prescriptions et ses actes à ce qui est nécessaire à la qualité, à la sécurité et à l'efficacité des soins (C. santé publ., art. R. 4127-8). La CNAMTS a précisé les caractéristiques de l'abus d'arrêt de travail :

« Sont qualifiées d'activités abusives celles qui rassemblent de manière réitérée des faits caractéristiques d'une utilisation d'un bien, d'un service ou d'une prérogative outrepassant des niveaux acceptables par rapport à des références ou des comparatifs non juridiques lorsqu'aura été constatée l'une des circonstances suivantes : [...]

4. Les délais de transmission des arrêts de travail interdisent à la caisse une analyse rapide de la situation. Par ailleurs, le salarié dispose d'un délai de 48 heures pour déclarer son arrêt maladie (CSS, art. R. 321-2), ce qui retarde d'autant l'action de la caisse.
5. C. comptes, rapport préc. note 3, p. 88.
6. P. Morange, député, Mission d'évaluation et de contrôle des lois de financement de l'Assemblée nationale, compte rendu n° 7, audition du 20 décembre 2012, séance de 9 h 30, session ordinaire 2012-2013, p. 9.
7. C. comptes, rapport 2012 sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale, p. 529.
8. C. comptes, rapport préc. note 3, p. 113.

- Prescriptions d'arrêts de travail ouvrant droit à indemnités journalières au-delà du besoin de repos du patient »⁹.

L'intégration des référentiels dans les critères de déclenchement du contrôle permettrait aussi de lutter contre les disparités territoriales¹⁰.

C. - Quelle procédure ?

1° Première phase, le médecin-conseil se prononce sur la pertinence médicale de l'arrêt de travail

5 - Le Code de la sécurité sociale pourrait prévoir qu'un contrôle de la pertinence médicale d'un arrêt de travail doit être déclenché par la caisse lorsque la longueur d'un arrêt dépasse un seuil, par pathologie, fixé par décret. Ces seuils seraient déterminés en fonction des durées d'arrêts fixées par la CNAMTS et la Haute Autorité de santé. On peut estimer qu'il y a excès potentiel lorsque l'arrêt de travail atteint deux ou trois fois la durée d'un référentiel.

Le service médical devrait alors se prononcer sur la consolidation ou non de l'arrêt après une durée déterminée en considération du référentiel. Cette procédure serait contradictoire. En cas d'arrêt « maladie », la procédure associe la caisse et l'assuré. En cas d'arrêt « AT/MP », la procédure associe la caisse, l'assuré et l'employeur, qui est en définitive le payeur.

6 - La validité scientifique et médicale d'un arrêt de travail peut être déterminée non pas de façon abstraite, mais singulière. C'est ce qu'a résumé le docteur Patrick Bouet : « Les fiches repères, vous avez d'ailleurs pu le remarquer, donnent des règles générales sur des durées probables ou potentielles d'arrêt de travail mais rappellent immédiatement [...] la nécessité de prendre en compte les situations individuelles et les limites que le colloque singulier entre le patient et le médecin confère à ces recommandations »¹¹. Dans cette perspective, la discussion médicale pourrait prendre en considération des données administratives :

- Y a-t-il continuité de prescripteur ? En principe, en cas de prolongation d'un arrêt de travail, l'indemnisation n'est maintenue que si la prolongation de l'arrêt est prescrite par le médecin prescripteur de l'arrêt initial ou par le médecin traitant, sauf impossibilité dûment justifiée par l'assuré (CSS, art L. 162-4-4) ;

- l'assuré respecte-t-il l'obligation de repos ?, etc.

2° Deuxième phase, en cas de contentieux

7 - La procédure en cas de contestation s'adossera à celle des articles L. 141-1 et suivants du Code de la sécurité sociale. Dans un premier temps, la procédure est de type administratif :

9. Circ. CNAMTS, n° CIR-1/2012, 2 janv. 2012.

10. « Le nombre moyen de journées indemnisées au titre de la maladie est en métropole de 9,1 par salarié en 2010, mais varie de un à deux (en isolant Paris et les Hauts-de-Seine) et même de presque un à cinq en incluant Paris. Ces écarts observés (...) n'apparaissent pas directement corrélés aux caractéristiques socio-économiques des départements » (C. comptes, rapport 2012 sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale, p. 520). L'analyse de prescriptions d'arrêts de travail des médecins a révélé des disparités.

Ainsi, si un médecin généraliste prescrit en moyenne 2 700 jours d'arrêt maladie, les 10 % des plus gros prescripteurs prescrivent à eux seuls 7 900 jours d'arrêt maladie. (B. Poletti, Mission d'évaluation et de contrôle des lois de financement de l'Assemblée nationale, compte rendu n° 3, audition 22 nov. 2012, séance 9 h 30, session ordinaire 2012-2013, Présentation de la communication de la Cour des comptes à la MECSS sur « Les arrêts de travail et les indemnités journalières versées au titre de la maladie », p. 3).

11. Dr. P. Bouet, Mission d'évaluation et de contrôle des lois de financement de l'Assemblée nationale, compte rendu n° 4, audition 28 nov. 2012, session ordinaire 2012-2013, Présentation de la communication de la Cour des comptes à la MECSS sur « Les arrêts de travail et les indemnités journalières versées au titre de la maladie », p. 12.

« Les contestations d'ordre médical relatives à l'état du malade ou à l'état de la victime, et notamment à la date de consolidation en cas d'accident du travail et de maladie professionnelle et celles relatives à leur prise en charge thérapeutique, [...] donnent lieu à une procédure d'expertise médicale ».

Les contestations mentionnées à l'article L. 141-1 sont soumises à un médecin expert (CSS, art. R. 141-1).

Si le contentieux perdure, l'assuré peut saisir le tribunal des affaires de sécurité sociale qui ordonne une deuxième expertise. La date de consolidation ne peut en effet être fixée devant le juge judiciaire qu'après une expertise médicale.

La particularité des arrêts AT/MP imposera d'associer l'employeur aux procédures administratives et contentieuses, sauf à interdire au service public de sécurité sociale de lui opposer les effets des décisions qui en résulteraient.

3. Les référentiels de prescription d'arrêt de travail ne peuvent imposer une durée de cessation d'activité

A. - La liberté de prescription du médecin libéral

8 - Dans les limites fixées par la loi et compte tenu des données acquises de la science, le médecin est libre de ses prescriptions qui seront celles qu'il estime les plus appropriées (C. santé publ., art. R. 4127-8). Le principe du libre choix du médecin par le malade a valeur constitutionnelle, de même que son corollaire la liberté de prescription du médecin¹².

De plus, la liberté de prescription médicale garantit l'adéquation entre l'état de santé du patient et les soins prodigués. La liberté de prescription du médecin doit permettre au médecin d'évaluer « la situation individuelle du patient et d'adapter sa prescription aux nécessités conditionnant une guérison optimale [...] Il est fondamental que la thérapeutique soit adaptée à l'usager de santé »¹³.

Une aide informatique à la prescription ne peut porter atteinte à la liberté de prescription. Le médecin doit pouvoir librement fixer la durée de l'arrêt. Un logiciel pourrait en revanche simplement l'avertir que la prescription totale (depuis l'arrêt initial) dépasse celle du référentiel¹⁴. Le développement de cette dématérialisation ne doit

pas aboutir à une absence ou une standardisation de la motivation des arrêts de travail, ce qui interdirait tout contrôle. Les médecins sont tenus de mentionner les éléments d'ordre médical justifiant l'interruption de travail (CSS, art. L. 162-4 1) lorsqu'ils établissent une prescription d'arrêt de travail donnant lieu à l'octroi des indemnités journalières.

B. - La fixation d'une date de consolidation uniquement par le service public

9 - Le service médical de la caisse ne pourra jamais valablement prescrire les arrêts de travail, puisqu'il s'agit d'un aspect du soin, et non d'un acte administratif. Il fixe en revanche la date de consolidation. Cet « avis médical » d'un médecin-conseil est un acte médical: Le médecin-conseil dispose à ce titre nécessairement d'une **indépendance technique**, conformément à ses règles déontologiques. Un référentiel ne pourrait avoir pour effet d'annihiler cette indépendance.

Pour des questions relatives aux libertés fondamentales, il est essentiel que le service public reste seul à déterminer cette date de consolidation: la palette des investigations nécessaires à la lutte contre la fraude (constat d'une activité hors du domicile par exemple, croisement de fichiers) ne doit reposer qu'entre les mains du service public, et non des employeurs. Un praticien libéral ne saurait non plus disposer de pouvoirs de police (vérification de l'identité par exemple). Le tribunal des affaires de sécurité sociale de Lyon a parfaitement résumé les dangers pour les libertés fondamentales de faire reposer sur l'employeur le contrôle de la pertinence d'un arrêt de travail, *via* notamment la contre-visite: « le tribunal ne croit pas se tromper en disant que si les employeurs suivaient ce conseil, cette observation de la caisse serait particulièrement dangereuse pour le fonctionnement de ses services »¹⁵. Seul le service public soumet un assuré au contrôle médical (CSS, art. L. 315-2).

10 - La procédure doit être déclenchée suivant les normes d'un référentiel. Ainsi, l'action du contrôle médical sur le plan national sera uniformisée¹⁶ sans perte de qualité de la discussion médicale.

MOTS-CLÉS : Assurance maladie - Arrêt de travail - Contrôle - Référentiels de prescription d'arrêt de travail - Usage

TEXTES : CSS, art. L. 161-39, art. L. 141-1. - C. Santé publ., art. R. 4127-8

JURISCLASSEUR : Protection sociale Traité, Fasc. 431, par Sabine Carty

12. Cons. const., déc. 22 janv. 1990, n° 89-269 DC.

13. Dr P. Bouet, Mission d'évaluation et de contrôle des lois de financement de l'Assemblée nationale, compte rendu n° 4, audition, préc. note 11, p. 13.

14. La CNAMTS a déployé un nouvel outil dit « AAT en 5 clics », intégrant les durées d'arrêts de travail indicatives par pathologie des référentiels.

15. TASS Lyon, 13 mars 2012, n° 26/2012.

16. La Cour des comptes a pointé l'hétérogénéité des pratiques: « Le contrôle médical des arrêts de travail se caractérise par une grande hétérogénéité des pratiques » (C. comptes, rapport préc., recommandations, p. 87).