



HAL
open science

Le médecin libéral face au service public de Sécurité Sociale

Perle-Marie Pradel

► **To cite this version:**

Perle-Marie Pradel. Le médecin libéral face au service public de Sécurité Sociale. Droit. Université d'Angers, 2010. Français. NNT: . tel-00545915

HAL Id: tel-00545915

<https://theses.hal.science/tel-00545915>

Submitted on 13 Dec 2010

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LE MEDECIN LIBERAL FACE AU SERVICE PUBLIC DE SECURITE SOCIALE

THESE DE DOCTORAT

DROIT PUBLIC

ECOLE DOCTORALE PIERRE COUVRAT

Présentée et soutenue publiquement

Le 7 septembre 2010, à Angers

Par Perle-Marie PRADEL

Devant le Jury ci-dessous :

Monsieur le Recteur Armel PÉCHEUL, Professeur à l'Université d'Angers,
Directeur de thèse, Examineur

Monsieur le Professeur Jean DHOMMEAUX, Professeur Émérite à l'Université de Rennes 1,
Président du Jury, Examineur

Monsieur Christophe ALBIGÈS, Maître de conférences à l'Université de Montpellier 1, Habilité à
diriger des recherches, Rapporteur, Examineur

Monsieur Augustin EMANE, Maître de conférences à l'Université de Nantes,
Habilité à diriger des recherches, Rapporteur, Examineur

Monsieur Marc-André DISTANTI, Médecin, Expert près la Cour d'Appel,
Membre du Conseil national de l'Ordre des médecins, Membre invité

Monsieur le Président Bruno WAECHTER, Magistrat honoraire, Membre invité

Centre Jean Bodin (recherche juridique et politique) – Faculté de Droit d'Angers
13, allée François Mitterrand, BP 13633, 49036 Angers Cedex 01

ED N° 88

L'UNIVERSITE D'ANGERS n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions devront être considérées comme propres à leurs auteurs.

A mon directeur de thèse Monsieur le Recteur Armel Pécheul,

A mes enseignants de la Faculté de droit d'Angers,

A mes parents et à mes frères,

A mon fiancé

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE. LE PRINCIPE D'ATTRACTION DES MEDECINS LIBERAUX DANS LE SYSTEME JURIDIQUE DU CONVENTIONNEMENT

TITRE LIMINAIRE. LE STATUT HYBRIDE DU CONVENTIONNEMENT DES MEDECINS LIBERAUX

TITRE I. LE CHOIX CONTRACTUEL ILLUSOIRE A LA DISPOSITION DU MEDECIN

TITRE II. LE CARACTERE REGLEMENTAIRE DE LA CONVENTION-TYPE PROPOSEE AUX MEDECINS LIBERAUX

DEUXIEME PARTIE. POURSUITE ET REPRESSION DU MEDECIN LIBERAL

TITRE I. LE MEDECIN LIBERAL AU CŒUR D'UNE PROCEDURE DESEQUILIBREE D'ELABORATION DE LA SANCTION

TITRE II. LA PROTECTION DU MEDECIN LIBERAL AU REGARD DE SES LIBERTES FONDAMENTALES

RÉSUMÉ DE LA THÈSE

1. Alors que la médecine libérale traverse une crise profonde, se pose la question du cadre juridique de l'exercice de l'activité des médecins libéraux. Dans un contexte d'explosion des dépenses de santé, les médecins libéraux apparaissent comme les premiers destinataires de mesures destinées à mieux contrôler un système de sécurité sociale qui échappe aux pouvoirs publics, au moins sur le plan économique en ce qui concerne les dépenses. La sanction devient dès lors le moyen d'action des instances chargées de contrôler les médecins libéraux.

2. Le principe d'attraction des médecins libéraux dans le système juridique du conventionnement semble mis en place pour mieux les encadrer, et facilite en tout cas leur répression. La légalité de la convention passée entre médecins et assurance maladie, et la possibilité de contester cette convention, constituent un enjeu fondamental pour toute la profession, mais aussi pour les autres professions de santé qui fonctionnent à partir du conventionnement.

3. Prisonnier du conventionnement, le médecin libéral doit bénéficier de la protection de libertés fondamentales lorsqu'il est contrôlé. La poursuite et la répression du médecin libéral seront examinées à travers ce prisme, et au regard de l'influence grandissante de la Cour européenne des droits de l'homme.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

A.J.D.A.	Actualité juridique du droit administratif
ALD	Affection longue durée
AME	Aide médicale d'Etat
AMM	Autorisation de mise sur le marché
ARS	Agence régionale de santé
ATU	Autorisation temporaire d'utilisation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre civile
Bull. soc.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre sociale
CAPI	Contrat d'amélioration des pratiques individuelles
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Civ	Cour de cassation, Chambre civile
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CMU	Couverture maladie universelle
CNITAAT	Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail
COG	Conventions d'objectifs et de gestion
Com	Cour de cassation, Chambre commerciale
ConvEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CPAM	Caisse primaire d'assurance maladie
CPP	Code de procédure pénale
CRA	Commission de recours amiable
CRAM	Caisse régionale d'assurance maladie
Crim.	Cour de cassation, Chambre criminelle
CSMF	Confédération des syndicats médicaux français
CSP	Code de la santé publique
CSS	Code de la sécurité sociale
DA	Dépassement autorisé plafonné
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
DE	Dépassement occasionnel pour exigence particulière du malade

DP	Droit permanent à dépassement
DMP	Dossier médical personnel
DRASS	Direction régionale des affaires sanitaires et sociales
DREES	Direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
CNOM	Conseil national de l'Ordre des médecins
CRAM	Caisse régionale d'assurance maladie
GP	Gazette du Palais
HAS	Haute autorité de santé
HPST	Hôpital, Patients, Santé et Territoires
INSEE	Institut national de la statistique et des études économiques
JCP	Juris-Classeur Périodique (La semaine juridique), Edition générale
LFSS	Loi de financement de la sécurité sociale
JO	Journal Officiel
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
Loi HPST	Loi Hôpital, patients, santé et territoires
MRS	Mission régionale de santé
NGAP	Nomenclature générale des actes professionnels
OMS	Organisation mondiale de la santé
ONDAM	Objectif national des dépenses de l'assurance maladie
OPEDSV	Objectif prévisionnel d'évolution des dépenses de soins de ville
RCM	Règlement conventionnel minimal
RDP	Revue du droit public
RMO	Références médicales opposables
SAS	Section des assurances sociales
SML	Syndicat de la médecine libérale
Soc	Cour de cassation, Chambre sociale
TASS	Tribunal des affaires de sécurité sociale
TUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
UNCAM	Union nationale des caisses d'assurance maladie
URML	Unions régionales des médecins libéraux

URPS	Unions régionales des professions de santé
URSSAF	Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales
UNOCAM	Union nationale des organismes d'assurance maladie complémentaire

INTRODUCTION

DU CIEL A LA TERRE, OU LE DESENCHANTEMENT DU MEDECIN

4. Le soignant n'a par essence rien d'une victime. Un savoir supérieur lui accorde une puissance concrète sur ses contemporains : le contrôle de la rectitude et de la normalité des corps. Le médecin comme le shaman sépare le sain du malade, soulage la souffrance et rétablit ce qui semblait perdu : « c'était lui le grand chirurgien, qui avait traqué l'étincelle de vie cachée comme un chien dans les tréfonds du corps moribond. Ce Lazare donné pour mort s'était relevé paisiblement et avait souri »¹. Non content de sa mission temporelle, le soignant se voit investi d'une aura spirituelle ; la blouse blanche devient un attribut charismatique aussi fort que l'aube noire². Cette proximité du clergé et du médical a valu à Michel Foucault l'expression de « prêtre du corps » pour désigner les médecins³.

5. Face à cette emprise des médecins sur l'homme, se dresse l'Etat. Là encore, la comparaison avec le clergé se profile, à cela près que le Gallicanisme souhaitait établir de manière déclarée la mainmise de la royauté sur une profession originellement autogérée. Le système des conventions médicales se démarque par ses détours, et parvient à dicter ses conditions aux professionnels de santé tout en leur laissant croire qu'ils sont libres. Plus encore, l'Etat français moderne exige davantage des soignants que ce qui était demandé aux prêtres par les rois de France. Là où les dirigeants du passé voulaient une simple prééminence hiérarchique pour mettre en place une spiritualité organisée, la sécurité sociale tente de générer des soignants obédients et dociles, prêts à se sacrifier pour pérenniser le credo de la protection sociale : offrir même au plus démuné un minimum de prestations en cas de détresse face à la maladie, la vieillesse où la parenté. Un tel idéal impose de superviser les soignants, encadrés car à l'origine de la dépense de soins supportée par la collectivité.

¹ D. BUZZATI, *Le K*, coll. Pocket. Traduit de l'italien par Jacqueline Remillet, Laffont, 1995

² Fait corroboré par l'expérience de Serge MILGRAM

³ Naissance de la clinique

6. Si tout encadrement se caractérise par une violence, celle exercée sur les prescripteurs de soins ne comporte pas de brusques accès de répression. Au contraire, il s'agit d'une contrainte supportable, mais infligée de manière constante. Tel un sédatif, elle lénifie sa victime et amoindrit ses capacités défensives. La vulnérabilité permanente du professionnel de santé a été élevée au rang de principe par les conventions médicales.

7. Pour condamner le médecin libéral à cette faible posture de vassalité, le législateur lui propose une alternative simple : non-conventionnement ou conventionnement. A quelques exceptions (chirurgie esthétique, banlieues chics à hauts revenus), le non-conventionnement signifie l'absence de patients, qui optent presque exclusivement⁴ pour les professionnels conventionnés dont les soins sont remboursés. L'absence de patients équivaut bien sûr à l'absence de revenus. Ne reste plus alors que le conventionnement. Somme toute, le sacrifice du médecin est obtenu grâce à un choix forcé entre la mort ou le masochisme, le non-conventionnement ou le conventionnement. Quand on a convaincu le médecin que l'adhésion à la convention était le meilleur parti qui s'offrait à lui, la trappe se referme, et il devient le sujet d'un système établi en sa défaveur. L'attendent contrôles permanents, lignes de conduites imposées par des forces supérieures, voire sanctions judiciaires et ordinaires en cas de déviance.

8. Nous voici bien loin du médecin tout-puissant, ordonné « prêtre du corps » suite à sa victoire sur la maladie. Auparavant au cœur du mécanisme de rétablissement du patient, il a été placé au rang de simple exécutant du service public de santé. Cette volonté s'affiche dès l'origine dans l'article L. 321-3 du Code de la sécurité sociale, selon lequel la Caisse doit soumettre l'assuré et les membres de sa famille, à certaines périodes de la vie, à un examen de santé. On voit bien que le médecin sert ici la volonté de la protection sociale, à tel point qu'il est cruellement omis de la rédaction de l'article. Comme si son obéissance allait sans dire.

9. La mise en place du principe de vulnérabilité du soignant libéral raconte les modalités du contrôle étroit de l'Etat sur un corps professionnel autrefois dominant. Ce processus dégradant fait l'objet de cette thèse. La mise sous tutelle du médecin n'est toutefois pas sans but, car la maîtrise des dépenses de protection sociale appelle un tel dispositif. En filigrane de notre réflexion, se cache donc cette question à laquelle nous ne

⁴ Les médecins non-conventionnés sont rarissimes. En 2006, il y en a 500 pour 115 000 médecins conventionnés in « Démographie et honoraires des médecins libéraux en 2006 », *Points de repère*, décembre 2008, n° 23

saurons répondre et que nous préférons laisser ouverte : les intérêts vitaux de la collectivité peuvent-ils justifier une telle coercition ?

SECTION I. LES RAISONS DE L'INGERENCE DANS L'ACTIVITE DES MEDECINS LIBERAUX

Cette ingérence se fonde sur la double nécessité de garantir la qualité des prestations de ces derniers et de préserver l'équilibre juridique du système de protection sociale (I) et se manifeste par un contrôle mené par l'administration de sécurité sociale qui peut être confronté aux libertés fondamentales du médecin libéral (II).

I. LE CONTROLE DES MEDECINS LIBERAUX SE FONDE SUR LA DOUBLE NECESSITE DE GARANTIR LA QUALITE DES PRESTATIONS DES MEDECINS LIBERAUX ET DE PRESERVER L'EQUILIBRE BUDGETAIRE DU SYSTEME DE PROTECTION SOCIALE

10. Le médecin libéral agit sur un marché donné, et propose un ensemble de services de soins. Si on en revient à la théorie économique classique, le thérapeute se comporte comme un *Homo Oeconomicus* rationnel : il va essayer de maximiser son utilité (au sens utilitariste du terme). Dans ce cadre abstrait et dérégulé, le médecin libéral adopterait un ensemble de stratégies visant à obtenir le plus grand revenu possible. Accepter tout types d'expérimentations et soins aux prix les plus élevés, contracter avec des laboratoires des objectifs de prescriptions seraient autant de bonnes manières d'atteindre ce but. Nous arrêtons là cet exemple par l'absurde qui établit que la quête du médecin devenu agent économique rationnel se heurte, en l'absence de régulation, aux impératifs de déontologie et d'équilibre budgétaires d'un système de soins mutualisé.

11. En premier lieu, le contrôle des médecins libéraux résulte d'impératifs de qualité offerte aux patients. L'exercice de la médecine s'organise autour d'un ordre professionnel - réminiscence des corporations abolies par la loi Le Chapelier de 1791.

12. Cette disposition permet d'abord d'établir un code de conduite éthique du professionnel de santé, même libéral. Les premières règles de ce type existent depuis le IV^{ème} siècle avant JC et le serment d'Hippocrate, encore en vigueur chez les médecins même si adapté par le Conseil national de l'Ordre des médecins (CNOM) en 1996, qui a

supprimé les références au panthéon grec et l'interdiction de prescrire des pessaires abortifs. Le mouvement d'éthique médicale est toutefois inséparable de l'épisode des expérimentations nazies dans les camps d'extermination, capables de détruire ce qui restait d'humain dans l'homme. « La barbarie nazie s'exerce à niveau industriel, et est perpétrée par un État tout entier devenu machine »⁵. Suite à de tels événements, le Code de Nuremberg en premier a confirmé qu'il apparaissait fondamental d'exiger des médecins un certain degré d'éthique. Le Code de déontologie médicale a d'ailleurs été inspiré par ce dernier, et achevé simultanément le 28 juin 1947.

13. Ensuite, la gestion ordinale protège de tout exercice illégal de la profession, et garde la population de tout charlatanisme qui se dit médical. En effet, la médecine est une pratique complexe, à mi-chemin entre l'art et la science, réservée aux *cognoscenti* de la matière. La confier à d'autres que des professionnels de santé qualifiés paraît hasardeux- la vie des patients est parfois en jeu.

14. Il apparaît que ce n'est pas toujours pour ces raisons qualitatives que la vulnérabilité du médecin libéral est mise au pinacle, mais pour des motifs plus pragmatiques. L'offre de soins libérale s'inscrit dans l'équilibre délicat de la protection sociale, partagée entre volonté d'offrir des prestations à titre gracieux et aléa moral des usagers et professionnels du système de santé. Le contexte est très large, et dépasse même le champ des seuls médecins libéraux : un droit à la santé est mis en œuvre mais l'abus de ce droit pose problème. Ainsi, en 2006, 261 millions d'euros d'abus et de fraudes ont été détectés et stoppés par la direction de la répression des fraudes⁶. La partie immergée de l'iceberg est sans doute plus importante : autant d'arrêts maladie de complaisance, consultations fictives, facturations et transports sanitaires frauduleux, surtarification, remboursement d'actes de chirurgie esthétique, ou détournement en tout genre passent inaperçus et restent impunis. Ils représentent des fonds dilapidés, non-affectés à la protection sociale.

15. Des contrôles assortis de sanctions sont alors mis en place pour contrer cette dérive. Gageure de taille, car il faut surveiller 60 millions de Français, 350 000 professionnels de santé, 1800 hôpitaux publics, un millier de cliniques privées, près de 10 000 établissements médico-sociaux pour enfants inadaptés, adultes handicapés et

⁵ M. PICARD, *L'homme du néant*, coll. cahiers du Rhône, Editions de la Baconnière, 1947

⁶ Chiffre publié sur le site internet de l'Assurance maladie dans le cadre de la Campagne européenne 2008 de sensibilisation contre la fraude et la corruption dans le domaine de la santé

personnes âgées dépendantes⁷, sans parler de la protection sociale des salariés par le droit du travail. La maîtrise d'un si grand nombre s'appuie sur des sanctions dissuasives, afin d'inciter les fautifs potentiels à des aspirations plus vertueuses : « la finalité première n'est pas de sanctionner de façon aveugle mais de dissuader et de prévenir les comportements déviants »⁸.

II. LA CONVENTION MEDICALE REPRESENTE UN MODELE ECONOMIQUE AVANTAGEUX POUR LE SERVICE PUBLIC DE SECURITE SOCIALE

16. La référence précitée à la déviance n'est pas anodine, et prouve en creux l'existence d'une droite ligne de conduite. Du point de vue de la sécurité sociale, la règle à respecter n'est pas de nature éthique : les juridictions ordinales se chargent de sanctionner les écarts déontologiques des médecins⁹, tandis que les infractions les plus graves relèvent du champ pénal si elles sont qualifiées comme telles. Pour la sécurité sociale, la norme à suivre tient à des préoccupations économiques, ce que confirme le Code de la sécurité sociale à l'article L.162-2-1 : « Les médecins sont tenus, dans tous leurs actes et prescriptions, d'observer, dans le cadre de la législation et de la réglementation en vigueur, la plus stricte économie compatible avec la qualité, la sécurité et l'efficacité des soins »

17. Chevillée au corps du texte de loi, la visée principale du service public administratif se présente comme la « plus stricte » réduction des coûts. La vertu de parcimonie justifie la mise en place de conventions afin de contenir d'éventuelles éruptions de prodigalité. Le législateur semble estimer que les médecins sont « bons en dépit d'eux-mêmes »¹⁰, et que leur « faiblesse, leur bonté, leur dangereuse sensibilité »¹¹ légitime un

⁷ F. LENORMAND, « Le Système d'information de l'assurance maladie, le SNIIR-AM et les échantillons de bénéficiaires », *Courrier des statistiques*, mars-juin 2005, n° 113-114, p. 34

⁸ Circulaire CNAMTS, 18 août 2005, Ref : 83/2005

⁹ Conformément à l'article L.4122-1 du code de la santé publique (ancien article L.409), l'ordre des médecins est chargé de veiller au respect des dispositions du code de déontologie. Les infractions à ces dispositions relèvent de la juridiction disciplinaire de l'Ordre.

¹⁰ Jean-Jacques Rousseau fait usage de cette expression au sujet des femmes. Cela permet d'esquisser une comparaison entre les rapports de la sécurité sociale avec les médecins libéraux et ceux du père de famille avec son épouse au XIX^e siècle : la défaillance supposée de la femme a longtemps fondé la prééminence de la place du père dans la politique familiale in J.-J. ROUSSEAU, *La Nouvelle Héloïse*, ed. René Pomeau, Paris, 1960.

¹¹ Pour filer la métaphore entre la femme non-émancipée et le médecin libéral, voici une exclamation du Tribun Lahary pendant les débats de rédaction du Code Civil, au sujet du rôle de la femme au sein de la famille et sa propension à être dépensière.

contrôle de leurs dépenses par le biais de la convention médicale. Celle-ci s'inscrit dans le cadre de l'ONDAM ¹², qui inclut des conventions d'objectifs et de gestion (COG) ¹³ afin d'encadrer la rémunération des soins dispensés en ville par les professions médicales. Pour la branche maladie, le COG se ramifie en Objectif prévisionnel d'évolution des dépenses de soins de ville (OPEDSV). La convention nationale intègre l'OPEDSV et institutionnalise le contrôle de la dépense des médecins libéraux par les organismes de sécurité sociale.

18. Le conventionnement est donc un modèle économique tout à fait viable, du moins pour le service public de sécurité sociale. Les médecins supportent certains coûts liés à l'exercice libéral : l'installation, par exemple, est à leurs frais et risques. En revanche, ils demeurent des subordonnés d'une administration qui limite leurs gains et impose ses règles de conduite. Cette dernière récupère les avantages d'un service géré en régie avec une grande marge de contrôle (prix, quantités offertes, pouvoir de sanction), tout en conservant les points positifs de la contractualisation, avec la délégation des coûts initiaux de mise en place du service.

¹² ONDAM : Objectif national des dépenses de l'assurance maladie

¹³ Ordonnance n° 96-344 du 24 avril 1996 portant mesures relatives à l'organisation de la sécurité sociale

SECTION II. LE CONTROLE PAR L'ADMINISTRATION DE SECURITE SOCIALE CONFRONTE AUX LIBERTES FONDAMENTALES DU MEDECIN LIBERAL

Le contrôle mené par l'administration est sous-tendu par l'exercice de son pouvoir de sanction (I) au nom de la prééminence des intérêts collectifs sur l'intérêt particulier (II).

I. UN CONTROLE SOUS-TENDU PAR L'EXERCICE D'UN POUVOIR DE SANCTION

Le pouvoir de sanction de l'administration de sécurité sociale s'exerce dans le cadre d'une procédure qui apparaît comme inquisitoriale (§1) et est menée spécifiquement à l'encontre des médecins libéraux (§2).

§1. UNE PROCEDURE INQUISITORIALE ASSORTIE DE SANCTIONS EN MARGE DU DROIT

La multitude de contrôles se place en faux avec les droits de la défense (A) et fait émerger la notion de sanction appliquée au droit de la sécurité sociale (B).

A. La multitude de contrôles se place en faux avec les droits de la défense

19. Les contrôles auxquels les médecins libéraux sont exposés sont protéiformes : contrôlé médical pré contentieux par le service du contrôle médical ou la direction d'une caisse, recouvrement de l'indu et de pénalités financières par l'organisme d'assurance maladie concerné, procédure disciplinaire devant la Section des assurances sociales des conseils de l'ordre des médecins (appelé contentieux du contrôle technique), contentieux conventionnel et contentieux des contrats de bonne pratique devant la Caisse primaire d'assurance maladie, procédures disciplinaires devant la Chambre disciplinaire des Conseils de l'Ordre des médecins. A l'inverse de la procédure pénale ou de la procédure civile, presque aucune disposition légale n'encadre la protection due au médecin libéral lors de la mise en œuvre de ces contrôles, qu'il s'agisse de l'ouverture de ces contrôles ou de leur déroulement, alors que les procédures à la disposition des caisses et les sanctions

tarifaires à l'encontre des médecins ont été récemment renforcées¹⁴. Les contrôles sont remis en cause dès le stade de leur déclenchement en raison de l'identification d'un « comportement statistiquement frauduleux » (1), mais aussi à cause du mode d'administration de la preuve au cours du contrôle de l'activité du médecin libéral (2) et du déroulement des procédures (3).

1. La remise en cause du déclenchement de contrôles à partir de l'identification d'un « comportement statistiquement frauduleux »

20. La systématisation des contrôles pose une question d'égalité, mais plus généralement de respect des droits de la défense, le médecin contrôlé se retrouvant soudainement au cœur d'un processus inquisitorial dans lequel l'objectif poursuivi est de faire émerger des preuves sur le fondement d'un « comportement statistiquement frauduleux », ne reposant sur aucun indice objectif qui justifierait l'ouverture d'une enquête de flagrance à l'image de celle instituée par le Code de procédure pénale¹⁵.

21. En matière fiscale et en marge des dénonciations¹⁶ certains contrôles fiscaux peuvent être, eux aussi, déclenchés sur la base d'une analyse statistique. La Cour des comptes, tout en mettant évidence les défauts du pilotage du contrôle fiscal, constate que « l'administration centrale donne aux services locaux des objectifs quantifiés » (comme par exemple le nombre de contrôles à finalité répressive) ainsi que des orientations qualitatives générales », sans leur indiquer « d'axes prioritaires de programmation des contrôles sur des dispositions fiscales ou des secteurs particuliers »¹⁷. Ces axes sont en effet définis dans des programmes interrégionaux pluriannuels établis par les délégués interrégionaux du directeur général qui n'ont aucune autorité sur les directeurs départementaux des contrôles fiscaux ce qui montre l'inégalité géographique des contribuables¹⁸. Le même problème se pose pour les médecins libéraux puisque les contrôles dont ils font l'objet sont aussi déterminés à partir de l'outil informatique. Il semble que l'arbitraire demeure.

¹⁴ Loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale pour 2009, modifiant l'article L. 162-1-14 du Code de la sécurité sociale, lui-même créé par une loi n° 2004-810 du 8 août 2004

¹⁵ CPP, articles 53 et suivants

¹⁶ Code général des impôts, article 1825F

¹⁷ *Rapport public annuel de la Cour des comptes*, Documentation française, février 2010, p. 183

¹⁸ *Rapport public annuel de la Cour des comptes*, Documentation française, février 2010, p. 184

22. Dans le cadre des contrôles fiscaux, la notion de « comportement statistiquement frauduleux » amène à évoquer la méthode dite du « pastillage », le pastillage consistant à repérer les contribuables à « profil pénal » et à faire suivre le contrôle par une cellule spécialisée chargée de veiller à la solidité juridique des dossiers ¹⁹. La Cour des comptes, reconnaissant que « cette pratique peut être justifiée par le besoin de rassembler des informations particulières nécessaires aux poursuites pénales », s'est émue du fait qu'elle pouvait « cependant conduire à un biais de sélection, dès la programmation, il conviendrait que le pastillage s'appuie sur des méthodes robustes favorisant une analyse objective des risques. »

23. En ce qui concerne les contrôles des professionnels de santé libéraux opérés à l'initiative des organismes sociaux, le danger est de voir s'ouvrir une procédure de flagrance au sens de l'article 53 du Code de procédure pénale sur le fondement du seul signalement arbitraire d'un comportement supposé « déviant » à connotation délictuelle ²⁰. Les faits dénoncés seraient alors considérés comme un indice apparent d'un comportement délictueux pouvant révéler l'existence d'une infraction répondant à la définition donnée des crimes et délits flagrants par l'article 53 du Code de procédure pénale précité. De tels contrôles ne sont pas comparables aux contrôles routiers aléatoires. Ordonnés par le procureur de la République, ceux-ci ont la particularité d'assurer une égalité parfaite de traitement entre les conducteurs.

24. Les contrôles systématiques mis en place posent la question de l'égalité des citoyens devant le contrôle et du bien-fondé d'une procédure inquisitoriale. La personne contrôlée puis sanctionnée se retrouve souvent au cœur d'un processus où des preuves ont été recherchées contre elle, sans motif réel de suspicion. Une telle procédure serait

¹⁹ *Rapport public annuel de la Cour des comptes*, Documentation Française, février 2010, p. 175-176

²⁰ CPP, article 53 (modifié par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 - art. 77 JO10 mars 2004) :

Est qualifié crime ou délit flagrant le crime ou le délit qui se commet actuellement, ou qui vient de se commettre. Il y a aussi crime ou délit flagrant lorsque, dans un temps très voisin de l'action, la personne soupçonnée est poursuivie par la clameur publique, ou est trouvée en possession d'objets, ou présente des traces ou indices, laissant penser qu'elle a participé au crime ou au délit.

A la suite de la constatation d'un crime ou d'un délit flagrant, l'enquête menée sous le contrôle du procureur de la République dans les conditions prévues par le présent chapitre peut se poursuivre sans discontinuer pendant une durée de huit jours.

Lorsque des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité pour un crime ou un délit puni d'une peine supérieure ou égale à cinq ans d'emprisonnement ne peuvent être différées, le procureur de la République peut décider la prolongation, dans les mêmes conditions, de l'enquête pour une durée maximale de huit jours.

inimaginable en droit pénal dès lors que la personne n'a pas eu un comportement anormal légitimant le contrôle.

25. En matière médicale comme en matière fiscale, toute la difficulté consiste dans la détermination a priori de ce qu'est un « comportement manifestement frauduleux ». L'existence d'indices graves, précis et concordants de l'illégalité ne relève pas de considérations purement objectives, présomption n'étant pas, de surcroît, preuve. L'intime conviction est le juge personnel que la loi prescrit au juge pénal, aux jurés²¹ et au juge civil²² d'établir par eux-mêmes et en raison, à partir des preuves qui leur sont proposées²³. A l'heure de la sanction, l'autorité qui en a la charge peut fonder sa décision sur des présomptions, c'est-à-dire la « conséquence que la loi ou le juge tire d'un fait connu à un fait inconnu dont l'existence est rendue vraisemblable par le premier »²⁴.

2. L'administration de la preuve au cours du contrôle de l'activité du médecin libéral

26. La question de l'administration de la preuve est primordiale, s'agissant du respect des droits fondamentaux des médecins libéraux dans le cadre des procédures ouvertes contre eux par les organismes de sécurité sociale. Le caractère spécifique des contrôles orchestrés par les organismes de sécurité sociale contre les professionnels de santé libéraux, tient à l'imprécision du cadre dans lesquels ces contrôles prennent place. Le respect ou non par les organismes de sécurité sociale des droits et libertés fondamentaux s'inscrit dans cette réflexion sur les modes de preuves à la disposition des parties. Un médecin libéral peut, par exemple, se trouver au cœur d'une procédure disciplinaire sans en avoir pleinement conscience et sans, par conséquent, bénéficier des garanties conférées à toute personne mise en examen ou faisant l'objet d'une enquête préliminaire.

²¹ CPP, articles 353 et 427

²² Par exemple : Code civil, article 232 ou 234

²³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 7^{ème} édition, 1998, p. 226

²⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 7^{ème} édition, 1998, p. 666

3. Les procédures d'urgence à l'aune du Code de procédure pénale

27. Pour les médecins libéraux, les procédures d'urgence prévues par le Code de la santé publique ne sont pas très éloignées des enquêtes de flagrance fixées par le Code de procédure pénale. Il y a en effet « flagrance » au sens du Code pénal lorsqu' « une infraction est constatée pendant sa commission ou immédiatement après »²⁵, cette circonstance ayant pour effet « d'accroître les pouvoirs de l'officier de police judiciaire et de permettre, en certains cas, la saisine rapide du tribunal correctionnel ».

28. La question de la présomption d'innocence se pose dès lors avec acuité. Affirmée comme principe à l'article 9-1 du Code civil²⁶, sa nécessité est rappelée avec force dans le Code de procédure pénale. L'article 80-1 de ce Code énonce les garanties que le juge d'instruction doit observer lors de la mise en examen d'une personne²⁷. Ces garanties sont notamment liées à la qualification juridique des faits, à la présence d'un avocat, ou encore au droit d'information sur les faits reprochés. L'enquête pré contentieuse des organismes de sécurité sociale n'est pas sans rappeler des ressemblances avec l'enquête préliminaire prévue à l'article 75 du Code de procédure pénale²⁸.

²⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 7^{ème} édition, 1998, p. 386

²⁶ Article 9-1 du Code civil modifié par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 - art. 91 JO 16 juin 2000 : Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence. Lorsqu'une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme étant coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, le juge peut, même en référé, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué, aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence, et ce aux frais de la personne, physique ou morale, responsable de cette atteinte.

²⁷ Article 80-1 du Code de procédure pénale modifié par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 - art. 19 JO 16 juin 2000 en vigueur le 1^{er} janvier 2001: A peine de nullité, le juge d'instruction ne peut mettre en examen que les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont il est saisi. Il ne peut procéder à cette mise en examen qu'après avoir préalablement entendu les observations de la personne ou l'avoir mise en mesure de les faire, en étant assistée par son avocat, soit dans les conditions prévues par l'article 116 relatif à l'interrogatoire de première comparution, soit en tant que témoin assisté conformément aux dispositions des articles 113-1 à 113-8. Le juge d'instruction ne peut procéder à la mise en examen de la personne que s'il estime ne pas pouvoir recourir à la procédure de témoin assisté.

28 CPP, article 75 (modifié par la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 - art. 63 JO 10 septembre 2002) :

Les officiers de police judiciaire et, sous le contrôle de ceux-ci, les agents de police judiciaire désignés à l'article 20 procèdent à des **enquêtes préliminaires soit sur les instructions du procureur de la République, soit d'office.**

Ces opérations relèvent de la surveillance du procureur général.

Les officiers et les agents de police judiciaire **informent par tout moyen les victimes de leur droit :**

1° D'obtenir réparation du préjudice subi ;

B. La notion de sanction appliquée au droit de la sécurité sociale

Les contours de la notion de sanction doivent être définis (1), tout comme les autorités chargées d'en décider et les ordres juridictionnels chargés de contrôler leur légalité (2).

1. Les contours de la notion de sanction

29. Au sens le plus restreint, la sanction est une mesure de répression destinée à punir l'auteur d'une infraction. Le Conseil d'Etat qualifie de sanction des majorations de droits pour mauvaise foi en matière fiscale, « dès lors qu'elles présentent le caractère d'une punition tendant à empêcher la réitération des agissements qu'elles visent et n'ont pas pour objet la seule réparation d'un préjudice pécuniaire »²⁹. Dans un sens plus large une sanction correspond à « toute mesure – même réparatrice – justifiée par la violation d'une obligation », et par extension « tout moyen destiné à assurer le respect et l'exécution effective d'un droit ou d'une obligation »³⁰.

30. En réalité certaines mesures ne se voient pas appliquer le régime juridique des sanctions. Le Conseil d'Etat a par exemple affirmé que « le reversement que conformément à l'intention du législateur les dispositions attaquées ont prévu à l'égard des médecins conventionnés en cas de non-respect de l'objectif prévisionnel d'évolution des dépenses médicales, constitue un mécanisme d'ajustement de ces dépenses et ne revêt pas le caractère d'une sanction ; que par suite les moyens tirés de la violation des principes de

2° De se constituer partie civile si l'action publique est mise en mouvement par le parquet ou en citant directement l'auteur des faits devant la juridiction compétente ou en portant plainte devant le juge d'instruction ;

3° D'être, si elles souhaitent se constituer partie civile, assistées d'un avocat qu'elles pourront choisir ou qui, à leur demande, sera désigné par le bâtonnier de l'ordre des avocats près la juridiction compétente, les frais étant à la charge des victimes sauf si elles remplissent les conditions d'accès à l'aide juridictionnelle ou si elles bénéficient d'une assurance de protection juridique ;

4° D'être aidées par un service relevant d'une ou de plusieurs collectivités publiques ou par une association conventionnée d'aide aux victimes ;

5° De saisir, le cas échéant, la commission d'indemnisation des victimes d'infraction, lorsqu'il s'agit d'une infraction mentionnée aux articles 706-3 et 706-14.

²⁹ CC n° 82-155 DC, 30 décembre 1982

³⁰ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 7^{ème} édition, 1998, p. 768

nécessité des peines et de non-cumul des peines pour une même faute doivent être écartés comme inopérants »³¹.

31. D'un autre côté certains comportements pourraient être sanctionnés mais ne le sont pas et échappent à la répression. L'article L. 455-2 du Code de la sécurité sociale qui oblige la victime d'un accident du travail à « appeler la caisse en déclaration de jugement commun » en cas d'action en reconnaissance de faute inexcusable, de faute intentionnelle et de faute d'un tiers, n'est pas sanctionné par la nullité du jugement ayant statué sur la demande de la victime en réparation de son préjudice³². De même le Code de la sécurité sociale ne prévoit pas de sanction en cas d'opposition d'un médecin prescripteur à une substitution. Aucune déchéance ne sanctionne non plus l'inobservation par la victime du délai prévu pour l'envoi de sa déclaration de maladie auprès de la CPAM³³.

32. Enfin, des sanctions prises en matière de sécurité sociale semblent à la frontière du droit public en raison de la diversité des régimes, du mode de financement de la sécurité sociale, du rôle des directeurs d'assurance maladie, et enfin de la juridiction compétente en cas de contentieux. Complexe, le financement du système actuel de sécurité sociale se fait à 80 % par les cotisations, mais aussi par contribution du budget de l'Etat (ex : RSA³⁴, allocation pour adultes handicapés) et par le développement d'une fiscalité sociale (ex : Contribution sociale généralisée)³⁵. Ce financement hybride, s'il est cohérent avec la mission de service public confiée à des organismes de sécurité sociale régis par le droit privé crée un régime hybride et donc anormal, de contrôles et de sanctions tant à l'égard des médecins libéraux (et plus largement des professionnels de santé libéraux) que des assurés sociaux. Chargées de la gestion d'un service public, les caisses de sécurité sociale n'ont la libre disposition ni des droits institués par la réglementation au profit des assurés sociaux ni des obligations que celle-ci crée, en sorte que même par accord exprès elles ne peuvent donner pouvoir au juge d'écarter les prescriptions réglementaires qui sont impératives³⁶.

³¹ CE 30 avril 1997 Association nationale pour l'éthique de la médecine libérale, req. n° 180838, 180839, 180867

³² Soc. 7 avril 1994, *Bull. civ.* V, n° 144

³³ Soc. 5 juillet 1968, *Bull. soc.* 1968, n° 30 (2E), p. 26 ; *JCP* 1968, IV, 145

³⁴ RSA : Revenu de solidarité active

³⁵ G. DESMOULIN, *Finances publiques de l'Etat*, Edition Vuibert, 2008, p. 25

³⁶ Soc. 18 février 1976, req. n° 74-13648, *Bull. soc.* V, n°101, p. 82

2. Les autorités en charges des sanctions de sécurité sociale

33. Depuis la réforme de l'assurance maladie de 2004³⁷, les directeurs d'organismes d'assurance maladie ont un pouvoir accru face aux Conseils d'administration des organismes. En contrepartie de la mission de service public confiée à des partenaires sociaux de statut privé, l'Etat exerce un contrôle de légalité sur les décisions de ces Conseils, soit par le Ministre en charge de la sécurité sociale pour les organismes nationaux, soit par le Préfet (la DRASS) pour les organismes locaux. L'Etat (le Ministère en charge de la sécurité sociale, la Cour des comptes) contrôle et évalue également l'efficacité de la gestion des organismes, pour rendre compte devant le Parlement de cette gestion.

34. Le contentieux de sécurité sociale relève du juge judiciaire et plus précisément du TASS (Tribunal des affaires de sécurité sociale)³⁸. Ce tribunal juge des conflits d'ordre administratif entre les caisses de sécurité sociale ou de mutualité sociale agricole et les usagers assurés sociaux, notamment les contestations portant sur l'affiliation, l'assujettissement, le calcul et le recouvrement des cotisations et des prestations, le remboursement des frais médicaux ainsi que les prestations familiales, notamment la prise en charge de l'accident du travail ou la maladie professionnelle et/ou des séquelles. Le TASS juge aussi des conflits entre assurés en matière de faute inexcusable (salarié/employeur). Ce sont des recours qui sont formés par la victime ou les ayants-droits d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, afin que soit reconnue la faute inexcusable de son employeur. Dans ce cas, l'organisme de sécurité sociale est une partie intervenante dans le dossier ce qui lui permet d'obtenir de l'employeur reconnu fautif un remboursement des sommes qu'il verse à l'assuré (ou à ses ayants-droits).

35. En amont du contentieux les organismes de sécurité sociale disposent d'un pouvoir d'investigation et de sanction à l'encontre d'assurés bénéficiaires de prestations, d'employeurs, ou de prestataires de santé (à l'instar des médecins libéraux) et notamment du pouvoir d'émettre des titres exécutoires.

36. Née du caractère atypique du droit de la sécurité sociale, la question se pose de savoir si les organismes de sécurité sociale peuvent être considérés comme des organes

³⁷ Loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie

³⁸ CSS, article L. 142-2

juridictionnels, alors que leur statut juridique est sous-tendu par une logique de préservation de l'intérêt collectif, mais aussi de « désengorgement » des tribunaux. C'est dans ce cadre de justice spécialisée qu'émergent les notions de liberté et de droits fondamentaux, nationaux et ceux issus de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ³⁹ (ConvEDH).

§2. LE PERIMETRE D'EMPRISE DE CES CONTROLES ET SANCTIONS : LA DEFINITION DE LA PROFESSION DE MEDECIN LIBERAL

37. La Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé ⁴⁰ désigne les médecins comme prestataires de soins travaillant dans le cadre du système de santé avec infirmières, physiothérapeutes, ergothérapeutes, logopèdes, audiométriciens, prothésistes, travailleurs médico-sociaux, et autres fournisseurs de soins. Ces professionnels de santé, dont les médecins, relèvent du Code de la sécurité sociale et du Code de la santé publique.

38. Les médecins appartiennent à la même catégorie privilégiée que les chirurgiens-dentistes, sages-femmes, pharmaciens, rejoints récemment par les pédicures-podologues, masseurs-kinésithérapeutes ⁴¹ et infirmiers ⁴² : leur point commun est d'être doté d'un ordre professionnel contrairement aux puéricultrices, pédicures-podologues, ergothérapeutes, manipulateurs d'électroradiologie médicale, aide-soignants, auxiliaires de puériculture, ambulanciers et techniciens de laboratoire d'analyses biomédicales. Si cette classification n'est pas exhaustive elle permet une première approche des médecins par comparaison aux autres professionnels de santé, sur le critère de l'appartenance ou non à l'ordre professionnel. Créés par l'Etat en leur conférant des prérogatives de puissance publique pour veiller au respect de la loi et de la déontologie, les ordres sont des personnes morales chargées de la gestion d'un service public qui définissent l'étendue des garanties

³⁹ Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée à Rome le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur le 3 novembre 1953

⁴⁰ Entérinée par l'Organisation mondiale de la santé (OMS) le 22 mai 2001

⁴¹ Ordres créés par la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique pour les masseurs-kinésithérapeutes et les pédicures-podologues

⁴² Loi n° 2006-1668 du 21 décembre 2006 portant création d'un ordre national des infirmiers

de moralité, de probité et de dévouement exigées de ses membres ⁴³. L'ordre des médecins est l'un des plus anciens d'entre eux ⁴⁴.

39. Le médecin libéral ne se définit que par opposition au médecin hospitalier, et la spécificité de l'origine de ses émoluments. L'on nomme « honoraires » la rémunération des services du praticien exerçant libéralement la médecine. L'article R. 4127-53, alinéa 1^{er}, du Code de la santé publique lui reconnaît expressément le droit de les percevoir. Les règles applicables aux honoraires médicaux sont relatives soit à leur montant, soit à leur paiement, soit à leur contentieux.

II. CES SANCTIONS DU MEDECIN LIBERAL SONT JUSTIFIEES PAR UNE PREMINENCE DE L'INTERET COLLECTIF SUR LES INTERETS PARTICULIERS

L'intérêt collectif est largement entendu (§1) dans un contexte où les libertés fondamentales restent la priorité du droit (§2)

§1. UN INTERET COLLECTIF TRES LARGEMENT ENTENDU

40. La primauté de l'intérêt de la société est affirmé dès les textes matriciels de la sécurité sociale. Créés par les ordonnances des 4⁴⁵ et 19⁴⁶ octobre 1945, les organismes de sécurité sociale se coordonnent autour d'un réseau de caisses et envisagent ainsi la couverture des risques maladie, maternité, invalidité, vieillesse, décès. Cette vision est à replacer dans le contexte collectiviste de l'après-guerre, présent dans les textes les plus prééminents de la hiérarchie des normes de la IV^{ème} République. La Constitution de 1946 a affirmé à l'alinéa 11 de son Préambule que la Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou

⁴³ En vertu de l'article L. 4121-2 du Code de la santé publique pour les médecins, chirurgiens-dentistes et sages-femmes habilités à exercer

⁴⁴ Créé le 7 octobre 1940, puis dissous le 27 août 1944. Il est rétabli par l'ordonnance du 24 septembre 1945, signée par M. Billieux, ministre communiste de la santé à cette époque et définit l'Ordre actuel sous sa forme définitive.

⁴⁵ Ordonnance n° 45-2250 du 4 octobre 1945 portant organisation de la sécurité sociale

⁴⁶ Ordonnance n° 45-2453 du 19 octobre 1945 modifiant et codifiant la législation sur les accidents du travail et les maladies professionnelles et adaptant cette législation à l'organisation de la sécurité sociale

mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ».

41. Le Conseil constitutionnel a donné une valeur constitutionnelle à l'« impératif de protection de la santé publique », inséparable de la solidarité nationale⁴⁷, ce que confirme l'article L. 111-1 du Code de la sécurité sociale qui a précisé la nature de cette protection :

L'organisation de la sécurité sociale est fondée sur le principe de solidarité nationale. Elle garantit les travailleurs et leur famille contre les risques de toute nature susceptibles de réduire ou de supprimer leur capacité de gain. Elle couvre également les charges de maternité, de paternité et les charges de famille. Elle assure, pour toute autre personne et pour les membres de sa famille résidant sur le territoire français, la couverture des charges de maladie, de maternité et de paternité ainsi que des charges de famille.

Cette garantie s'exerce par l'affiliation des intéressés et le rattachement de leurs ayants droit à un (ou plusieurs) régime(s) obligatoire(s). Elle assure le service des prestations d'assurances sociales, d'accidents du travail et maladies professionnelles, des allocations de vieillesse ainsi que le service des prestations familiales dans le cadre des dispositions fixées par le présent code.

Ce principe de solidarité a aussi été affirmé au niveau communautaire, par la CJCE⁴⁸:

Les régimes de sécurité sociale conçus reposent sur un système d'affiliation obligatoire, indispensable à l'application du principe de la solidarité ainsi qu'à l'équilibre financier desdits régimes. L'activité des caisses de sécurité social est soumise au contrôle de l'État, assuré notamment par le ministre chargé de la sécurité sociale, le ministre chargé du budget et des organismes publics tels que l'Inspection générale des finances et l'Inspection générale de la sécurité sociale⁴⁹.

⁴⁷ CC n° 90-283 DC, 8 janvier 1991, Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, JO 10 janvier 1991, p. 524

⁴⁸ CJCE : Cour de justice des communautés européennes

⁴⁹ CJCE 17 février 1993 Poucet et Pistre, aff. C-159/91

42. Un droit à l'accès au système de santé s'est ainsi constitué, complété par une prise en compte des sommes susceptibles d'être laissées à la charge des assurés sociaux⁵⁰. L'objectif de solidarité nationale a un impact sur le statut juridique des caisses de sécurité sociale. Cette nuance est de taille, car de nature à impacter sur l'ingérence de l'Europe dans l'organisation d'un service public. En l'occurrence, les caisses de sécurité sociales ainsi que les sanctions qu'elles délivrent ne sont pas sous l'emprise du droit communautaire de la concurrence : l'Etat français est alors libre de faire primer tout intérêt collectif sur l'intérêt privé. Le raisonnement est présenté dans l'arrêt *Poucet et Pistre* précité. La CJCE rappelle que les caisses de maladie ou les organismes qui concourent à la gestion du service public de la sécurité sociale remplissent une fonction de caractère exclusivement social et que cette activité est fondée sur le principe de la solidarité nationale et dépourvue de tout but lucratif. Il s'ensuit que cette activité n'est pas une activité économique et que, dès lors, les organismes qui en sont chargés ne constituent pas des entreprises au sens des articles 85 et 86 du TCE relatifs aux ententes et abus de position dominante.

43. De même, pour le Conseil d'Etat, les caisses du régime général de sécurité sociale qui concourent à la gestion du service public de la sécurité sociale dans le cadre d'un régime obligatoire mettant en œuvre le principe de la solidarité et sans poursuivre un but lucratif ne sont pas des entreprises au sens des articles 85 et suivants du traité instituant la Communauté européenne⁵¹.

44. En conséquence, les Etats membres sont libres d'organiser leur système de sécurité sociale ce qui souligne le rattachement à l'Etat des caisses de sécurité sociale. Le droit communautaire ne doit pas porter atteinte à la compétence des Etats membres d'aménager leur système de sécurité sociale⁵². De plus, en l'absence d'une harmonisation au niveau communautaire, il appartient à la législation de chaque État membre de déterminer, d'une part, les conditions du droit ou de l'obligation de s'affilier à un régime de sécurité sociale⁵³ et, d'autre part, les conditions qui donnent droit à des prestations⁵⁴. Dans

⁵⁰ CE 6 mai 2009 Association FNATH et autres, req. n°312462, *publié au Recueil Lebon*

⁵¹ CE 12 février 1997 Fédération de la mutuelle de France, req. n° 180079

⁵² CJCE 7 février 1984 Duphar, aff. C-238/82 (point 16) ; CJCE 17 juin 1997 Sodemare e.a., aff. C-70/95 (point 27) ; CJCE 28 avril 1998 Kohll, aff. C-158/96 (point 17)

⁵³ CJCE 24 avril 1980 Coonan, aff. C-110/79 (point 12) ; CJCE 4 octobre 1991 Paraschi, aff. C-349/87 (point 15) ; CJCE 28 avril 1998 Kohll, aff. C-158/96 (point 18)

l'arrêt *SMITS et Peerbooms*, la CJCE souligne que les activités médicales relèvent du champ d'application des prestations fournies normalement contre rémunération de l'article 50⁵⁵ du traité et que la nature particulière de certaines prestations de service ne saurait faire échapper ces activités au principe fondamental de libre concurrence⁵⁶. Pourtant, le risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier une entrave au principe de libre prestation des services⁵⁷. Le pouvoir de sanction des organismes de sécurité sociale s'inscrit dans cette logique de préservation de l'intérêt collectif.

§2. DES LIBERTES FONDAMENTALES DONT LE RESPECT RESTE PREGNANT

45. Face à ces nécessités de la dissuasion et de la sanction se dressent les libertés fondamentales. La sanction ne peut être prise que dans le respect des libertés fondamentales de la personne sanctionnée. Dans le rapport annuel de la Cour de la cassation de 2001, les conseillers Bernard Thavaud et Serge Petit affirmaient⁵⁸ que les juridictions du contentieux de la sécurité sociale, sous le contrôle de la Cour de cassation, ont mis en œuvre, en matière de droits et libertés fondamentaux, une double démarche, d'une part, pour assurer la protection des personnes face aux prérogatives des organismes sociaux, d'autre part, pour garantir un régime de protection sociale conforme aux exigences de ces droits. Un avis de la CNIL⁵⁹ a aussi été rendu à propos du projet de décret de création du répertoire national de lutte contre les fraudes⁶⁰ pour les quatre branches de la

⁵⁴ CJCE 30 janvier 1997 *Stöber et Piosa Pereira*, aff. C-4/95 et C-5/95 (point 36) ; CJCE 28 avril 1998 *Kohll*, aff. C-158/96 (point 18)

⁵⁵ En vertu de l'article 50 (ex-article 60) du Traité des communautés européennes, sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes. Les services comprennent notamment: a) des activités de caractère industriel, b) des activités de caractère commercial, c) des activités artisanales, d) les activités des professions libérales. Sans préjudice des dispositions du chapitre relatif au droit d'établissement, le prestataire peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer, à titre temporaire, son activité dans le pays où la prestation est fournie, dans les mêmes conditions que celles que ce pays impose à ses propres ressortissants.

⁵⁶ CJCE 6 et 12 juillet 2001 *SMITS et Peerbooms*, aff. C-157/99 (points 44 à 46)

⁵⁷ CJCE 30 janvier 1997 *Stöber et Piosa Pereira*, aff. C-4/95 et C-5/95 (point 36) ; CJCE 28 avril 1998 *Kohll*, aff. C-158/96 (point 18)

⁵⁸ B. THAVAUD et S. PETIT, « Les droits fondamentaux dans le contentieux général de la sécurité sociale », *Rapport annuel de la Cour de cassation*, La documentation française, 2001

⁵⁹ Commission nationale de l'informatique et des libertés : autorité administrative indépendante créée par la loi n° 78-17 du 8 janvier 1978 dite Foyer relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

⁶⁰ Décret n° 2009-1577 du 16 décembre 2009 relatif au Répertoire national commun de la protection sociale

Sécurité sociale (retraite, assurance-maladie, prestations familiales, accidents du travail) ainsi que le Pôle emploi pour l'assurance-chômage. Dans cet avis la CNIL examine le respect de la transparence et de « garanties toutes particulières notamment en termes de sécurité et de confidentialité ».

46. Cette exigence d'harmonie de la sanction avec les libertés fondamentales est parfois mise à mal par les pratiques de l'assurance maladie. Par exemple, la circulaire de la CNAMTS du 13 juin 2007⁶¹ instaure les procédures d'urgence susceptibles d'être déclenchées en dehors de tout cadre juridique. Concrètement, « il s'agit de déclencher ou poursuivre (selon les cas) l'analyse d'activité du professionnel en cause, en l'orientant sur l'obtention des preuves caractérisant les pratiques dangereuses ». La recommandation semble menacer les droits les plus élémentaires. L'investigation remplit d'abord un projet téléologique : prouver les pratiques dangereuses. Tout élément doit être conservé afin de démontrer la culpabilité présumée du professionnel de santé libéral. Plus généralement, l'absence de contrôle juridique prive de toute garantie d'une instruction encadrée par les textes fondamentaux.

47. Dans le domaine de la protection sociale, *a fortiori* celui du conventionnement des médecins libéraux, deux forces juridiques semblent s'opposer : droit à la santé et à la protection sociale d'un côté, libertés fondamentales de l'autre. Il s'agit de comprendre dans quelle mesure des sanctions peuvent violer les libertés fondamentales et être justifiées par la primauté de l'intérêt juridique collectif sur l'intérêt privé au nom de l'équilibre d'un système qui garantit des droits.

48. L'objectif de cette thèse est donc aussi de confronter l'exercice des contrôles inhérents aux conventions médicales aux libertés fondamentales garanties par la loi et la Constitution, ainsi que les conventions internationales signées par l'Etat Français La Constitution de 1958 évoque les droits de l'homme dans son Préambule et les libertés publiques dans son article 34. En droit français le terme public rapproche la liberté du pouvoir. Une liberté publique est celle qui est protégée de manière spécifique par l'Etat. Les libertés publiques ont donc une valeur au moins législative puisque la Constitution réserve à la loi le pouvoir de proclamer l'existence de nouvelles libertés publiques⁶².

⁶¹ Circulaire CNAMTS, 13 juin 2007, Ref : Cir-25/2007

⁶² « La loi fixe les règles concernant : les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques »

49. En réalité les libertés fondamentales recouvrent les libertés publiques (libertés en tant qu'elles sont reconnues, protégées et garanties dans un Etat), la liberté étant la faculté reconnue à l'homme d'agir de manière autonome et un pouvoir d'autodétermination en vertu duquel l'homme choisit son comportement personnel. Le socle juridique français des droits et libertés fondamentaux correspond à la Constitution de 1958, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le Préambule de la Constitution de 1946 (repris par celle de 1958) et les principes fondamentaux auxquels ces textes renvoient. Le Conseil constitutionnel a fortement contribué à renforcer leur respect comme en témoigne une décision du 22 janvier 1990⁶³. Dans cette décision le Conseil constitutionnel a souligné l'importance des droits et libertés fondamentaux en affirmant que le « législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques à la condition de respecter les engagements internationaux souscrits par la France et les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ».

50. Dans un article de 2002, le professeur Andriantsimbazovina démontrait⁶⁴ que la notion de droits fondamentaux s'est installée progressivement dans l'ordre juridique français, et que la protection européenne et la protection nationale des droits fondamentaux s'enrichissent plus qu'elles ne s'annihilent mutuellement. Au niveau européen le respect des libertés fondamentales passe par la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH). Un « bloc de compétence » existe désormais dans le domaine de la sécurité sociale « au profit des organes de Strasbourg »⁶⁵. La CEDH a peu à peu reconnu l'applicabilité en matière de sécurité sociale de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette applicabilité est examinée à partir du caractère civil ou pénal d'une obligation. En effet d'après l'article 6§1 alinéa 1, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.

⁶³ CC n° 89-269 DC, 22 janvier 1990, loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé

⁶⁴ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national », *RFDA* 2002, p. 124

⁶⁵ P. TAVERNIER, « La CEDH et la distinction droit public- droit privé », *Mélanges Marc-André Eissen*, 1995, p. 404

51. Or, la CEDH a affirmé qu'un droit doit être considéré ou non de caractère civil au regard non de sa qualification juridique, mais de son contenu matériel et de ses effets dans le droit interne de l'Etat en cause. La Cour doit, dans l'exercice de son contrôle tenir compte de l'objet et du but de la Convention ainsi que des systèmes de droit interne des autres Etats contractants ⁶⁶.

52. L'applicabilité de l'article 6§1 de la Convention a ainsi été reconnue en matière d'assurance sociale par l'évaluation du poids des aspects de droit public et ceux de droit privé de l'affaire en cause. La CEDH a considéré qu'aucun d'eux n'apparaissait décisif à lui seul, mais qu'ils conféraient au droit revendiqué un caractère civil au sens de l'article 6§1 de la Convention lorsqu'ils étaient additionnés et combinés ⁶⁷. Dix années plus tard, la CEDH a fait le même raisonnement à propos des cotisations prévues par les régimes de sécurité sociale ⁶⁸. En ce qui concerne le droit aux allocations d'aide sociale, la CEDH a affirmé que l'intervention étatique ne suffit pas à établir l'inapplicabilité de l'article 6§1 et que l'évolution juridique et le principe d'égalité de traitement permettent d'estimer que l'applicabilité de l'article 6§1 constitue aujourd'hui la règle dans le domaine de l'assurance sociale, y compris même l'aide sociale ⁶⁹. La spécificité du domaine des assurances sociales n'empêche pas leur protection par l'article 6§1.

53. Pour la CEDH, l'article 6§1 est applicable dès lors que les intéressés sont susceptibles d'être atteints dans leurs moyens d'existence et qu'ils invoquent un droit subjectif de caractère patrimonial ⁷⁰ : l'article 6§1 est applicable aux contestations portant sur les rentes d'invalidité ⁷¹, au contentieux technique de la sécurité sociale et l'expertise médicale ⁷², aux litiges qui concernent le versement ou le calcul par l'Etat d'une pension de

⁶⁶ CEDH 28 juin 1978 König c. Allemagne, n° 6232/73

⁶⁷ CEDH 29 mai 1986 Deumeland c. Allemagne, n° 9384/81 et CEDH 29 mai 1986 Feldbrugge c. Pays Bas, n° 8562/79

⁶⁸ CEDH 9 décembre 1994 Schouten et Meldrum c. Pays Bas, n° 19005/91

⁶⁹ CEDH 26 février 1993 Salesi c. Italie, n° 13023/87 ; CEDH 24 juin 1994 Schuler-Zraggen c. Suisse, série A, n° 263

⁷⁰ CEDH 19 mars 1997 Paskhalidis et autres c. Grèce, n° 20416/92 à n° 22857/93

⁷¹ CEDH 24 juin 1993, Schuler-Zraggen c. Suisse, n° 14518/89, série A, n° 263; CEDH 19 juillet 1995 Kerojärvi c. Finlande, n° 17506/90

⁷² Rappr. CEDH 18 mars 1997, Mantovanelli c. France, *Recueil* 1997-II, n° 21497/13

retraite⁷³ et à un litige relatif au droit d'un fonctionnaire à un congé de maladie rémunéré⁷⁴.

54. Au sein de l'Union européenne, c'est la Cour de justice des communautés européennes qui a joué un rôle déterminant dans la protection des droits fondamentaux en élevant des droits et libertés au rang de droits fondamentaux (droit de propriété, liberté d'exercer une activité professionnelle, inviolabilité du domicile, liberté d'opinion, protection de la famille, protection de la vie privée, liberté de religion et de croyance, l'égalité de traitement). Parmi les principes généraux du droit communautaire sont présents l'Etat de droit, le principe de sécurité juridique, le principe de non-discrimination, le droit à un procès équitable, l'interdiction de la double sanction, la non-rétroactivité des dispositions pénales, le principe de solidarité entre les Etats membres. La Charte des droits fondamentaux leur a donné un fondement juridique communautaire⁷⁵.

55. Les sanctions prises par les organismes de sécurité sociale s'inscrivent donc dans le cadre juridique des droits de la CEDH et de la CJCE ce qui renforce les possibilités de recours. Si la sanction est un garde-fou pour protéger des abus de droits, les droits et libertés fondamentaux sont eux-mêmes garants de la légalité de cette sanction. Nous examinerons ces sanctions en les confrontant aux droits et libertés fondamentaux.

56. Nous examinerons le principe d'attraction du médecin libéral dans le système du conventionnement (Première Partie), avant d'examiner la poursuite et la répression du médecin libéral au regard de ses droits et libertés fondamentaux (Deuxième Partie).

⁷³ CEDH 26 novembre 1992, Francesco Lombardo c. Italie, n° 11519/85, série A, n° 249-C ; CEDH 24 août 1993, Massa c. Italie, n° 14399/88 ; CEDH 23 avril 1998 S. R. c. Italie, n° 31648/96 ; CEDH 14 décembre 1999, Antonakopoulos, Vortsela et Antonakopoulou c. Grèce, n° 37098/97 ; CEDH 28 mars 2000, Georgiadis c. Grèce, n° 41209/98

⁷⁴ CEDH 29 juillet 1998 Le Calvez c. France, n° 25554/94

⁷⁵ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée lors du Traité de Nice du 26 février 2001, JOCE C 364 du 18 décembre 2000 - JOCE C 007/8 du 11 janvier 2001 (rectificatif)

PREMIÈRE PARTIE.

**LE PRINCIPE D'ATTRACTION DES MEDECINS
LIBERAUX DANS LE SYSTEME JURIDIQUE DU
CONVENTIONNEMENT**

57. Le caractère libéral de l'activité des médecins non salariés est contrebalancé par leur intégration dans le système du conventionnement de secteur 1 ou de secteur 2, les contours de leur liberté étant bien difficiles à dégager. Les médecins peuvent en principe choisir d'exercer dans le cadre de la convention avec deux options (secteur 1 ou secteur 2) ou refuser et pratiquer hors convention (secteur 3), mais toute la question est de savoir s'ils ont pu choisir de manière parfaitement libre et éclairée de devenir liés par une telle convention, et sans pression juridique ni économique.

58. En effet les obligations issues de la convention qu'ils ont signée encadrent leur activité tout en constituant un dispositif juridique permettant de leur infliger des sanctions, mais ne leur permet pas de bénéficier de la protection accordée par le droit aux cocontractants ⁷⁶ :

Les médecins dont les pratiques ne respectent pas les dispositions de la présente convention pourront faire l'objet de procédures contentieuses, selon les modalités prévues par la loi, conduites par le service du contrôle médical.

Une circulaire précisera les modalités d'articulation entre les dispositifs de sanctions, notamment ceux prévus respectivement par la loi et par la convention.

59. L'arrêté de 2005 portant approbation de la convention nationale des médecins généralistes et des médecins spécialistes liste ensuite les mesures encourues par le médecin, lorsqu'il ne respecte pas les dispositions de la convention ⁷⁷. D'après ce même arrêté, les caisses peuvent envisager ces mesures en cas de condamnation du médecin par l'ordre ou les tribunaux ⁷⁸. Cette portée répressive de la convention à laquelle adhèrent les médecins libéraux conventionnés mène à la question de l'existence d'une clause abusive dans ces conventions.

60. En tant que condition de légalité d'une convention, le consentement libre et éclairé a mené à l'émergence de la notion de clause abusive en droit civil comme en droit administratif, c'est-à-dire une clause qui crée un « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat » ⁷⁹. Une partie à un contrat peut avoir signé une

⁷⁶ Arrêté du 3 février 2005 portant approbation de la convention nationale des médecins généralistes et des médecins spécialistes, article 5.4.1

⁷⁷ A l'article 5.4.2 de l'arrêté précité

⁷⁸ A l'article 5.4.3 de l'arrêté précité

⁷⁹ Code de la consommation, article L. 132-1

convention de manière libre, mais non éclairée, si elle n'a pas eu conscience de l'ampleur du déséquilibre entre ses obligations et celles de son cocontractant, ou si elle n'a pas pu faire autrement que de signer alors qu'elle savait que les obligations des parties étaient déséquilibrées.

61. Or, le système juridique de conventionnement à la disposition des médecins ne semble pas leur proposer une vraie alternative, tant l'attraction vers le conventionnement est forte même si la volonté d'inciter les médecins à être conventionnés pourrait ne pas être mauvaise en soi, d'autant plus qu'elle s'inscrit dans le cadre de la maîtrise des dépenses de santé.

62. Le caractère hybride de la convention (à la fois contractuel et réglementaire) va placer le médecin dans une situation délicate (Titre liminaire). Le conventionnement permet de prendre des sanctions à l'encontre des médecins, avec la force de la loi contractuelle applicable d'après le droit commun. A cette force juridique s'ajoute celle du caractère réglementaire de la convention-type passée entre l'assurance maladie et les principaux syndicats de médecins ou du règlement arbitral prévu en cas de refus d'un médecin de devenir conventionné, un recours pour excès de pouvoir semblant toutefois envisageable pour contester leur légalité. Le statut hybride du conventionnement se manifeste par l'existence d'une option contractuelle proposée au médecin (Titre I) associée au caractère réglementaire de la convention-type proposée (Titre II).

TITRE LIMINAIRE

LE STATUT HYBRIDE DU CONVENTIONNEMENT DES MEDECINS LIBERAUX

63. Dès lors que le secteur privé et le secteur public interviennent lors du processus de conventionnement des professionnels de santé, les conventions qui en sont issues revêtent un caractère hybride. Ces convention-types sont en premier lieu négociées entre les syndicats représentatifs de médecins et les caisses d'assurance maladie, avant d'être validées par un arrêté des ministres concernés. Par essence insaisissable, la représentativité temporelle des syndicats devient un enjeu crucial pour la légalité de ces convention-types⁸⁰.

64. Chaque professionnel de santé, et *a fortiori* le médecin est en théorie libre d'adhérer à la convention de sa profession, plusieurs options lui étant proposées. Si le caractère de contrat de la convention médicale a été reconnu dès 1974, certains auteurs la voient comme un « acte réglementaire négocié ». Pour le Commissaire du gouvernement Le Chatelier, le législateur n'a pas entendu « instituer un authentique régime contractuel », mais « seulement souhaiter que l'intervention du pouvoir réglementaire soit précédée d'une négociation entre les caisses nationales d'assurance maladie et les professions de santé. »⁸¹. D'autres auteurs considèrent que la convention tire sa force de la sanction des pouvoirs publics, étant donné qu'une approbation ministérielle est nécessaire pour son entrée en vigueur. La convention médicale pourrait ainsi être rapproché du contrat d'adhésion, défini comme un acte « dont le contenu n'est pas élaboré à la suite d'une libre et réelle discussion des parties mais est établi à l'avance unilatéralement par l'une des deux »⁸². Dans le même

⁸⁰ CE 28 décembre 1906 Syndicat des patrons coiffeurs de limoges, *Rec.* 977, concl. Romieu, S. 1907 ; *RDP* 1907.25, note Jèze. Le Conseil d'Etat a très tôt reconnu l'existence d'un intérêt à agir qui, même collectif, peut caractériser un syndicat.

⁸¹ G. LE CHATELIER, concl. sur CE 17 décembre 1993, Groupement national des établissements de gérontologie et de retraite privée et autres ; C. MAUGÛE, concl. sur CE 20 décembre 1995, Collectif national Kiné-France, Syndicat national des masseurs-kinésithérapeutes-rééducateurs, *A.J.D.A.* 1996.139

⁸² A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2^{ème} édition, 1983, tome 2, p. 67

sens le Conseil d'Etat a estimé que les dispositions de la convention produisent les effets juridiques s'attachant à un acte réglementaire⁸³. Le Conseil d'Etat examine les stipulations de la convention nationale des médecins qui définissent les conditions d'une concertation entre les caisses d'assurance-maladie et les syndicats médicaux et conclut que leur approbation par arrêté leur a conféré les effets qui s'attachent aux dispositions réglementaires, et donc un caractère obligatoire à l'égard des autorités administratives ainsi que des parties et tiers à la convention⁸⁴. Dans certains cas elles soumettent à l'accord de ces syndicats la possibilité pour les caisses de créer, de développer, de subventionner ou, en cas d'affectation nouvelle, de faire bénéficier de conventions particulières les centres de soins et de diagnostic. La convention serait ainsi un « règlement à élaboration concertée »⁸⁵. Le caractère réglementaire de la convention est malgré tout critiqué car il impliquerait une dénaturation tant de la convention que de son approbation⁸⁶. La convention approuvée « ne saurait renier entièrement son origine contractuelle »⁸⁷.

65. Résolument hybrides les conventions passées avec l'assurance maladie bénéficient d'un régime *sui generis*. L'impact de leur contenu sur les sanctions prises à l'encontre des professionnels de santé conduit à s'interroger sur leurs modalités d'application.

⁸³ CE 18 février 1977 Hervouët, req. n° 99086

⁸⁴ CE 9 octobre 1981 Syndicat des médecins de Haute-Loire, req. n° 20026

⁸⁵ X. PRETOT, « L'évolution du régime juridique des conventions médicales : du contrat doué d'effets réglementaires au règlement à élaboration concertée », *Dr. Soc.* 1997.845

⁸⁶ L. MORDEFROY, « Option conventionnelle : nouvelles relations entre caisses, médecins et patients », *Revue de droit sanitaire et social*, 1999, p. 152

⁸⁷ L. DUBOIS, « Le statut constitutionnel des conventions nationales de sécurité sociale », *Revue de droit sanitaire et social*, 1990

TITRE I.

LE CHOIX CONTRACTUEL ILLUSOIRE A LA DISPOSITION DU MEDECIN

Le choix apparaît illusoire dans la mesure où le médecin ne peut pas être véritablement partie à part entière à la convention qu'il signe puisqu'il n'a rien négocié (Chapitre I), et où le non conventionnement signifierait pour lui – hormis de rares exceptions – sa mort professionnelle (Chapitre II).

CHAPITRE I. UNE CONVENTION NON NEGOCIEE PAR LE MEDECIN LUI-MEME

66. La négociation des conventions entre les syndicats et les organismes de sécurité sociale est porteuse d'enjeux fondamentaux pour les médecins libéraux puisqu'elle touche au domaine des comportements requis et à celui des sanctions infligées en cas de manquement à telle ou telle obligation. Le médecin libéral ne participe pas directement aux discussions portant sur le contenu de cette convention nationale, et n'y devient partie qu'après y avoir adhéré. En l'absence de convention (expiration ou rupture de négociations), les médecins libéraux sensés être conventionnés se verront appliquer un règlement arbitral. Un tempérament aux excès résultant de ce système vient de l'existence d'interlocuteurs pour le service public de sécurité sociale : les syndicats représentatifs. Interlocuteurs de l'assurance maladie lors de l'élaboration du règlement arbitral ainsi que lors de la négociation et de la passation des conventions (Section I), les syndicats ne peuvent agir que s'ils sont représentatifs et légitimes (Section II). Ils sont toutefois concurrencés par de nouveaux dispositifs contractuels à la disposition des médecins (Section III).

SECTION I. LES SYNDICATS COMME INTERLOCUTEURS UNIQUES DES ORGANISMES SOCIAUX POUR LA PASSATION DE LA CONVENTION NATIONALE

L'impact de la convention nationale sur la profession du médecin libéral met en évidence le rôle stratégique des syndicats qui participent à la négociation de cette convention (I), et montre la nécessité de préserver la liberté syndicale des médecins libéraux (II).

I. SEULS LES SYNDICATS REPRESENTATIFS SONT PRESENTS LORS DES NEGOCIATIONS POUR LA PASSATION DE LA CONVENTION NATIONALE

67. Des conventions nationales régissent, « pour une durée égale au plus à cinq ans », les rapports entre organismes d'assurances maladie et médecins généralistes, médecins spécialistes, chirurgiens-dentistes, sages-femmes et auxiliaires médicaux, infirmiers, masseurs-kinésithérapeutes, directeurs de laboratoires privés d'analyse médicale, et enfin entreprises de transport sanitaire⁸⁸. L'assurance maladie est représentée par l'Union nationale des caisses d'assurance maladie (UNCAM) tandis que la volonté des professions de santé est relayée par les organisations syndicales réputées représentatives au niveau national. Le système de représentation des professionnels de santé est donc décisif pour la cohérence du processus. Les ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale reconnaissent les organisations syndicales « représentatives au niveau national » qui participeront à la négociation et à la signature éventuelle des conventions »⁸⁹.

II. LA LIBERTE SYNDICALE : UN DROIT A PRESERVER POUR LES MEDECINS LIBERAUX

68. Liberté reconnue comme principe à valeur constitutionnelle, la liberté d'adhérer à un syndicat complète la représentation des membres de la profession. Le rôle

⁸⁸ CSS, article L. 162-14-1

⁸⁹ CSS, article L. 162-33

des syndicats comme interlocuteurs uniques de l'assurance maladie lors de la négociation de la convention nationale explique l'existence d'un contentieux autour de la reconnaissance de leur représentativité. Cette question s'est posée à l'occasion d'un contentieux autour de l'obligation pour les médecins de s'affilier à un Conseil de l'Ordre. En plus de la représentation des médecins par les syndicats devant l'assurance maladie, la défense des intérêts de leur profession est garantie par le Conseil national de l'Ordre des médecins auprès duquel l'affiliation est obligatoire⁹⁰ sous peine de sanctions pénales⁹¹. Saisie d'un recours par des requérants belges sur le fondement de la liberté d'association affirmée à l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, la CEDH a affirmé « qu'en raison de sa nature juridique et de sa fonction proprement publique, l'Ordre ne revêt pas le caractère d'une association au sens de l'article 11§1 ». Encore faut-il que sa création « n'empêche pas les praticiens de fonder entre eux des associations professionnelles ou d'y adhérer, sans quoi il y aurait violation. Des régimes totalitaires ont recouru – et recourent – à l'encadrement, par la contrainte, des professions dans des organisations hermétiques et exclusives se substituant aux associations professionnelles et aux syndicats traditionnels. Les auteurs de la Convention ont entendu prévenir de tels abus.»⁹². L'obligation de s'affilier à un Ordre est donc compatible avec la liberté syndicale et la Convention européenne des droits de l'homme.

⁹⁰ CSP, article L. 4111-1, 3°.

⁹¹ CSP, article L. 4161-1

⁹² Recueil de travaux préparatoires, vol. II, pp. 117-119, CEDH 23 juin 1981 *Le Compte, Van Leuven et de Meyere c. Belgique*, n° 6878/75 et 7238/75, paragraphe 65, Recueil de travaux préparatoires, vol. II, pp. 117-119

SECTION II. L'ÉPINEUSE QUESTION DE LA REPRESENTATIVITE DES SYNDICATS

La question de la représentativité est cruciale au regard des obligations imposées aux médecins libéraux dans le cadre des conventions signées par leurs représentants syndicaux. La représentativité conditionne en effet la légitimité du dispositif et donc des contrôles destinés à déceler les manquements conventionnels présumés des médecins, puisque ces contrôles se fondent sur le non-respect des dispositions de la convention. Le riche contentieux autour de la reconnaissance de représentativité des syndicats (I) s'accompagne de tensions autour de leur mode d'élection (II).

I. LE RICHE CONTENTIEUX AUTOUR DE LA RECONNAISSANCE DE LA REPRESENTATIVITE DES SYNDICATS DE MEDECINS LIBERAUX

Le contentieux autour de la reconnaissance de représentativité porte sur l'arrêté de reconnaissance de représentativité (§1), mais aussi sur l'enquête de représentativité qui a permis l'édiction de cet arrêté (§2).

§1. LE CONTENTIEUX AUTOUR DE L'ARRETE DE RECONNAISSANCE DE REPRESENTATIVITE

69. Le contentieux de la représentativité des syndicats souligne l'importance de leur place au cours des négociations des conventions et incite à considérer ces conventions comme de véritables contrats. Une procédure est en effet prévue pour la reconnaissance de cette représentativité. Afin de pouvoir négocier, les organisations syndicales « doivent être reconnues représentatives au niveau national par les ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale »⁹³, et donc par les chefs du service de santé publique. Le contentieux autour de l'arrêté de reconnaissance de représentativité porte essentiellement sur la contestation des critères de représentativité (A) et est permis par l'ouverture facilitée des recours (B).

⁹³ CSS, article L. 162-33

A. Les critères nécessaires à la reconnaissance de la représentativité de syndicats de médecins libéraux

Une approche comparée est ici intéressante entre la représentativité syndicale des salariés en droit du travail (1) et la représentativité des syndicats de médecins libéraux (2).

1. Les critères de représentativité selon le droit du travail

70. En droit du travail, la représentativité d'un syndicat est nécessaire pour qu'il soit invité à une négociation collective et se détermine d'après les critères cumulatifs suivants : respect des valeurs républicaines, indépendance, transparence financière, ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation, audience, influence et enfin effectifs d'adhérents et cotisations ⁹⁴.

2. Les critères de représentativité des syndicats de médecins

71. Contrairement au droit du travail la représentativité n'est pas directement établie à partir de critères, mais par une enquête de représentativité provoquée par le ou les ministres compétents. Les critères pris en compte semblent moins précis qu'en droit du travail, ou en tout cas moins nombreux : « indépendance, d'une ancienneté minimale de deux ans à compter de la date de dépôt légal des statuts, de leurs effectifs et de leur audience » ⁹⁵.

72. La souplesse de la jurisprudence nous invite à relativiser leur rigueur. Pour illustrer par un critère quantitatif, le Conseil d'Etat a jugé qu'une organisation syndicale était représentative car l'enquête avait établi que les effectifs de cotisants de cette organisation représentaient 5,16 % du total des médecins libéraux ⁹⁶. L'enjeu de la représentativité des syndicats de médecins est donc celui du résultat de l'enquête publiée par le Ministre compétent.

⁹⁴ Code du travail, article L. 2121-1

⁹⁵ CSS, article L. 162-33

⁹⁶ CE 10 juillet 1992, req. n° 105440

B. L'ouverture facilitée des recours en matière de représentativité syndicale des médecins libéraux

73. Un recours est possible contre un arrêté de reconnaissance de représentativité, mais aussi contre le communiqué de presse par lequel le ministre de la solidarité, de la santé et de la protection sociale a reconnu à plusieurs organisations syndicales la qualité d'organisation syndicale représentative habilitée à négocier et à signer la convention nationale des médecins. La recevabilité des recours est ici libéralement entendue puisque cette jurisprudence revient à admettre qu'un communiqué de presse ait le caractère d'une décision administrative faisant grief. « En l'absence de toute disposition contraire, le ministre de la solidarité, de la santé et de la protection sociale était compétent pour prendre seul les décisions attaquées. » Ainsi, « le moyen tiré de ce que ces décisions [et notamment le communiqué de presse] aurait dû revêtir la forme d'un arrêté interministériel n'est pas fondé »⁹⁷. L'absence d'arrêté semble d'autant moins un obstacle à la légalité et à la portée juridique du communiqué de presse que celui-ci est susceptible de recours.

§2. LE CONTENTIEUX AUTOUR DE L'ENQUETE DE REPRESENTATIVITE

74. L'enquête de représentativité obéit à des conditions temporelles, ce qui montre à quel point la représentation syndicale réelle d'une profession de santé est variable. L'enquête est en principe provoquée entre le neuvième et le sixième mois précédant l'échéance conventionnelle⁹⁸ mais le Conseil d'Etat a apporté une nuance à cette règle. Lorsque la conclusion de nouvelles conventions intervient avant l'échéance des conventions en cours, notamment en raison d'un changement de la législation relative à l'assurance maladie, les ministres compétents peuvent légalement se fonder, pour déterminer les organisations représentatives, sur les résultats obtenus lors de la dernière enquête de représentativité, dès lors que celle-ci a été diligentée dans des conditions régulières et n'a pas eu lieu dans les circonstances de droit ou de fait un changement susceptible de modifier l'appréciation portée sur la représentativité des organisations syndicales en cause⁹⁹. Dans sa décision, le Conseil d'Etat est aussi revenu sur l'appréciation de la légalité de l'enquête de représentativité utilisée par les ministres pour

⁹⁷ CE 10 juillet 1992, n° 105440

⁹⁸ CSS, article R. 162-54

⁹⁹ CE 30 novembre 2005, n° 278291, 279969, 279320, 279345, 279348, 279515, 279536, 279537

la conclusion d'une nouvelle convention et souligné que l'enquête de représentativité doit se dérouler dans des conditions régulières. Des changements de circonstances de droit ou de fait sont susceptibles de modifier l'appréciation portée sur la représentativité des organisations syndicales en cause. Enfin, l'absence de publication des résultats de l'enquête, à la supposer établie, ne « saurait avoir pour effet de priver ces résultats de leur validité ».

II. LES TENSIONS AUTOUR DU MODE D'ELECTION DES SYNDICATS

Ces tensions résultent d'une modification récente du découpage électoral pour l'élection des syndicats par la loi Hôpital, patients, santé et territoires (loi HPST) (§1) qui semble entraîner une division des voix syndicales (§2).

§1. LE NOUVEAU DECOUPAGE ELECTORAL POUR L'ELECTION DES SYNDICATS DE MEDECINS LIBERAUX

75. La modification des modalités de représentation des professionnels de santé au niveau national en 2009 par la loi Hôpital, patients, santé et territoires (loi HPST)¹⁰⁰ est source de tensions et de contestations. Les URML (Unions régionales des médecins libéraux) créées en 1993¹⁰¹ ont été fusionnées dans les URPS (Unions régionales des professions de santé) qui seront instaurées dans chaque région et dans la collectivité territoriale de Corse et rassembleront, dans chaque profession, les représentants des professionnels de santé exerçant à titre libéral¹⁰². Alors que les URML étaient composées de deux collèges, l'un représentant les médecins généralistes et l'autre, les médecins spécialistes, les URPS seront composées de trois collèges (médecins généralistes, médecins spécialistes et médecins des plateaux techniques c'est-à-dire chirurgiens, anesthésistes, obstétriciens). En 1993, la création des URML répondait à la volonté de favoriser l'adhésion et le concours des médecins libéraux à la mise en œuvre des instruments de

¹⁰⁰ Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, JO 22 juillet 2009

¹⁰¹ Par la loi n° 93-8 du 4 janvier 1993 relative aux relations entre les professionnels de santé et l'assurance maladie (articles L. 4134-1 à L. 4134-7 du Code de la santé publique)

¹⁰² CSP, article L. 4031-1

maîtrise des dépenses de santé. La loi HPST de 2009 tend pourtant à renforcer le rôle de leurs remplaçantes (les URPS) lorsqu'elle précise que les URPS « contribuent à l'organisation et à l'évolution de l'offre de santé au niveau régional, notamment à la préparation du projet régional de santé et à sa mise en œuvre ». En outre, les URPS « peuvent conclure des contrats avec l'Agence régionale de santé (ARS) ¹⁰³ et assurer des missions particulières impliquant les professionnels de santé libéraux dans les domaines de compétence de l'agence » ¹⁰⁴.

§2. LA DIVISION DES VOIX SYNDICALES

76. La nouvelle composition des URPS semble être un facteur de division des voix syndicales, voire de leur affaiblissement. La composition des URPS déterminera le niveau de représentativité d'organisations syndicales au niveau national. Les organisations syndicales devront avoir réuni, lors des élections à l'URPS, au moins 30 % des suffrages exprimés au niveau national dans chacun des trois collèges pour pouvoir signer une convention nationale ¹⁰⁵ ou la majorité des suffrages exprimés pour faire obstacle à la mise en œuvre d'une convention nationale ¹⁰⁶.

¹⁰³ Les Agences régionales de santé (ARS), nouvel interlocuteur des URPS, ont été créées par la loi HPST. Cette prolongation de la Révision générale des politiques publiques (RGPP) dans le domaine de la santé publique s'est accompagnée de la suppression de plusieurs structures en charge de politiques sectorielles comme les agences régionales d'hospitalisation (ARH), les missions régionales de santé (MRS), les unions régionales des caisses d'assurance maladie (URCAM) ou encore les groupements régionaux de santé publique (GRSP).

¹⁰⁴ CSP, article L. 4031-3

¹⁰⁵ CSS, article L. 162-14-1-2

¹⁰⁶ CSS, article L. 162-15

SECTION III. LA LIMITE APPORTEE AU ROLE DES SYNDICATS PAR DE NOUVEAUX DISPOSITIFS CONTRACTUELS

De nouveaux dispositifs contractuels concurrencent les conventions nationales, et *a fortiori* les syndicats. La proposition contractuelle faite aux médecins libéraux par les Agences régionales de santé (ARS) (I) s'inscrit dans un mouvement général d'infléchissement du rôle des syndicats, comme le montre une approche comparée avec l'évolution de la place des syndicats de médecins au sein des établissements de santé (II).

I. LES CONTRATS PROPOSES AUX MEDECINS PAR LES AGENCES REGIONALES DE SANTE (ARS)

77. L'arrivée des Agences régionales de santé (ARS) a remis en cause le dispositif contractuel accessible aux professionnels de santé, le dialogue entre professionnels de santé (et donc aux médecins libéraux) et l'assurance maladie étant actuellement mis en forme à travers la convention médicale et une série de contrats ou d'accords spécifiques. Dans le souci de la plus stricte économie compatible avec la qualité, la sécurité et l'efficacité des soins¹⁰⁷, les organisations syndicales représentatives sont habilitées à négocier et à conclure des conventions portant sur l'activité des professionnels de santé conventionnés, notamment en matière de prescriptions médicamenteuses¹⁰⁸, soit au moyen de stipulations de la convention nationale ou d'accords de bon usage des soins auxquels se soumettent les professionnels de santé du fait de leur adhésion à celle-ci, soit par l'élaboration de contrats de bonne pratique ou d'amélioration des pratiques auxquels ils peuvent librement souscrire. Or, cette compétence est désormais reconnue aux ARS par la Loi HPST. L'article L. 1435-4 du Code de la santé publique dispose que les ARS peuvent

¹⁰⁷ CSS, article L. 162-2-1

¹⁰⁸ En vertu de l'article L. 162-33 du Code de la sécurité sociale d'après lequel sont habilitées à participer aux négociations des conventions mentionnées aux articles L. 162-14-1 [médecins généralistes et spécialistes, chirurgiens-dentistes, sages-femmes et auxiliaires médicaux, infirmiers, masseurs-kinésithérapeutes, directeurs de laboratoires d'analyse médicale, transports sanitaires], L. 162-16-1 [pharmaciens titulaires d'officine] et L. 162-32-1 [centres de soins infirmiers, médicaux, dentaires et polyvalents] les organisations syndicales reconnues représentatives au niveau national par les ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale. Les conditions sont fixées par décret en Conseil d'Etat et tiennent compte de leur indépendance, d'une ancienneté minimale de deux ans à compter de la date de dépôt légal des statuts, de leurs effectifs et de leur audience.

proposer aux offreurs de soins « d'adhérer à des contrats ayant pour objet d'améliorer la qualité et la coordination des soins ». La portée de la convention nationale passée entre les syndicats de médecins et l'assurance maladie paraît dans le même temps amoindrie à la suite de la création des Agences régionales de santé (ARS) : une rationalisation s'opère « par une concentration des pouvoirs dans les mains d'un opérateur unique » et « doit permettre une optimisation de l'action publique »¹⁰⁹.

II. APPROCHE COMPAREE : LA CONCURRENCE AUX CONTRATS PASSES ENTRE SYNDICATS ET ETABLISSEMENTS DE SANTE PRIVES CONVENTIONNES

78. La concurrence apportée à la convention nationale et aux syndicats de médecins semble intervenir dans un mouvement général de remise en cause du rôle des syndicats, puisque la loi HPST renforce aussi, pour les établissements de santé privés conventionnés, la possibilité de conclure des accords régionaux en sus des conventions nationales négociées par les syndicats. Les établissements de santé privés d'intérêt collectif peuvent conclure, pour un ou plusieurs objectifs déterminés, soit avec un établissement public de santé, soit avec une communauté hospitalière de territoire, des accords en vue de leur association à la réalisation des missions de service public¹¹⁰. Conclus sur la base du projet régional de santé¹¹¹, et notamment du schéma régional d'organisation des soins¹¹² ou du schéma interrégional¹¹³ ces accords sont approuvés par le directeur général de l'ARS.

¹⁰⁹ M. TREPPEAU, « les nouvelles relations entre l'Etat et l'assurance maladie : le cadre institutionnel de la politique de gestion du risque », *Revue de droit sanitaire et social* 2009, p. 1100

¹¹⁰ CSP, article L. 6161-8

¹¹¹ CSP, article L. 1434-1

¹¹² Défini aux articles L. 1434-7 et L. 1434-9 du Code de la santé publique

¹¹³ Défini à l'article L. 1434-10 du Code de la santé publique

CONCLUSION CHAPITRE I

79. Portée par les syndicats, la voix des médecins libéraux s'exprime essentiellement lors des négociations qui précèdent l'élaboration d'une convention-type. La représentativité des syndicats devient dès lors un enjeu crucial pour tous les médecins. La convention-type nationale élaborée de manière concertée par les syndicats et l'assurance maladie et de caractère réglementaire va être reprise dans le contrat signé individuellement et librement par chaque médecin libéral. Le médecin semble donc soumis à la fois à un règlement (dans le sens où il ne peut modifier le contenu de la convention nationale), et à une loi contractuelle.

80. Encadrée par le droit administratif, la reconnaissance de représentativité souligne la place du pouvoir réglementaire dans les relations entre l'assurance maladie et les médecins libéraux, même si l'intervention syndicale est concurrencée par de nouveaux dispositifs contractuels (notamment les contrats passés entre les Agences régionales de santé et les médecins libéraux).

CHAPITRE II. L'ABSENCE DE LIBERTE VERITABLE D'ADHESION A UNE CONVENTION PROFESSIONNELLE POUR L'EXERCICE DE SA PROFESSION

Les médecins optent entre le conventionnement de secteur 1, 2 et 3. Toute la question est de savoir dans quelle mesure leur liberté contractuelle établie en principe (Section I) est susceptible d'être pleinement exercée (Section II).

SECTION I. LA LIBERTE CONTRACTUELLE DE PRINCIPE

81. L'effet pernicieux des conventions signées par les médecins tient à l'apparente liberté dont ils disposent avant de signer. Le médecin est vu comme une véritable partie à un contrat (I). Voulue par principe et nécessaire à la légitimité des sanctions prises sur le fondement des conventions, la liberté contractuelle subit des atteintes en raison du choix illusoire à la disposition du médecin libéral (II) et du statut ambigu du médecin en l'absence de convention médicale (III).

I. LE MEDECIN VU COMME UNE VERITABLE PARTIE A UN CONTRAT

Le médecin libéral dispose en théorie de sa pleine liberté contractuelle : l'adhésion du médecin libéral à la convention nationale n'est qu'une option (§1) et peut être complétée par l'adhésion à d'autres contrats (§2).

§1. L'EVENTUELLE ADHESION A LA CONVENTION NATIONALE

Le médecin doit formuler une demande spécifique de conventionnement (A) même si tous les domaines de son activité ne sont pas concernés (B).

A. La formulation par le médecin d'une demande de conventionnement

82. Le principe d'une convention-type entre les syndicats représentatifs et les Caisses d'assurance maladie, puis approuvée par arrêté des ministres compétents a été introduit en France par la loi du 3 juillet 1971¹¹⁴. Le pari fut de concilier l'exercice libéral de la médecine et une couverture des dépenses de santé par la sécurité sociale qui garantisse à tous l'accès aux soins¹¹⁵. Pour reprendre les termes du chevalier de La Palice, un médecin est dit conventionné s'il a choisi d'adhérer à la convention, et non conventionné s'il a choisi de ne pas y adhérer. Le Code de la sécurité sociale souligne l'importance de la formulation d'une demande expresse de la part d'un professionnel de santé en affirmant que l'accord-cadre, les conventions nationales, leurs avenants, le règlement et les accords de bon usage des soins mentionnés à l'article L. 162-12-17 sont applicables aux professionnels de santé qui s'installent en exercice libéral ou qui souhaitent adhérer à la convention pour la première fois s'ils en font la demande ainsi qu'aux autres professionnels de santé tant qu'ils n'ont pas fait connaître à la Caisse primaire d'assurance maladie qu'ils ne souhaitent plus être régis par ces dispositions. Un exemple significatif porte sur les Références médicales opposables (RMO) présentes dans les conventions. La décision de rendre opposable une RMO est de la seule responsabilité des parties signataires¹¹⁶, ce qui semble donner une valeur juridique contractuelle aux RMO¹¹⁷. Nous verrons pourtant que l'approbation par arrêté des conventions-types remet en cause la reconnaissance de leur valeur contractuelle¹¹⁸.

B. L'adhésion à une convention aux contours limités

83. La liberté contractuelle des professionnels de santé connaît des limites dans le sens où tous les domaines ne peuvent pas être couverts par la convention nationale, comme l'illustre la détermination des tarifs applicables aux actes et prescriptions des praticiens et

¹¹⁴ Loi n° 71-525 du 3 juillet 1971 relative aux rapports entre les caisses d'assurance maladie et les praticiens et auxiliaires médicaux

¹¹⁵ L. DUBOUIS, « La cinquième convention nationale médicale : la crise du système conventionnel », *Revue de droit sanitaire et social* 1990 p. 310

¹¹⁶ Arrêté du 4 décembre 1998 portant approbation de la convention nationale des généralistes, JO 5 décembre 1998, pp. 18329 et s.

¹¹⁷ J.-P. MARKUS, « La faute du médecin et les bonnes pratiques médicales », *A.J.D.A.* 2005, p. 1008

¹¹⁸ Cf. Partie I, Titre II, Chapitre I, Section I, §2

auxiliaires médicaux. Une distinction est faite entre d'une part les bases de la tarification qui relèvent du pouvoir réglementaire unilatéral et d'autre part les tarifs applicables, qui relèvent de la convention. Dans un autre domaine, le juge administratif a envisagé l'hypothèse où une convention ne pourrait pas être conclue en raison de l'incompétence des parties dans un domaine déterminé : dans le cas où les parties à la convention nationale des médecins ne sont pas compétentes pour fixer des règles relatives à l'organisation des services de garde, il leur est possible de prévoir une participation des instances créées par la convention au financement de ces services, en particulier par une rémunération des médecins de garde ¹¹⁹, comme le prévoient les dispositions de l'article L. 4121-1 du Code de la santé publique ¹²⁰, de l'article 77 du décret du 6 septembre 1995 portant Code de déontologie médicale ¹²¹ et de l'article L. 162-5 du Code de la sécurité sociale ¹²². La convention passée avec l'assurance maladie ne couvre pas tous les domaines de l'activité du médecin libéral ce qui semble lui laisser une marge de manœuvre.

§2. LES CONTRATS SIGNES PAR CHAQUE MEDECIN INDIVIDUELLEMENT EN PLUS DE LA CONVENTION NATIONALE

Chaque médecin peut choisir de conclure avec l'assurance maladie un Contrat d'amélioration des pratiques individuelles (CAPI) (A) ainsi que des contrats spécifiquement liés à son activité professionnelle (B).

¹¹⁹ CE (1^{ère} et 2^{ème} sous-section) 28 mai 2003 Conseil national de l'Ordre des médecins, req. n° 249527, *JCP* 2003 ed. A.1738, note G. Chavrier

¹²⁰ D'après l'article L. 4121-1 du Code de la santé publique, l'ordre national des médecins, celui des chirurgiens-dentistes et celui des sages-femmes groupent obligatoirement tous les médecins, les chirurgiens-dentistes ou les sages-femmes habilités à exercer.

¹²¹ D'après l'article 77 du décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 portant Code de la déontologie médicale, dans le cadre de la permanence des soins, c'est un devoir pour tout médecin de participer aux services de garde de jour et de nuit. Le conseil départemental de l'ordre peut néanmoins accorder des exemptions, compte tenu de l'âge du médecin, de son état de santé, et, éventuellement, de ses conditions d'exercice.

¹²² L'article L. 162-5 du Code de la sécurité sociale dispose notamment que les modalités de l'organisation de la coordination des soins sont prévues par des conventions conclues séparément pour les médecins généralistes et les médecins spécialistes, par l'UNCAM et une ou plusieurs organisations syndicales les plus représentatives pour l'ensemble du territoire de médecins généralistes ou de médecins spécialistes ou par une convention nationale conclue par l'UNCAM et au moins une organisation syndicale représentative pour l'ensemble du territoire de médecins généralistes et une organisation syndicale représentative pour l'ensemble du territoire de médecins spécialistes

A. Un nouveau programme, le CAPI

84. Les professionnels de santé et l'assurance maladie peuvent conclure un Contrat d'amélioration des pratiques individuelles (CAPI) et d'autres contrats types (contrats de bonne pratique ou contrats de santé publique) ce qui redonne une place à leur liberté contractuelle. « L'adhésion à ce contrat est volontaire. Il permet aux médecins qui le souhaitent de s'engager dans une démarche individuelle en cohérence avec les objectifs fixés par la loi de santé publique, conformément aux avis et référentiels émis par la Haute Autorité de santé »¹²³.

85. En réalité nous pouvons d'emblée souligner qu'il s'agit d'une adhésion au sens où l'assurance maladie est la seule à pouvoir faire une offre de contracter, le médecin libéral choisissant ensuite d'accepter cette offre. Cette adhésion à un contrat-type (1) est cependant complétée, dans le sens de la liberté contractuelle, par des engagements individualisés (2).

1. L'adhésion à un contrat-type

86. D'après l'article L. 162-12-21 du Code de la sécurité sociale, les organismes locaux d'assurance maladie proposent aux médecins conventionnés et aux centres de santé adhérant à l'accord national¹²⁴ de leur ressort d'adhérer à un CAPI, contrat conforme à un contrat-type élaboré par l'UNCAM¹²⁵ après avis de l'UNOCAM¹²⁶ et après avis des organisations syndicales signataires de la convention nationale¹²⁷. Le contrat-type est transmis par l'UNCAM aux ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale qui peuvent s'y opposer dans un délai fixé par décret, et n'est donc pas obligatoirement transmis au conseil départemental de l'Ordre après signature¹²⁸. Ces ministres peuvent

¹²³ Décision du 9 mars 2009 de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie relative à la création d'un contrat type d'amélioration des pratiques à destination des médecins libéraux conventionnés, article 2, alinéa 1, JO 21 avril 2009

¹²⁴ Mentionné à l'article L. 162-32-1 du Code de la sécurité sociale

¹²⁵ UNCAM : Union nationale des caisses d'assurance maladie

¹²⁶ L'UNOCAM regroupe les principales structures existantes concernant les complémentaires de santé : la FNMF ((Fédération nationale de la mutualité française), la FFSA (Fédération française des sociétés d'assurance), le CTIP (Centre technique des institutions de prévoyance) et la FNIM (Fédération nationale indépendante des mutuelles).

¹²⁷ Mentionnée à l'article L. 162-5 ou à l'article L. 162-32-1 pour ce qui les concerne

¹²⁸ L'article L. 4113-9 du Code de la santé publique instaure l'obligation de communication des contrats et avenants par les praticiens au Conseil départemental de leur ordre respectif. L'article 43 de la LFSS pour

suspendre l'application des contrats pour des motifs de santé publique ou de sécurité sanitaire, ou lorsque les effets constatés de ces contrats ne sont pas conformes aux objectifs poursuivis. En réalité, les CAPI ont été mis en place malgré l'avis négatif du Conseil national de l'Ordre des médecins (CNOM) (a), mais soutenus par l'assurance maladie (b) et reconnu légaux par la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) (c).

a. L'avis négatif du Conseil national de l'Ordre des médecins (CNOM) à propos des CAPI

87. Ce contrat-type fait l'objet d'une controverse comme l'illustre l'avis négatif du CNOM pour qui « les indicateurs retenus constitueraient un programme intéressant l'évaluation des pratiques professionnelles » et pour qui « il existe d'autres moyens de valoriser les pratiques de qualité. »¹²⁹ Le CNOM « estime contraires à la déontologie les clauses et contrats d'intéressement de tous les médecins »¹³⁰. Ces avis ont été suivis d'un recours du CNOM auprès du Conseil d'Etat en annulation de la décision de l'UNCAM instituant les CAPI¹³¹.

b. Les arguments de l'assurance maladie en faveur des CAPI

88. Le directeur général de l'UNCAM souligne que l'assurance maladie s'est fixée « pour objectif de développer la prévention, de mieux suivre les malades chroniques et de reconnaître par des incitations financières l'engagement des médecins dans cette démarche », le CAPI étant « un instrument qui peut valoriser à la fois le progrès et les résultats », fondé sur la « notion de contrat individuel », mais qui pourrait être généralisé par la « voie conventionnelle »¹³².

2010 insère cependant une exception à cette obligation pour les contrats conformes à un contrat-type soumis à l'approbation des ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale

¹²⁹ CNOM, Avis pris en session plénière sur les contrats d'engagements d'individuels, décembre 2008

¹³⁰ CNOM, Communiqué de presse, 24 avril 2009

¹³¹ CNOM, Communiqué de presse, 10 septembre 2009

¹³² Table ronde Industries du Médicament, Le Capi est-il un danger ?, 18, 19, 20 septembre 2009, XV^{ème} Université de la CSMF, Après les réformes, les nouveaux défis de la médecine libérale

c. La légalité des CAPI reconnue par la CJCE

89. La question préjudicielle posée par l'industrie du médicament a été l'occasion pour la CJCE d'affirmer la légalité des CAPI en ce qui concerne les objectifs de prescriptions de génériques¹³³. La CJCE souligne que « seuls sont mis en cause les systèmes d'incitations financières tendant à la prescription de médicaments spécifiquement désignés » et que ces systèmes visent à « réduire les dépenses des branches médicaments »¹³⁴. La CJCE conclut ainsi :

L'article 94, paragraphe 1, de la directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 novembre 2001, instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, telle que modifiée par la directive 2004/27/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à des systèmes d'incitations financières, tels que celui en cause dans l'affaire au principal, mis en œuvre par les autorités nationales en charge de la santé publique afin de réduire leurs dépenses en la matière et tendant à favoriser, aux fins du traitement de certaines pathologies, la prescription par les médecins de médicaments spécifiquement désignés et contenant une substance active différente de celle du médicament qui était prescrit antérieurement ou qui aurait pu l'être si un tel système d'incitation n'existait pas.

2. L'adhésion à des engagements individualisés

90. Le CAPI comporte des engagements individualisés qui peuvent porter sur le taux de prescription avec générique, la participation à des actions de dépistage et de prévention (par exemple le taux de vaccination contre la grippe des plus de 65 ans ou le taux de dépistage du cancer du sein après 50 ans)¹³⁵, des actions destinées à favoriser la continuité et la coordination des soins, la participation à la permanence de soins, le contrôle médical, ainsi que toute action d'amélioration des pratiques, de la formation et de

¹³³ Décision du 9 mars 2009 de l'UNCAM relative à la création d'un contrat type d'amélioration des pratiques à destination des médecins libéraux conventionnés, Annexe 1, Article 1^{er}, alinéa 1 : « Le docteur... et la caisse primaire de... conviennent de conforter leur implication dans la prévention, d'améliorer la prise en charge des patients atteints de pathologies chroniques et de promouvoir des prescriptions moins onéreuses à efficacité comparables. » La décision de l'UNCAM du 9 mars 2009 s'accompagne en annexe de tableaux d'objectifs pour la prescription de génériques.

¹³⁴ CJCE, 22 avril 2010, aff. C-62/09 Association of the British Pharmaceutical Industry

¹³⁵ Brochure d'information sur le CAPI, CNAMTS, 2010, site ameli.fr

l'information des professionnels ¹³⁶. Il prévoit le versement à chaque praticien d'une prime annuelle par patient dont il est le médecin traitant à condition d'atteindre des objectifs fixés par l'UNCAM. Le contrat peut faire l'objet d'avenants destinés à y intégrer les objectifs ressortant de la discussion conventionnelle et fixés chaque année en matière de maîtrise médicalisée des dépenses d'assurance maladie ¹³⁷. La mise en place des CAPI va dans le sens de la liberté contractuelle des médecins, alors que les objectifs quantitatifs qu'ils contiennent font débat.

B. Les contrats spécifiquement liés à l'activité professionnelle du médecin libéral

91. La liberté contractuelle des médecins s'exerce aussi au sein de tous les contrats nécessaires au fonctionnement de leur cabinet médical. Les médecins en exercice (tout comme les chirurgiens-dentistes et les sages-femmes) ainsi que les personnes qui demandent leur inscription au tableau de l'Ordre des médecins, des chirurgiens-dentistes ou des sages-femmes doivent communiquer au Conseil départemental de l'ordre dont ils relèvent les contrats et avenants ayant pour objet l'exercice de leur profession ainsi que s'ils ne sont pas propriétaires de leur matériel et du local dans lequel ils exercent, les contrats ou avenants leur assurant l'usage de ce matériel et de ce local. Les dispositions contractuelles incompatibles avec les règles de la profession ou susceptibles de priver les contractants de leur indépendance professionnelle les rendent passibles de sanctions disciplinaires ¹³⁸ (avertissement, blâme, interdiction temporaire avec ou sans sursis ou interdiction permanente d'exercer et enfin radiation du tableau de l'ordre) ¹³⁹. Là encore les contrats spécifiquement liés à l'activité professionnelle du médecin préservent un aspect du caractère libéral de leur activité.

¹³⁶ Décision du 9 mars 2009 de l'UNCAM relative à la création d'un contrat-type d'amélioration des pratiques à destination des médecins libéraux conventionnés

¹³⁷ CSS, article L. 162-12-21

¹³⁸ CSP, article L. 4113-9 dernier alinéa

¹³⁹ Sanctions disciplinaires prévues à l'article L. 4124-6 du Code de la santé publique

II. LE CHOIX ILLUSOIRE D'UNE OPTION

92. L'arrêté ministériel du 13 novembre 1998 prévoit la répartition des médecins libéraux en trois secteurs. Les trois options de conventionnement qui s'offrent au médecin libéral se différencient essentiellement sur la tarification et le taux de remboursement au patient par l'assurance maladie des actes médicaux, mais aussi les cotisations sociales et la retraite (§1). Cette problématique n'est pas propre au médecin libéral et concerne les autres professionnels de santé comme nous montre une approche comparée de cette question avec le cas des infirmiers et infirmières libéraux (§2).

§1. LE CHOIX ENTRE 3 SECTEURS THEORIQUEMENT A LA DISPOSITION DES MEDECINS LIBERAUX

Ce choix correspond à celui de tarifs opposables à l'assurance maladie (A), opposables avec possibilités de dépassements d'honoraires (B), et non opposables (C).

A. Le secteur 1 ou le choix de tarifs opposables

93. Le secteur 1 correspond au tarif qui sert de base au remboursement de la caisse d'assurance maladie. Les tarifs sont fixes mais les médecins du secteur 1 bénéficient, en contrepartie, de la prise en charge de leurs cotisations sociales et d'une partie de leur retraite. Ils peuvent quand même avoir des dépassements d'honoraires non remboursés par la sécurité sociale en fonction des circonstances (1) et non plus de manière permanente (2).

1. La possibilité de dépassement occasionnel

Ouverte depuis 1971 (a), la possibilité de dépassement occasionnel a récemment été reconnue conforme au droit de la concurrence (b).

a. Une possibilité ouverte depuis 1971

94. La possibilité de dépassement occasionnel pour exigence particulière du malade (DE) est ouverte aux médecins de secteur 1 depuis la première convention médicale de 1971 en cas de circonstances exceptionnelles de temps ou de lieu dues à une exigence spécifique du malade. La dernière convention datant de 2005 ne précise pas quels

sont les cas précis pour lesquels le médecin peut facturer un DE mais ceux-ci correspondent par exemple à la volonté de consulter en dehors des horaires d'ouverture du cabinet. Le Code de la sécurité sociale précise que l'exigence particulière du patient peut consister en une « visite médicalement injustifiée »¹⁴⁰. Cette possibilité de dépassement n'est pas plafonnée.

b. Une possibilité reconnue conforme au droit de la concurrence en 2009 et 2010

95. Par un arrêt du 18 mars 2009, la Cour d'appel de Paris s'est prononcée sur la validité des dépassements d'honoraires appliqués par les médecins du secteur 1 et a annulé¹⁴¹ la décision du Conseil de la concurrence du 2 avril 2008 qui accueillait la requête d'une association de consommateurs. Le Conseil de la concurrence avait indiqué que la diffusion, par un syndicat médical, de consignes collectives recommandant de recourir au droit aux dépassements exceptionnels d'honoraires, était constitutive d'une pratique anticoncurrentielle, et contrevenait aux dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce¹⁴². Les principaux syndicats de médecins en cause¹⁴³ se prévalaient de la nature administrée du marché en cause mais le Conseil de la concurrence avait énoncé que, certes, lorsqu'ils appliquent les tarifs conventionnels en se conformant aux règles de fonctionnement de l'assurance maladie, les médecins du secteur 1 n'agissent pas en agents économiques libres de fixer leurs prix mais qu'ils restaient soumis aux règles de concurrence sous tous les autres aspects de leur comportement sur le marché et que la hausse artificielle des honoraires provoquée avait perturbé la mise en concurrence. La Cour d'appel de Paris fait d'abord siens les termes de la décision du Conseil de la concurrence pour qui la concurrence par les prix ne peut pas s'exercer puisque les médecins sont tenus d'appliquer les tarifs conventionnels, et que cette concurrence n'est même pas rétablie par la possibilité d'appliquer le DE, dès lors que les dépassements exceptionnels de ces tarifs sont encadrés par l'article 12 du RCM qui les limite aux cas de « circonstances exceptionnelles de temps et de lieu dues à une exigence particulière du malade ». En

¹⁴⁰ CSS, article L. 162-5-13

¹⁴¹ CA Paris, 18 mars 2009, req. n° 2008/08385

¹⁴² Conseil de la concurrence, Décision n° 08-D-06 du 2 avril 2008 relative à des consignes syndicales de dépassement des tarifs conventionnels par les médecins spécialistes de secteur 1

¹⁴³ Le CSMF (Confédération des syndicats médicaux français), le SNPF (Syndicat national des pédiatres français) et le SNYGOF (Syndicat national des gynécologues obstétriciens de France)

revanche, la Cour d'appel de Paris estime que la véritable concurrence entre ces prestataires s'exerce par la qualité du service rendu, la disponibilité, la réputation, la qualité relationnelle ou encore l'accessibilité et l'aménagement des locaux, voire des équipements. En ce sens la Cour d'appel ne partage pas l'appréciation du Conseil de la concurrence selon laquelle une pratique concertée de médecins conventionnés tendant à s'affranchir des tarifs imposés entre dans le champ d'application de l'article L. 420-1 précité puisque, pour la Cour d'appel, cette modalité de leur activité professionnelle échappe à toute concurrence et qu'il ne peut pas être retenu que les agissements reprochés aux syndicats aient eu pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, en particulier de faire obstacle à la fixation des prix par des agents économiques.

96. La Cour de cassation a confirmé la décision de la Cour d'appel de Paris ¹⁴⁴, repris son argumentaire et conclu ainsi :

en l'état de ces constatations et énonciations faisant ressortir que les marchés des consultations, actes techniques et chirurgicaux des médecins spécialistes libéraux du secteur I sont soumis à une réglementation des prix excluant toute possibilité d'une concurrence susceptible d'être empêchée, restreinte ou faussée par les pratiques incriminées, c'est à juste titre que la cour d'appel a dit inapplicables les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce

97. Le dépassement occasionnel comme pratique systématique et concertée est ici reconnue comme légale. *A fortiori* le dépassement occasionnel spontané d'un médecin apparaît comme légal lui aussi.

2. La fin du droit permanent à dépassement

Dans la première convention de 1971, il était prévu que certains praticiens pouvaient dépasser les tarifs en raison de leur qualité particulière résultant de leurs titres universitaires ou hospitaliers, ou encore en raison d'une « autorité médicale accrue ». Ce droit permanent à dépassement (DP) a été fermé par la convention de 1980 ¹⁴⁵ mais ceux qui l'avait obtenu l'ont conservé : il ne reste que très peu de médecins encore titulaires de

¹⁴⁴ Com., 7 avril 2010, req. n° 09-13.494, 09-66.021

¹⁴⁵ Arrêté du 5 juin 1980 portant approbation de la convention conclue entre, d'une part, la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés et conjointement la Caisse centrale de secours mutuels agricoles et la Caisse nationale d'assurance maladie et maternité des travailleurs non salariés des professions non agricoles et, d'autre part, la Fédération des médecins de France, JO 6 juin 1980

ce droit. Selon les chiffres de l'Inspection générale des affaires sociales de 2007, seuls 34 omnipraticiens (soit 0,1 % des effectifs) et 725 spécialistes (soit 1,4 % des effectifs) étaient titulaires du DP¹⁴⁶. Un autre motif de droit à dépassement est la « notoriété du praticien » qui permet un droit permanent à dépassement¹⁴⁷.

B. Le secteur 2 ou la possibilité de choisir des honoraires libres

98. Le secteur 2 est aussi appelé « secteur conventionné à honoraires libres ». D'après les données de la CNAMTS, la part des médecins généralistes conventionnés secteur 2 est en baisse depuis 1995, alors que la part des spécialistes conventionnés secteur 2 reste stable. Les tarifs pratiqués par les médecins exerçant en secteur 2, sont libres et fixés par le médecin, avec, selon les exigences de la caisse d'assurance maladie, « tact et mesure » à l'exception des patients bénéficiant de la Couverture maladie universelle complémentaire (CMU complémentaire)¹⁴⁸.

99. Cette notion de tact et mesure n'est pas anodine, car elle est à la base de nombreuses sanctions prises par les Sections des assurances sociales des Conseils de l'Ordre. Inscrit à l'article 53 du Code de la santé publique, le non-respect du tact et mesure dans les honoraires peut consister en la facturation d'une seule consultation à un prix excessif¹⁴⁹, des dépassements d'honoraires pratiqués malgré l'absence de difficulté particulière¹⁵⁰ ou encore le fait de comprendre dans sa note d'honoraires les sommes correspondant à des soins d'infirmières et au remboursement de produits pharmaceutiques¹⁵¹. Les cinq critères issus de la jurisprudence pour l'appréciation du tact et de la mesure seraient : notoriété du professionnel concerné, situation du patient, technicité de l'acte, service rendu, tarif moyen des autres praticiens¹⁵². La caisse de sécurité sociale rembourse le malade sur la base du tarif opposable de base et l'assurance complémentaire santé peut prendre en charge une partie ou la totalité du remboursement,

¹⁴⁶ P. ABALLEA, F. BARTOLI, L. ESLOUS et I. YENI, Membres de l'Inspection générale des affaires sociales, *Les dépassements d'honoraires médicaux*, Rapport n° RM 2007-054P, avril 2007

¹⁴⁷ CE 3 juillet 1968, req. n° 72156

¹⁴⁸ CSP, article R. 1111-22

¹⁴⁹ CE 17 juin 1988 Fragnoy, req. n° 82644

¹⁵⁰ CE 21 novembre 2003, req. n° 211362

¹⁵¹ CE 17 juillet 1957, *RPDA* 1957 n° 341

¹⁵² Question écrite n° 11639, Ministère de la santé et des sports, Dépassements d'honoraires des médecins, JO Sénat 25 mars 2010

selon son taux de remboursement, même si un médecin en secteur 2 peut toujours pratiquer les mêmes tarifs que ceux d'un médecin du secteur 1.

C. Le secteur 3 ou le choix du non-conventionnement

S'agissant du secteur 3 qui se situe en dehors du domaine conventionnel, seuls cinquante médecins seraient concernés, sur un total d'environ 115 000 médecins libéraux en activité en France¹⁵³. Le remboursement des patients d'effectue alors sur la base d'un tarif d'autorité symbolique.

§2. APPROCHE COMPAREE AVEC LES AUTRES PROFESSIONNELS DE SANTE, ET NOTAMMENT LES INFIRMIERS ET INFIRMIERES

100. Nous pouvons attirer ici l'attention du lecteur sur le fait que cette problématique conventionnelle ne concerne pas que les médecins. Par comparaison, la profession des masseurs-kinésithérapeutes¹⁵⁴, des sages-femmes¹⁵⁵ ou des chirurgiens-dentistes¹⁵⁶ ou encore des infirmiers et infirmières sont aussi régis par une convention. Une approche comparée est ici possible, avec par exemple la profession d'infirmier libéral. Les infirmières et infirmiers libéraux concluent une convention au niveau national (A), même si une seule alternative de conventionnement leur est proposée contrairement aux médecins libéraux (B), cette convention instaurant les bases juridiques pour prendre des sanctions à leur encontre, comme pour les médecins libéraux.

¹⁵³ « Démographie et honoraires des médecins libéraux en 2006 », *Points de repères (Revue médicale de l'Assurance Maladie)*, n° 23, décembre 2008

¹⁵⁴ Convention nationale destinée à organiser les rapports entre les masseurs-kinésithérapeutes libéraux et l'Assurance maladie arrêtée et conclue le 3 avril 2007 et approuvée par l'arrêté du 10 mai 2007 portant approbation de la convention nationale des masseurs-kinésithérapeutes destinée à régir les rapports entre les masseurs-kinésithérapeutes et les caisses d'assurance maladie

¹⁵⁵ La convention nationale des sages-femmes a été conclue le 11 octobre 2007 entre, d'une part, l'Union nationale des caisses d'assurance maladie et, d'autre part, l'Union nationale des syndicats de sages-femmes françaises et l'Organisation nationale des syndicats de sages-femmes. Elle a été approuvée par l'arrêté du 10 décembre 2007 portant approbation de la convention nationale destinée à organiser les rapports entre les sages-femmes libérales et les caisses d'assurance maladie et publiée au Journal officiel du 19 décembre 2007.

¹⁵⁶ La nouvelle convention nationale des chirurgiens-dentistes a été conclue entre, d'une part, l'Union nationale des caisses d'assurance maladie et, d'autre part, la Confédération nationale des syndicats dentaires et l'Union des jeunes chirurgiens-dentistes - Union dentaire. Elle a été approuvée par l'arrêté du 14 juin 2006 portant approbation de la convention nationale des chirurgiens-dentistes destinée à régir les rapports entre les chirurgiens-dentistes et les caisses d'assurance maladie et publiée au Journal officiel du 18 juin 2006.

A. Une convention signée au niveau national

101. Cette convention est avant tout un accord de type économique (1), même si elle ne concerne pas tous les infirmiers et infirmières (2).

1. Une convention de nature économique

102. Pour les infirmiers et infirmières, une nouvelle convention nationale a été conclue le 22 juin 2007¹⁵⁷ entre, d'une part, l'Union nationale des caisses d'assurance maladie et, d'autre part, les principaux syndicats représentatifs de la profession¹⁵⁸. Lorsqu'ils s'installent en libéral, les infirmiers diplômés d'Etat sont invités à adhérer à une convention nationale destinée à organiser les rapports entre eux et les Caisses d'Assurance Maladie¹⁵⁹. Comme les conventions passées par les autres professionnels de santé, la Convention nationale est un accord de nature économique entre la profession et les Caisses d'assurances maladie. Elle a pour objectif de garantir à tous les assurés sociaux l'accès à des soins de qualité, garantir à tous les assurés sociaux un remboursement satisfaisant des soins infirmiers, respecter le libre choix du praticien par le malade et maintenir l'exercice libéral de la profession d'infirmière. Sont notamment prévues les mesures que les partenaires conventionnels jugent appropriées pour garantir la qualité des soins infirmiers dispensés aux assurés sociaux et notamment la sélection des thèmes de références professionnelles, l'opposabilité de ces références et ses conditions d'application¹⁶⁰. Le Code de la sécurité sociale dispose que la convention nationale prévoit la possibilité de mettre à la charge de l'infirmier qui ne respecte pas ces mesures une partie de la dépense des régimes d'assurance maladie correspondant aux honoraires perçus au titre des soins dispensés dans des conditions ne respectant pas ces mesures. Elle fixe également les modalités d'application de l'alinéa précédent, et notamment les conditions dans lesquelles

¹⁵⁷ Et approuvée par l'arrêté du 18 juillet 2007 portant approbation de la convention nationale destinée à régir les rapports entre les infirmières et les infirmiers libéraux et les organismes d'assurance maladie, publié au Journal officiel du 25 juillet 2007

¹⁵⁸ Convergence infirmière, la Fédération nationale des infirmiers, l'Organisation nationale des syndicats d'infirmiers libéraux et le Syndicat national des infirmières et infirmiers libéraux

¹⁵⁹ D'après l'article L. 162-12-2 du Code de la sécurité sociale, les rapports entre les organismes d'assurance maladie et les infirmiers sont définis, dans le respect des règles déontologiques fixées par le code de la santé publique, par une convention nationale conclue pour une durée au plus égale à cinq ans entre une ou plusieurs organisations syndicales les plus représentatives des infirmiers et l'Union nationale des caisses d'assurance maladie.

¹⁶⁰ CSS, article L. 162-12-2, 5°

le professionnel concerné présente ses observations ¹⁶¹. Tout comme pour les médecins libéraux, la convention nationale des infirmiers et infirmières libéraux sert de support à l'établissement de sanctions.

2. Une convention à destination des seuls infirmiers et infirmières libéraux

103. A l'instar du dispositif prévu pour les médecins libéraux, tous les infirmiers et infirmières ne sont pas concernés. La convention s'applique, d'une part, aux caisses primaires d'assurance maladie, aux caisses de mutualité sociale agricole et aux caisses du régime social des indépendants et, d'autre part, aux infirmières exerçant à titre libéral, pour les soins dispensés au cabinet, au domicile du malade ou à son substitut. Sont exclues du champ d'application de la convention les infirmières exerçant dans un établissement public ou privé d'hospitalisation, dans un centre de santé agréé, dans des locaux commerciaux ou leurs dépendances, au sens du droit commercial.

104. La convention ne couvre donc pas les rapports des infirmiers et infirmières libéraux avec les organismes pour lesquels ils peuvent travailler en tant que prestataires de service ¹⁶².

B. Une convention proposant une seule alternative : conventionnement ou non

105. A l'inverse des médecins, les infirmiers et infirmières ne disposent pas de plusieurs options de conventionnement, mais le conventionnement n'est pas une obligation et se fait par une adhésion expresse. D'après l'article 7.2.2 de la Convention, « les professionnels qui s'installent en exercice libéral au cours de la vie conventionnelle et qui souhaitent adhérer à la convention en font la demande par lettre recommandée avec accusé de réception adressée à la Caisse primaire d'assurance maladie dans le ressort de laquelle ils exercent leur activité. Leur adhésion à la convention est effective à la date à laquelle la caisse accuse réception de leur demande ». Une approbation tacite est cependant possible : « les infirmières et infirmiers précédemment conventionnés à la date d'entrée en vigueur de

¹⁶¹ CSS, article L. 162-12-3

¹⁶² comme par exemple les Services de soins infirmiers à domicile (SSIAD), les services d'hospitalisation à domicile (HAD) ou encore les Etablissements d'Hébergement pour Personnes Agées Dépendantes (EHPAD) sous convention tripartite

la convention sont considérés comme y adhérant tacitement »¹⁶³. Enfin un infirmier ou infirmière peut souhaiter ne plus être régi par les dispositions de la convention : il informe la caisse primaire de son lieu d'installation par lettre recommandée avec avis de réception. Leur adhésion à la convention est effective à la date à laquelle la caisse accuse réception de leur demande.

C. Une convention instaurant, comme pour les médecins, des obligations et leurs contreparties

106. Tout comme pour les médecins, le conventionnement des infirmiers et infirmières libéraux entraîne de nombreuses obligations de la part des professionnels, essentiellement issues de la Classification commune des actes médicaux (CCAM)¹⁶⁴ en ce qui concerne la facturation des honoraires, la télétransmission des feuilles de soins, la cotation des actes, la gestion paritaire de la vie conventionnelle. La convention définit les situations dans lesquelles le professionnel peut faire l'objet d'un examen de sa situation par les instances paritaires et d'une éventuelle sanction, en cas de non-respect de ses obligations.

107. La contrepartie est essentiellement financière puisque les Caisses d'assurance maladie s'engagent à participer financièrement aux charges sociales des infirmiers libéraux et bénéficient du régime d'assurance maladie des Praticiens et auxiliaires médicaux conventionnés, régime rattaché au régime général. Le conventionnement garantit aussi un taux général de prise en charge des soins infirmiers par l'Assurance Maladie pour les soins réalisés dans le cadre d'une Affection longue durée (ALD)¹⁶⁵. A l'inverse l'infirmier non conventionné pratique des honoraires libres, mais ses patients ne seront pas remboursés, ce qui est une forte incitation à la signature de la convention.

108. Le système du conventionnement n'est pas propre aux seuls médecins et a été choisi pour la maîtrise des dépenses des autres professionnels de santé. L'exemple des infirmiers et infirmières montre cependant une option plus claire entre conventionnement et non conventionnement (alors que le médecin libéral peut relever de 3 secteurs

¹⁶³ D'après l'article 7.2.2 de la Convention du 3 avril 2007

¹⁶⁴ La CCAM a peu à peu remplacé la NGAP (Nomenclature générale des actes professionnels)

¹⁶⁵ Article 1.1.1, Arrêté du 18 juillet 2007 portant approbation de la convention nationale destinée à régir les rapports entre les infirmières et les infirmiers libéraux et les organismes d'assurance maladie, JO 25 juillet 2007

différents). Dans tous les cas se pose la question du statut du professionnel de santé et a fortiori du médecin qui refuserait d'être conventionné.

III. LE STATUT AMBIGU DU MEDECIN LIBERAL EN L'ABSENCE DE CONVENTION MEDICALE

Le médecin libéral généraliste ou spécialiste conventionné reste soumis à un règlement arbitral si la convention qu'il a signée arrive à expiration (§1). Prévu par le législateur, un arrêté interministériel pallie la nécessité d'une tarification en l'absence de convention médicale.

Il peut aussi choisir de ne pas adhérer à une convention de secteur 1 ou secteur 2 ou de ne plus être conventionné¹⁶⁶ (§2). Dans ce cas la différence essentielle entre conventionnement et non conventionnement concerne le remboursement des actes médicaux par les organismes d'assurance maladie.

§1. L'APPLICATION D'UN REGLEMENT ARBITRAL EN CAS L'ABSENCE DE CONVENTION MEDICALE REGISSANT LES RAPPORTS ENTRE LES MEDECINS LIBERAUX ET L'ASSURANCE MALADIE

Après négociations, le règlement arbitral est approuvé par arrêté (A) ce qui peut être vu comme une menace de l'intervention du pouvoir réglementaire en cas de rupture des négociations (B).

A. La mise en place d'un règlement arbitral approuvé par arrêté

Le règlement arbitral est élaboré à partir d'une procédure bien établie (1) et a une portée générale pour les médecins généralistes et spécialistes (2).

¹⁶⁶ Conformément à l'article L. 162-15 alinéa 6, 2° du Code de la sécurité sociale, l'accord-cadre, les conventions nationales, leurs avenants, le règlement et les accords de bon usage des soins mentionnés à l'article L. 162-12-17 sont applicables : (...); 2° Aux autres professionnels de santé tant qu'ils n'ont pas fait connaître à la caisse primaire d'assurance maladie qu'ils ne souhaitent plus être régis par ces dispositions.

1. Une procédure d'élaboration du règlement arbitral sous le contrôle d'un arbitre et encadrée dans le temps

109. Cette hypothèse de rupture des négociations est prévue depuis 2004 : une procédure d'arbitrage par une personnalité indépendante¹⁶⁷ a vocation à s'appliquer après approbation et publication ministérielle¹⁶⁸. L'arbitre¹⁶⁹ arrête un projet de projet de convention dans le respect du cadre financier pluriannuel des dépenses de santé, alors que les dispositions conventionnelles antérieures continuent de produire leurs effets jusqu'à la date d'entrée en vigueur du règlement. Toutefois, les partenaires conventionnels engagent des négociations en vue d'élaborer une nouvelle convention au plus tard dans les deux ans qui suivent l'entrée en vigueur du règlement arbitral.

2. Un règlement arbitral de portée générale, pour les médecins généralistes et spécialistes

Le règlement arbitral apparaît comme un nouvel instrument juridique qui remplace l'ancien Règlement conventionnel minimal (RCM) (a) et ne s'applique plus aux seuls médecins libéraux spécialistes (b).

a. Un nouvel instrument juridique pour pallier l'absence de convention

110. Un règlement arbitral encadre donc le pouvoir de sanction des caisses d'assurance maladie, à la place de l'ancien Règlement conventionnel minimal (RCM). Reconnu conforme à la loi par le Conseil d'Etat en 1998, le RCM comportait des dispositions liées aux obligations relatives à l'information du malade, à la permanence des soins, aux formalités administratives et aux honoraires et conférait un pouvoir de sanction aux caisses d'assurance maladie en vertu d'une habilitation législative¹⁷⁰ sans le limiter au seul non-respect de ces dispositions. D'après l'arrêté du 8 juillet 2002 modifiant l'arrêté du 13 novembre 1998 portant RCM applicable aux médecins en l'absence de convention

¹⁶⁷ D'après l'article L. 162-14-2 du Code de la sécurité sociale issu de l'article 48 de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie, JORF n° 190 du 17 août 2004 p. 14598

¹⁶⁸ Selon une procédure prévue à l'article L. 162-15 du Code de la sécurité sociale

¹⁶⁹ L'arbitre est désigné par l'UNCAM et au moins une organisation syndicale représentative des professionnels de santé libéraux concernés. A défaut ou en cas d'opposition à cette désignation formée dans les mêmes conditions que celles définies au quatrième alinéa de l'article L. 162-15 du Code de la sécurité sociale, l'arbitre est désigné par le président du Haut Conseil pour l'avenir de l'assurance maladie.

¹⁷⁰ Cette habilitation législative résulte des termes de l'article L. 162-5 du Code de la sécurité sociale

médicale ¹⁷¹ l'objectif était d'améliorer la qualité du service rendu aux assurés sociaux par l'organisation du système de soins. Le RCM devait contribuer à cet objectif en « organisant les conditions d'une bonne pratique médicale et d'une bonne utilisation des ressources ». L'arrêt continuait ensuite sur l'implication des professionnels de santé en affirmant que :

(...) la recherche de la qualité comme l'amélioration de l'utilisation des ressources supposent l'engagement de l'ensemble des professionnels de santé, dans le respect des règles déontologiques, qu'elles reposent au premier chef sur leur responsabilité individuelle et collective ;

(...) la formation médicale continue, l'informatisation des cabinets médicaux et la participation à des actions de santé publique contribuent notamment à l'exercice, par les médecins libéraux, de leur responsabilité individuelle ;

(...) la profession médicale assume ses responsabilités en promouvant le dialogue confraternel, en organisant l'évaluation des pratiques et en développant des pratiques coopératives, notamment par le moyen de réseaux pluridisciplinaires, que, pour mener à bien ces missions collectives, la profession a accès à une information partagée et de qualité ;

(...) par son adhésion au présent règlement conventionnel, le praticien s'oblige à contribuer aux objectifs de bonne pratique médicale et de bonne utilisation des ressources.

Le dernier règlement arbitral ¹⁷² n'a pas repris ces considérants, mais simplement statué sur des aspects concrets des rapports entre l'assurance maladie et les médecins, ce qui peut être vu comme une volonté de pragmatisme : avant tout pallier un vide juridique pendant un temps limité.

Le RCM n'existant plus, c'est un nouvel instrument juridique plus efficace qui lui succède.

¹⁷¹ Arrêté du 8 juillet 2002 modifiant l'arrêté du 13 novembre 1998 portant règlement conventionnel minimal applicable aux médecins en l'absence de convention médicale, JO 9 juillet 2002

¹⁷² Arrêté du 3 mai 2010 portant approbation du règlement arbitral applicable aux médecins libéraux en l'absence de convention médicale, JO 5 mai 2010

b. Un règlement applicable à tous les médecins libéraux

111. Contrairement au RCM qui concernait les seuls médecins spécialistes, le règlement arbitral a pour vocation de s'appliquer aux médecins généralistes et spécialistes autorisés à exercer en France et pratiquant leur activité à titre libéral. A l'inverse, les praticiens hospitaliers à temps plein dans les établissements publics ne peuvent être sanctionnés sur le fondement du RCM ou de son équivalent (aujourd'hui le règlement arbitral) puisqu'il appartient à la seule commission de l'activité libérale¹⁷³ de veiller à la conformité de leur pratique à la réglementation relative à l'exercice de son activité libérale au sein de l'hôpital et à l'autorisation administrative qui résulte de l'approbation par le représentant de l'Etat du contrat d'activité libérale conclu entre le directeur de l'établissement et le praticien. Seul le représentant de l'Etat peut prononcer des sanctions à l'encontre du praticien qui méconnaît ses obligations.

112. Les Caisses d'assurance maladie ne tiennent d'aucune disposition législative ou réglementaire le pouvoir de contrôler le respect par un praticien hospitalier de ses obligations de service et notamment du partage de son activité de service public et de son activité libérale conformément au tableau de service et de s'immiscer ainsi dans le fonctionnement de l'hôpital. Ainsi la Caisse n'est pas compétente pour estimer qu'un praticien avait dépassé le quota d'activité libérale autorisé alors même qu'elle avait constaté que les actes facturés par lui avaient été dispensés en dehors des horaires contractuels¹⁷⁴. Les pouvoirs d'une Caisse restent limités : l'extension du champ d'application du règlement arbitral concerne les médecins libéraux spécialistes, mais pas les médecins non libéraux. Cette intervention d'un règlement arbitral approuvé par arrêté montre l'emprise du pouvoir réglementaire sur les relations entre assurance maladie et médecins libéraux.

B. L'ambivalence de l'intervention du pouvoir réglementaire en cas de rupture des négociations

L'intervention du pouvoir réglementaire semble ambivalente en raison du contexte dans lequel elle intervient (1), mais aussi des éléments nouveaux qu'elle peut introduire dans les rapports entre l'assurance maladie et les médecins libéraux (2).

¹⁷³ D'après l'article L. 6154-4 alinéa 1 du Code de la santé publique, dans chaque établissement public de santé où s'exerce une activité libérale, une commission de l'activité libérale est chargée de veiller au bon déroulement de cette activité.

¹⁷⁴ CAA Paris (3^{ème} Chambre) 29 mars 2005 CPAM des Yvelines c. Leclerc, req. n° 00PA03795

1. Le risque d'une fin prématurée des négociations entre les médecins libéraux et l'assurance maladie

113. L'immixtion réglementaire en l'absence de convention peut être vue comme une sécurité pour les médecins de ne jamais être en dehors de tout cadre dans leurs rapports avec l'assurance maladie, mais aussi comme un risque de perdre leur liberté contractuelle. L'ingérence du pouvoir règlementaire est rendue probable par la tension croissante entourant la négociation des conventions médicales, puisque ces négociations peuvent aboutir à la rupture des négociations préalables à l'élaboration d'une convention nationale ¹⁷⁵.

2. L'introduction par le règlement arbitral de changements dans les rapports entre l'assurance maladie et les médecins libéraux

114. L'introduction de nouveaux éléments intervient en complément de la reprise de la convention arrivée à expiration (a), mais ne fait que reprendre et compléter la convention existante (b).

a. La reprise de l'ancienne convention et l'introduction d'éléments nouveaux dans le règlement arbitral de 2010

115. Le règlement arbitral de 2010 organise les rapports entre assurance maladie et médecins généralistes et spécialistes en l'absence de convention médicale ¹⁷⁶. Prévu jusqu'à l'entrée en vigueur d'une prochaine convention médicale et au plus pour une durée de 5 ans à défaut de conclusion de convention durant cette période, ce règlement arbitral reprend la majorité des dispositions de la convention de 2005, mais contient aussi de nouvelles mesures. Ces dernières concernent une augmentation du tarif de la consultation des médecins généralistes ¹⁷⁷, la mise en place d'un tiers payant social pour les bénéficiaires du dispositif d'aide à l'acquisition d'une complémentaire santé ¹⁷⁸, un

¹⁷⁵ Mentionnée à l'article L. 162-14-2 du Code de la sécurité sociale

¹⁷⁶ Arrêté du 3 mai 2010 portant approbation du règlement arbitral applicable aux médecins libéraux en l'absence de convention médicale, JO 5 mai 2010

¹⁷⁷ Article 11 de l'arrêté du 3 mai 2010 : cette consultation est portée à 23 euros au 1^{er} janvier 2011

¹⁷⁸ Article 4 de l'arrêté du 3 mai 2010

dispositif d'incitation à la télétransmission¹⁷⁹ et enfin une option pour l'utilisation des services en ligne¹⁸⁰.

b. La cohérence entre le dispositif existant et les nouveautés introduites dans le règlement arbitral

116. Le règlement arbitral va dans le sens d'une intervention du pouvoir du directeur de l'Assurance maladie pour régir les rapports entre l'assurance maladie et les médecins libéraux, comme le montre l'exemple de la réglementation sur la télétransmission des feuilles de soins. Le règlement arbitral comporte en effet un dispositif incitatif pour la télétransmission des feuilles de soins, qui complète l'article L. 161-35 du Code de la sécurité sociale d'après lequel les professionnels, organismes ou établissements dispensant des actes ou prestations remboursables par l'assurance maladie qui n'assurent pas une transmission électronique, acquittent une contribution forfaitaire aux frais de gestion : le directeur de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie mentionnée à l'article L. 182-2 fixe le montant de cette contribution forfaitaire, assimilée pour son recouvrement à une cotisation de sécurité sociale, et versée à l'organisme qui fournit les feuilles de soins papier. En application de la loi, le directeur de l'UNCAM a fixé cette taxe à 50 centimes d'euros par support de facturation papier¹⁸¹. Par son effet incitatif, le règlement arbitral soutient donc indirectement le rôle du directeur de l'UNCAM.

117. Le règlement arbitral de mai 2010 prévoit aussi des dispositions transitoires jusqu'à la mise en œuvre du nouveau dispositif de développement professionnel continu établi par arrêté¹⁸².

¹⁷⁹ Article 10 de l'arrêté du 3 mai 2010 : le médecin qui remplit les conditions définies dans le règlement arbitral perçoit un forfait annuel de 250 euros pour l'utilisation des téléservices mis en place progressivement par la CNAMTS.

¹⁸⁰ Article 10, II de l'arrêté du 3 mai 2010

¹⁸¹ Décision du 19 mars 2010 fixant le montant de la contribution forfaitaire aux frais de gestion due par les professionnels, organismes ou établissements qui n'assurent pas la transmission électronique pour la facturation de leurs actes, produits ou prestations aux organismes d'assurance maladie obligatoire, JO 5 mai 2010

¹⁸² Article 8 de l'arrêté du 3 mai 2010 précité

§2. LE POUVOIR DE SANCTION LIMITE DES CAISSES D'ASSURANCE MALADIE EN CAS DE NON CONVENTIONNEMENT D'UN MEDECIN LIBERAL

Le médecin libéral se trouve placé hors de la convention nationale s'il refuse d'y adhérer, ou s'il fait l'objet d'une sanction de mise hors convention. Il se voit alors appliquer les dispositions communes à tous les médecins libéraux conventionnés ou non (A) et appliquer un tarif d'autorité pour les actes qu'il effectue (B).

A. L'application des dispositions communes à tous les médecins libéraux, conventionnés ou non

118. Le médecin libéral qui refuse d'adhérer à la convention reste soumis à des dispositions des Code de la sécurité sociale¹⁸³, Code de la santé publique, Code général des impôts, Code de déontologie ainsi qu'aux recommandations de bonne pratique édictées par la Haute autorité de santé (HAS). Tout comme le médecin conventionné, le médecin non conventionné est contrôlé par le Conseil de l'Ordre et encourt des sanctions ordinales en cas de non-respect du Code de déontologie. La peine de blâme peut par exemple être infligée à un médecin non conventionné pour n'avoir pas affiché le montant de ses honoraires dans sa salle d'attente¹⁸⁴. Ces dispositions communes à tous les médecins libéraux ne concernent pas directement les pouvoirs des caisses d'assurance maladie.

B. L'absence de besoin d'un contrôle tarifaire en présence d'un tarif d'autorité

Le tarif d'autorité est assez bas pour rendre inutile le contrôle des médecins non conventionnés par l'assurance maladie (1), mais aussi se demander s'il permet véritablement le libre choix de leurs médecins par les malades (2).

¹⁸³ D'après l'article L. 114-18 du Code de la sécurité sociale, toute personne qui, par quelque moyen que ce soit, incite les assujettis à refuser de se conformer aux prescriptions de la législation de sécurité sociale, et notamment de s'affilier à un organisme de sécurité sociale ou de payer les cotisations et contributions dues, est punie d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 15 000 Euros ou de l'une de ces deux peines seulement.

¹⁸⁴ Section disciplinaire, Conseil national de l'Ordre des médecins, 16 décembre 2003, dossier n° 8719

1. L'absence de contrôle des médecins non conventionnés par les organismes d'assurance maladie

119. Pour les médecins libéraux non conventionnés, les honoraires, rémunérations et frais accessoires donnent lieu à remboursement par les organismes d'assurance maladie sur la base d'un tarif d'autorité symbolique fixé par arrêté ministériel¹⁸⁵ qui justifie l'absence de contrôle du médecin par les organismes de sécurité sociale. Ce tarif a en effet été fixé en 1966 à l'équivalent de 1'Euro en 2010, mais n'a jamais été réévalué¹⁸⁶.

2. La remise en cause de la légalité du tarif d'autorité devant le Conseil d'Etat

120. Des limites au pouvoir des caisses d'assurance maladie existent-elles, s'agissant des atteintes progressives aux conditions d'exercice libéral des professions de santé ? La réponse est loin d'être évidente. Dans le droit fil de la jurisprudence refusant de voir une sanction de l'échec d'une négociation dans la réduction de la participation des caisses pour les médecins qui en bénéficient normalement mais se trouvent concernés par le RCM¹⁸⁷ (aujourd'hui remplacé par un règlement arbitral) en l'absence de convention, le Conseil d'Etat a refusé de censurer un arrêté relatif aux tarifs applicables en l'absence de convention pour les soins dispensés aux assurés sociaux¹⁸⁸. Le faible taux de remboursement des actes réalisés par les médecins non conventionnés a fait l'objet en 2010 d'une contestation devant le Conseil d'Etat, l'association pour l'ouverture du secteur 2 (APOS2) ayant formé un recours pour excès de pouvoir contre l'arrêté du 1^{er} décembre 2006 du ministre de la santé et des solidarités modifiant l'arrêté du 9 mars 1966 fixant les tarifs d'autorité des praticiens et auxiliaires médicaux applicables en l'absence de convention pour les soins dispensés aux assurés sociaux. L'APOS2 demandait l'annulation de cet arrêté qui avait modifié, pour les seuls actes techniques des médecins, les tarifs d'autorité des praticiens et auxiliaires médicaux applicables en l'absence de convention pour les soins dispensés aux assurés sociaux¹⁸⁹.

¹⁸⁵ CSS, article L. 162-5-10

¹⁸⁶ Arrêté du 9 mars 1966 tarif d'honoraires des praticiens et auxiliaires médicaux applicables en l'absence de convention pour les soins dispensés aux assurés sociaux

¹⁸⁷ RCM : Règlement conventionnel minimal

¹⁸⁸ CE 28 juillet 1999, req. n° 202606

¹⁸⁹ Le remboursement des autres actes des médecins non conventionnés restait donc dérisoire.

121. Le Conseil d'Etat a tout d'abord rappelé que ce tarif concerne seulement ceux des assurés sociaux qui, « alors que seule une très faible proportion de praticiens n'ont pas adhéré à la convention-type », ont néanmoins choisi de consulter un praticien non conventionné. Une faille apparaît dans ce raisonnement qui semble faire fi de la pression économique exercée sur les médecins pour qu'ils adhèrent à la convention-type et soient conventionnés. Le Conseil d'Etat poursuit en affirmant que le tarif d'autorité peut, « dans l'intérêt général, comporter une différence importante avec les tarifs conventionnels en vue de rendre plus attractif le secteur conventionnel, dans lequel les praticiens s'engagent au respect des obligations fixées par la convention médicale en vue de garantir un meilleur accès aux soins ». C'est ainsi qu'il a jugé qu'« en retenant comme base du remboursement par l'assurance maladie des tarifs correspondant à 16 % de ceux qui s'appliquent en cas d'intervention d'un praticien conventionné, l'arrêté attaqué n'a pas méconnu le principe du libre choix du praticien par le malade ni les principes généraux du droit ». Pour les mêmes motifs, l'arrêté attaqué n'a « pas méconnu le principe de proportionnalité qui, selon les requérant, devrait régir le rapport entre le remboursement des consultations et visites des praticiens conventionnés et le remboursement des actes identiques effectués par les praticiens non conventionnés ». Enfin « le tarif litigieux ne prive pas l'assuré social, à qui il est toujours loisible de s'adresser à un praticien conventionné pour obtenir une meilleure couverture de ses dépenses de santé, de toute prestation d'assurance maladie », qui permet d'écarter le moyen tiré de ce que l'arrêté attaqué méconnaît les dispositions de l'article L. 313-1 du Code de la sécurité sociale prévoyant que les cotisations versées par les assurés sociaux ouvrent droit aux prestations, notamment celles correspondant à la couverture des frais de médecine visés à l'article L. 321-1 du même Code¹⁹⁰. Le Conseil d'Etat conclut au rejet de la requête de l'APOS2¹⁹¹.

122. La liberté contractuelle du médecin libéral existe en ce sens qu'il est vu comme une véritable partie à un contrat. Elle semble pourtant atteinte par le caractère dissuasif du tarif d'autorité qui s'applique si le médecin décidait de ne pas adhérer à la convention-type.

¹⁹⁰ CE 29 octobre 2007, req. n° 301362

¹⁹¹ CE 29 octobre 2007, req. n°301362

SECTION II. UNE LIBERTE ORGANISEE, ENTRE ADHESION ET EXCLUSION

Une fois admis le principe selon lequel les contraintes économiques et la sollicitation de patients, assurés sociaux désireux de bénéficier d'un service de santé de qualité gratuit, contraignent les médecins libéraux à adhérer aux conventions que négocient en leur nom des syndicats à représentativité temporelle ou à l'option de médecin traitant (I), l'on doit encore vérifier à quelles contraintes internes sont astreints les médecins libéraux, prisonniers d'un système dans lequel voisinent adhésion et exclusion, susceptibles de porter atteinte à leurs libertés et droits fondamentaux (II).

I. LES FORTES INCITATIONS EN FAVEUR DU SECTEUR 1 ET DE L'OPTION DU MEDECIN TRAITANT

L'incitation en faveur du choix du secteur 1 (§1) va de pair avec une incitation au choix de l'option du médecin traitant (§2).

§1. L'INCITATION AU CHOIX DU SECTEUR 1

123. L'éventail de choix n'est qu'apparent tant un médecin est incité à être conventionné et même obligé pour sa survie professionnelle. Le non-remboursement de la prestation d'un médecin non-conventionné place ce dernier en dehors de toute compétitivité raisonnable. Concrètement les avantages du secteur 1 consistent dans le remboursement des patients des actes effectués, la prise en charge par la sécurité sociale des cotisations sociales des médecins pour les allocations familiales, les avantages complémentaires vieillesse et l'assurance maladie-maternité-décès ¹⁹², la transmission des informations d'activité et d'un bilan annuel d'activité par le praticien.

¹⁹² C'est-à-dire les cotisations dues en application des articles L. 242-11, L. 645-2 et L. 722-4 du Code de la sécurité sociale. Les conditions de cette prise en charge sont énoncées à l'annexe 8.2 de la convention du 11 février 2005 (JO 11 février 2005), ainsi que dans ses annexes et avenants (JO 21 janvier 2010)

124. Pourtant le choix imposé du conventionnement va de pair avec des obligations qui pourront être la base de sanctions ¹⁹³, même si le médecin non-conventionné peut lui aussi faire l'objet de sanctions, mais non tarifaires.

§2. LES INCITATIONS EN FAVEUR DE L'OPTION DE MEDECIN TRAITANT

Ces incitations tiennent à la volonté de favoriser la continuité des soins (A) et consistent en des avantages facilitant l'activité du médecin libéral (B).

A. La volonté de favoriser la continuité des soins

L'option de médecin traitant est initialement sensée compléter l'option de médecin référent afin de renforcer la continuité des soins (1) et repose sur une démarche volontaire de la part du médecin libéral mais aussi du patient (2).

1. Une continuité des soins reposant sur le système du médecin référent complété par l'option de médecin traitant

125. Les médecins conventionnés ou non ont la possibilité de choisir l'option de médecin traitant afin de favoriser la coordination des soins. Cette option et la rémunération forfaitaire y afférent étaient sensées compléter le système du médecin référent instauré par la convention médicale du 4 décembre 1998 ¹⁹⁴, mais l'ont en réalité balayée ¹⁹⁵. La convention nationale des médecins, signée le 13 janvier 2005, précise que « les parties signataires conviennent que la nécessité de privilégier la mise en place du médecin traitant conduit à réexaminer la situation des options conventionnelles, notamment de l'option médecin référent ». Le dispositif contractuel entre assurance maladie et médecin a ainsi été remis en cause au profit de la convention nationale de 2005 ¹⁹⁶ qui prévoit elle-même la

¹⁹³ L'article 5.4 de la convention médicale (approuvée par l'arrêté du 3 février 2005 portant approbation de la convention nationale des médecins généralistes et des médecins spécialistes) prévoit tout un dispositif de sanctions en cas de non-respect de la convention.

¹⁹⁴ Approuvée par l'arrêté du 4 décembre 1998, JO 7 décembre 1998

¹⁹⁵ G. REBECQ, « Le parcours de soins institué par la loi du 13 août 2004, cinq ans après », *Revue de droit sanitaire et social* 2009, p. 610

¹⁹⁶ Convention nationale des médecins généralistes et des médecins spécialistes du 12 janvier 2005 et approuvée par l'arrêté du 3 février 2005 portant approbation de la convention nationale des médecins généralistes et des médecins spécialistes

passation d'un contrat entre patient et médecin avec la même préoccupation, comme en 1998 et en 2004, de favoriser la continuité des soins.

2. Une continuité des soins reposant sur la volonté du médecin libéral et de son patient

126. La convention de 2005 évoque cette double participation ¹⁹⁷ :

Parce que l'amélioration de la qualité des soins est associée à la coordination du parcours médical du patient, les parties signataires définissent un dispositif coordonné qui est incitatif pour le patient comme pour ses praticiens.

Le préambule de la convention de 1998 évoquait la nécessité de « rénover le libre choix des patients » grâce à un accès aux soins fondé sur la « continuité des soins et leur participation active », ce qui justifiait la définition d'une « option de continuité des soins ouverte à tous les assurés et tous les médecins généralistes ». En principe le médecin référent passe un contrat avec l'Assurance maladie dans lequel il s'engage à contribuer à la maîtrise des dépenses de santé et à respecter des obligations relatives à la manière d'exercer la médecine et qui seront contrôlées par l'assurance maladie et reçoit une rémunération ¹⁹⁸. Les patients peuvent ensuite souscrire un acte d'adhésion avec un médecin référent. Les personnes ayant souscrit un acte d'adhésion transmis à leur caisse d'assurance maladie et formalisant leur engagement auprès d'un médecin référent dans une démarche qualité fondée sur la continuité et la coordination des soins, bénéficient de la procédure de dispense d'avance de frais pour les frais des actes réalisés par ce médecin ou par les médecins spécialistes qui se déclarent correspondants de ce médecin, pour eux-mêmes ou leurs ayants droit ¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Article 2, Convention nationale des médecins généralistes et des médecins spécialistes du 12 janvier 2005 et approuvée par l'arrêté du 3 février 2005 portant approbation de la convention nationale des médecins généralistes et des médecins spécialistes

¹⁹⁸ J.-J. DUPEYROUX, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 13e édition, 1998, n° 326

¹⁹⁹ CSS, article L. 861-3 alinéa 8

B. L'activité du médecin libéral facilitée par le choix de l'option de médecin traitant

127. L'article L. 162-5-3 du Code de la sécurité sociale dispose désormais que « dans le cas où l'assuré désigne un médecin traitant autre que son médecin référent, ce dernier, pour ce qui concerne cet assuré, perd les avantages relatifs à l'adhésion à cette option conventionnelle ». Dans la convention nationale signée le 13 janvier 2005 les parties signataires conviennent, que, pour l'option conventionnelle, « les contrats d'adhésion des assurés ne pourront plus faire l'objet que d'un renouvellement à compter de la date d'entrée en vigueur du présent texte, dans l'objectif d'une convergence des deux dispositifs ». La portée juridique de cette interdiction de renouvellement semble remettre en cause la loi contractuelle et la force juridique de la volonté des parties qui avaient choisi le système du médecin référent. La Cour de cassation a par exemple jugé que la convention nationale des médecins généralistes et des médecins spécialistes du 12 janvier 2005, approuvée par arrêté ministériel du 3 février 2005, a limité à une seule fois à compter de l'entrée en vigueur de la convention, le renouvellement de l'adhésion annuelle des assurés au régime du médecin référent²⁰⁰ de sorte que le médecin qui a exercé l'option prévue par la convention du 26 novembre 1998 et qui réclame la rémunération forfaitaire prévue au profit des médecins référents en 2006, ne peut l'obtenir au-delà de l'année suivant le renouvellement de l'adhésion de ses patients²⁰¹.

128. Une incitation au choix du médecin traitant, assortie d'un cahier des charges à respecter par le médecin traitant dans le cadre d'un parcours de soins coordonnés, a aussi été mise en place²⁰². En contrepartie du choix de son médecin traitant par un assuré social et ayant droit de 16 ans, le médecin est autorisé à pratiquer des dépassements d'honoraires en cas de non-respect du parcours, avec un accès spécifique pour les cas d'urgence et pour certaines spécialités. Ainsi d'après l'article L. 162-5-3 alinéa 5 du Code de la sécurité sociale, la participation du patient aux soins « peut être majorée pour les assurés et les ayants droit n'ayant pas choisi de médecin traitant ou consultant un autre médecin sans prescription de leur médecin traitant ».

²⁰⁰ D'après l'article 1.1.5 de la convention nationale des médecins généralistes et des médecins spécialistes du 12 janvier 2005

²⁰¹ Civ. 2^{ème} 8 janvier 2009, *GP* 15 septembre 2009 n° 258

²⁰² Par la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie, JO 17 août 2004

129. L'objectif a été aussi de responsabiliser le malade et de faire face au « nomadisme médical » coûteux compte tenu de la possibilité de changer de médecin à sa guise. Il semble avoir permis d'enrayer les excès du principe du libre choix par un patient de son médecin ²⁰³. Pourtant ce système n'a pas eu le résultat escompté et les dépenses de l'assurance maladie ont continué à augmenter ²⁰⁴.

II. LE DIFFICILE PASSAGE D'UN SECTEUR A L'AUTRE

130. Le passage du secteur 1 au secteur 2 a été rendu difficile, notamment pour les médecins qui avaient choisi le secteur 1 avec l'assurance de pouvoir changer de secteur selon leur volonté (§1). Une possibilité subsiste de surmonter le rempart empêchant l'accès au secteur 2 (§2).

§1. LE REFUS D'ACCES AU SECTEUR 2, PAR LA JURISPRUDENCE, EN CAS D'ABSENCE DE LEGISLATION A CE SUJET

131. Le passage du secteur 1 au secteur 2 semble être permis de manière fort limitée. Un arrêté de 1998 a en effet restreint les possibilités d'accès au secteur 2 et fixé la liste des médecins pouvant pratiquer ces tarifs libres ²⁰⁵. Aux termes de l'arrêté de 1998, peuvent opter pour le secteur à honoraires différents (c'est-à-dire le secteur 2) les médecins qui « s'installent pour la première fois en exercice libéral, ou qui se sont installés pour la première fois entre le 7 juin 1980 et le 1^{er} décembre 1989 », et sont titulaires des titres universitaires énumérés par la Convention (essentiellement des spécialistes) ²⁰⁶.

²⁰³ M. HARICHAUX, « Vers un tournant de la médecine libérale en France ? », *RDSS* 1994, p. 226

²⁰⁴ +4,9 % en 2004, +4 % en 2005 et +3,1 % en 2006 selon le point d'information mensuel de la CNAMTS du 5 juillet 2007

²⁰⁵ Arrêté du 13 novembre 1998 portant règlement conventionnel minimal applicable aux médecins en l'absence de convention médicale

²⁰⁶ L'énumération de ces titres est présente à l'article 4.3 de la Convention nationale des médecins généralistes et des médecins spécialistes du 11 février 2005 approuvée par l'Arrêté du 3 février 2005 :

- ancien chef de clinique des universités-assistant des hôpitaux ;
- ancien assistant des hôpitaux généraux ou régionaux n'appartenant pas à un CHU ;
- ancien assistant des hôpitaux spécialisés ;
- praticien-chef de clinique ou assistant des hôpitaux militaires ;

132. Cumulatives, ces deux conditions entraînent d'abord une inégalité entre les médecins, la détention de titres universitaires (en plus de celui de docteur) étant exigée pour prétendre au secteur 2. Elle entraîne ensuite une inégalité entre les médecins pouvant prétendre au secteur 2, cette fois en raison de la date de leur premier choix tarifaire (secteur 1 ou secteur 2). Ceux qui avaient choisi le secteur 2 avant son « gel » ont en revanche conservé leur droit à dépassement. Les restrictions à l'accès au secteur 2 peuvent être examinées à la lumière de l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) du 26 août 1789 (A), mais aussi du principe d'égalité devant la loi (B).

A. Le refus d'accès au secteur 2 à l'aune de l'article 5 de la DDHC

D'abord favorables à l'accès au secteur 2 (1), les juges de la Haute assemblée sont revenus sur leur position (2).

1. La jurisprudence d'abord favorable à l'accès au secteur 2

133. La jurisprudence a d'abord reconnu conforme à la liberté de choix les conditions prévues par le Règlement conventionnel minimal (aujourd'hui remplacé par le règlement arbitral) en matière de changement de secteur en affirmant qu'« aucune disposition du règlement ne mentionne que l'option initiale lors de l'adhésion est irrévocable et irréversible. S'agissant d'une entrave à la liberté d'agir, une telle interdiction ne peut résulter que d'une disposition expresse et ne saurait s'inférer de l'absence de réglementation en prévoyant les modalités. »²⁰⁷ Cette solution apparaissait dans la droit ligne de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, qui appartient au bloc de constitutionnalité, et dont l'article 5 affirme :

-
- praticien temps plein hospitalier dont le statut relève du décret n° 84-131 du 24 février 1984 ;
 - praticien temps partiel hospitalier comptant au minimum cinq années d'exercice dans ces fonctions et dont le statut relève du décret n° 84-131 du 24 février 1984.

S'agissant des titres acquis dans les établissements privés participant au service public hospitalier et ceux acquis au sein de l'Union européenne et de la Confédération helvétique, leur équivalence aux titres énumérés au paragraphe précédent est reconnue par la caisse primaire d'assurance maladie du lieu d'implantation du cabinet principal du médecin conformément aux décisions de la Caisse nationale d'assurance maladie

²⁰⁷ TASS Nancy 8 juillet 2003 Mme Huver c. CPAM de Nancy, *Petites affiches*, 9 octobre 2003, n° 202 p. 10, note Augustin Emane

La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.

2. Le revirement rapide de la position des juges administratifs

134. La solution inverse a pourtant été retenue quelques mois plus tard ce qui souligne l'incertitude dans laquelle est placé un médecin au moment de choisir un secteur tarifaire ²⁰⁸. La Cour d'appel de Nancy a reconnu qu' « une telle entrave ne peut résulter que d'une disposition expresse et ne saurait se déduire de l'absence de réglementation en prévoyant les modalités » mais déboute la demanderesse après avoir examiné si celle-ci réunissait les deux conditions cumulatives requises pour adhérer à la convention de secteur 2 ²⁰⁹.

135. L'accès au secteur 2 peut aussi être refusé à un médecin qui a les titres requis mais qui ne s'installe pas pour la première fois en exercice libéral au moment de sa demande. Pour contester le refus opposé par la CPAM, un requérant, médecin spécialiste, invoquait le non-respect des accords chirurgicaux du 24 août 2004 dans lesquels l'UNCAM et les syndicats de médecins s'engageaient à mettre fin au plus tard le 30 juin 2005 à la problématique des anciens chefs de cliniques qui ne peuvent actuellement disposer d'un libre choix de secteur d'exercice, en leur rendant ce choix. La Cour d'appel de Rennes confirme le refus de la CPAM : il résulte des accords de 2004 que « les parties signataires ont souhaité parvenir dans un délai précis qui expirait le 30 juin 2005 à un accord sur les conditions de changement de secteur, or à cette date aucun accord n'ayant pu être pris, un médecin ne saurait prendre seul l'initiative de changer de secteur, alors qu'une décision sur une éventuelle modification des conditions d'accès à un secteur qui intéresse l'ensemble des médecins généralistes et spécialistes ne peut intervenir qu'à la suite d'un débat contradictoire entre les partenaires et après la signature d'un accord collectif. » Le fait qu'aucun accord n'ait été signé ne suffit pas pour en déduire que les praticiens concernés « retrouvent leur liberté de choix de passer d'un secteur à l'autre. » ²¹⁰. Le refus

²⁰⁸ CA Bourges, 31 octobre 2003, M. Hansen c. CPAM de la Nièvre, req. n° 60103

²⁰⁹ CA Nancy, 16 mars 2004, Perrin c. CPAM de Nancy, req. n° 2268/04

²¹⁰ CA Rennes, 14 janvier 2009, CPAM des Côtes d'Armor c. M. Christian-Gérard G., req. n° 06/08552

d'accès au secteur 2 montre la rigidité du conventionnement dans lequel un médecin peut se trouver, malgré la liberté dont il semblait initialement bénéficier.

B. Le refus d'accès au secteur 2 à l'aune du principe d'égalité devant la loi

136. L'exigence de détention de certains titres universitaires pour accéder au secteur 2 pose la question du respect d'une éventuelle discrimination entre les médecins libéraux des Etats membres de l'Union européenne en raison de la procédure de reconnaissance de titres équivalents (1). La jurisprudence de la CJCE en matière d'accès à l'enseignement supérieur et universitaire, et donc aux titres universitaires, semble favoriser le respect d'une égalité de traitement (2).

1. Les questions posées par la reconnaissance de titres équivalents au sein de l'Union européenne

137. L'accès au secteur 2 étant conditionné par la détention de certains titres universitaires, la légalité des restrictions d'accès à ce secteur se pose avec d'autant plus d'acuité, que les médecins français (ou praticiens travaillant sur le sol français) et les autres membres de la Communauté européenne bénéficient des mêmes droits, en raison de la procédure de reconnaissance de titre équivalent. Une discrimination risque d'apparaître au préjudice des seuls titulaires de diplômes français (ou de praticiens travaillant sur le sol français) si jamais l'équivalence permet à des ressortissants non français d'accéder plus facilement à la possibilité de pratiquer des honoraires différents, parce que leur titre a été reconnu comme « équivalent » à un titre exigé en droit français pour accéder au secteur 2. La jurisprudence a toutefois une approche restrictive de l'acceptation des titres ouvrant droit à des honoraires différents comme l'illustre la décision d'après laquelle l'examen des titres doit se faire « par l'Assurance Maladie en France, et non au sein de l'Union Européenne ou de la Confédération helvétique »²¹¹.

²¹¹ TASS de Strasbourg, 8 octobre 2008 Dr Laurent Croce c. CNAMTS, dossier n° 20600721

2. Le respect de l'égalité devant la loi favorisé par la CJCE

138. Cette approche restrictive va dans le sens de la jurisprudence de la CJCE qui demande à chaque Etat de faire en sorte que sa législation sur l'accès à l'enseignement supérieur et universitaire ne soit pas discriminatoire²¹² : « Manque aux obligations qui lui incombent en vertu des articles [18 TUE]²¹³, [162 TUE]²¹⁴ et [166 TUE]²¹⁵ un État membre qui ne prend pas les mesures nécessaires pour assurer que les titulaires de diplômes d'enseignement secondaire obtenus dans les autres États membres puissent accéder à l'enseignement supérieur et universitaire organisé par celui-ci dans les mêmes conditions que les titulaires de diplômes d'enseignement secondaire obtenus dans cet État membre. »

²¹² CJCE 7 juillet 2005, Commission c. Autriche, aff. C-147/03 (point 2), Rec. CJCE, I, p. 5949

²¹³ Article 18 TUE (ex-article 12 TCE) : Dans le domaine d'application du présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité. Le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251, peut prendre toute réglementation en vue de l'interdiction de ces discriminations.

²¹⁴ Article 162 TUE (ex-article 146 TCE) : Afin d'améliorer les possibilités d'emploi des travailleurs dans le marché intérieur et de contribuer ainsi au relèvement du niveau de vie, il est institué, dans le cadre des dispositions ci-après, un Fonds social européen, qui vise à promouvoir à l'intérieur de la Communauté les facilités d'emploi et la mobilité géographique et professionnelle des travailleurs, ainsi qu'à faciliter l'adaptation aux mutations industrielles et à l'évolution des systèmes de production, notamment par la formation et la reconversion professionnelles.

²¹⁵ Article 166 TUE (ex-article 150 TCE): 1°. La communauté met en œuvre une politique de formation professionnelle, qui appuie et complète les actions des Etats membres, tout en respectant pleinement la responsabilité des Etats membres pour le contenu et l'organisation de la formation professionnelle.

2°. L'action de la Communauté vise :

A faciliter l'adaptation aux mutations industrielles, notamment par la formation et la reconversion professionnelle, à améliorer la formation professionnelle initiale et la formation continue afin de faciliter l'insertion et la réinsertion professionnelle sur le marché du travail, à faciliter l'accès à la formation professionnelle et à favoriser la mobilité des formateurs et des personnes en formation, et notamment des jeunes, à stimuler la coopération en matière de formation entre établissements d'enseignement ou de formation professionnelle et entreprises, à développer l'échange d'informations et d'expériences sur les questions communes aux systèmes de formation des États membres.

3. La Communauté et les États membres favorisent la coopération avec les pays tiers et les organisations internationales compétentes en matière de formation professionnelle.

4. Le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251 et après consultation du Comité économique et social et du Comité des régions, adopte des mesures pour contribuer à la réalisation des objectifs visés au présent article, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres.

139. La CJCE fait référence à la notion de différence de traitement au regard du principe de non discrimination en raison de la nationalité :

En effet, bien que indistinctement applicable à tous les étudiants, une disposition de droit national établissant que les étudiants ayant obtenu leur diplôme d'études secondaires dans un État membre autre que l'État membre concerné et souhaitant entreprendre leurs études supérieures ou universitaires dans une filière déterminée de l'enseignement de ce dernier État doivent non seulement produire ledit diplôme, mais également prouver qu'ils remplissent les conditions d'accès aux études supérieures ou universitaires dans l'État de l'obtention de leur diplôme, est susceptible d'affecter d'avantage les ressortissants d'autres États membres que les ressortissants de l'État membre concerné, de sorte que la différence de traitement instituée par cette disposition entraîne une discrimination indirecte contraire au principe de non-discrimination en raison de la nationalité contenu à l'[article 18 TUE] ²¹⁶.

140. La CJCE envisage enfin une exception au principe de non-discrimination qu'elle vient d'énoncer si la différence de traitement se fondait sur « des considérations objectives indépendantes de la nationalité des personnes concernées et proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national. »

141. Des éléments nouveaux ont récemment été apportés quant à la justification de la discrimination par un motif de santé publique « une inégalité de traitement fondée indirectement sur la nationalité peut être justifiée par l'objectif visant à maintenir un service médical de qualité, équilibré et accessible à tous, dans la mesure où il contribue à la réalisation d'un niveau élevé de protection de la santé publique » ²¹⁷. De la même façon la reconnaissance de titre équivalent ne doit pas entraîner de discrimination entre les médecins libéraux des différents Etat membres, en raison des enjeux de l'accès au secteur 2. La jurisprudence de la CJCE donne un fondement juridique clair pour un strict respect de l'égalité à l'accès au secteur 2 entre les médecins ressortissants de l'Union européenne.

²¹⁶ Article 18 TUE (ex-article 12 TCE) : Dans le domaine d'application du présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité. Le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251, peut prendre toute réglementation en vue de l'interdiction de ces discriminations.

²¹⁷ CJUE, 13 avril 2010, aff. C. 73/08 (point 68), Lamy Droit de la santé n° 113-5

§2. LA POSSIBILITE AMBIGÜE DE CONTOURNER L'INTERDICTION D'ACCES AU SECTEUR 2

142. En plus des possibilités énoncées de dépassements d'honoraires (DE et DP), des dispositifs ont été instaurés par la convention médicale du 11 février 2005 et relativisent la gravité de l'impossibilité de passer du secteur 1 au secteur 2 pour certains médecins. Il s'agit de la possibilité encadrée de pratiquer un dépassement d'honoraire pour les médecins spécialistes (A), de l'option de coordination (B) et enfin de la mise en place d'un secteur optionnel (C).

A. Le dépassement autorisé plafonné (DA) ouvert aux médecins spécialistes

143. Le dépassement autorisé plafonné (DA) permet ainsi au médecin conventionné en secteur 1 de facturer un dépassement « autorisé dans le cas où le patient ne respecte pas le parcours de soins coordonnés tel qu'il est défini dans la loi du 13 août 2004 » (respect du dispositif du médecin traitant). Or ce DA ne peut se cumuler avec le dépassement occasionnel pour exigence particulière du malade (DE), et son montant est plafonné à 17,5 % du tarif opposable lorsque le patient consulte hors du parcours de soins. Les spécialistes du secteur 1 consultés sans avis préalable du médecin traitant peuvent désormais majorer leurs honoraires dans la limite de 17,5 % des tarifs conventionnels et observer un ratio honoraires sans dépassement sur honoraires totaux de 70 %.

144. Le DA semble faciliter le contrôle des honoraires des médecins par les organismes d'assurance maladie, mais donne dans le même temps des indications claires aux médecins libéraux sur les possibilités de dépassements d'honoraires.

B. L'option de coordination

145. L'option de coordination propose aux médecins exerçant en secteur 1 avec dépassement d'honoraires (DP) ou en secteur 2 de limiter leurs dépassements d'honoraires en volume (30 % des honoraires) et en montant (15 % des tarifs opposables pour les actes techniques), ne pas faire de dépassements sur les consultations²¹⁸ et appliquer le tarifs

²¹⁸ Question écrite n° 11639, Ministère de la santé et des sports, Dépassements d'honoraires des médecins, JO Sénat 25 mars 2010

opposables pour les actes cliniques dispensés dans le cadre du parcours de soins coordonnés. Les deux exceptions concernent les circonstances exceptionnelles d'exigence particulière du malade (DE) ou le non-respect du parcours de soins (DA). En contrepartie, les médecins qui choisissent l'option de coordination bénéficient de la prise en charge d'une partie de leurs cotisations sociales. En réalité cette option semble avoir entraîné très peu d'adhésions ²¹⁹.

C. La mise en place d'un secteur optionnel

Le secteur optionnel s'adresse avant tout à certaines catégories de chirurgiens, anesthésistes et gynéco-obstétriciens (1). Il propose, en contrepartie d'engagements sur les honoraires (2), de faire bénéficier au médecin d'avantages pour l'exercice de son activité (3).

1. Les médecins concernés : certains chirurgiens, anesthésistes et gynéco-obstétriciens

146. Un protocole d'accord du 15 octobre 2009 ²²⁰ a élaboré un secteur optionnel pour les médecins de trois spécialités (chirurgie, anesthésie, gynéco-obstétrique) actuellement en secteur 1 et bénéficiant du DP (dépassement permanent) ou en secteur 2 ou ayant adhéré à l'option de coordination. Pourraient aussi y adhérer les médecins « dont les spécialités entrent dans le champ du secteur optionnel, qui s'installent pour la première fois en exercice libéral et qui sont titulaires des titres énumérés en annexe du protocole ».

2. Les engagements tarifaires des médecins ayant choisi le secteur optionnel

147. Les médecins ayant adhéré au secteur optionnel s'engagent à facturer un tiers de leurs consultations au tarif de la sécurité sociale, y compris l'urgence et les soins délivrés aux personnes en situation de précarité (CMU ²²¹, AME ²²²), alors que le

²¹⁹ Au 1^{er} janvier 2008, 20 professionnels de santé avaient adhéré à l'option de coordination (source : site ameli.fr, site de l'assurance maladie en ligne) alors que l'option de coordination date de 2005.

²²⁰ Protocole d'accord tripartite entre les syndicats médicaux représentatifs pour la convention médicale, l'UNCAM et l'UNOCAM du 15 octobre 2009

²²¹ CMU : Couverture maladie universelle. La CMU a été créée par la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle. C'est une protection maladie obligatoire pour les personnes résidant en France et qui ne sont pas déjà couvertes par un autre régime obligatoire d'Assurance Maladie.

dépassement d'honoraires autorisé ne devra pas aller au-delà de 50 % du tarif de base de la sécurité sociale ²²³.

3. Les avantages octroyés pour le médecin qui a choisi le secteur optionnel

Ces avantages manquent encore de visibilité (a), malgré la souplesse du système mis en place (b).

a. Le manque de visibilité des avantages octroyés

148. La cotisation des médecins sera en grande partie prise en charge par l'assurance maladie. Le secteur optionnel va permettre de bénéficier des avantages du secteur 1 même si les engagements de l'UNOCAM ne semblent pas clairement établis : engagement à inciter les organismes d'assurance maladie complémentaire membres de l'UNOCAM à prendre en charge ce nouveau secteur, publication de la liste des praticiens ayant choisi le secteur optionnel, publication de la liste des organismes complémentaires prenant en charge les compléments d'honoraires, étude des modalités d'accompagnement financier de l'innovation médicale dans le cadre du secteur optionnel. Le protocole associe aussi secteur optionnel et démarche d'accréditation ²²⁴. L'accréditation permet au praticien qui l'a choisie de bénéficier d'une aide à la souscription de son contrat d'assurance en responsabilité civile professionnelle en échange d'un recueil d'événements indésirables transmis à la Haute Autorité de santé ²²⁵.

²²² AME : Aide médicale d'Etat. En application de l'article L. 251-1 du Code de l'action sociale et des familles, l'Aide médicale d'Etat permet la prise en charge des frais de santé des personnes ne pouvant pas bénéficier de l'assurance maladie

²²³ Ces engagements sont énoncés à l'article 2 du protocole d'accord tripartite du 15 octobre 2009 entre les syndicats médicaux représentatifs pour la convention médicale, l'UNCAM et l'UNOCAM

²²⁴ D'après l'article L. 4135-1 alinéa 1 du Code de la santé publique, les médecins ou les équipes médicales d'une même spécialité exerçant en établissements de santé peuvent demander à ce que la qualité de leur pratique professionnelle soit accréditée dans les conditions mentionnées à l'article L. 1414-3-3. L'accréditation est valable pour une durée de quatre ans. Les résultats de la procédure d'accréditation sont publics. Les médecins et les équipes médicales engagés dans la procédure d'accréditation ou accrédités transmettent à la Haute Autorité de santé les informations nécessaires à l'analyse des événements médicaux indésirables.

²²⁵ CSS, article D. 185-1

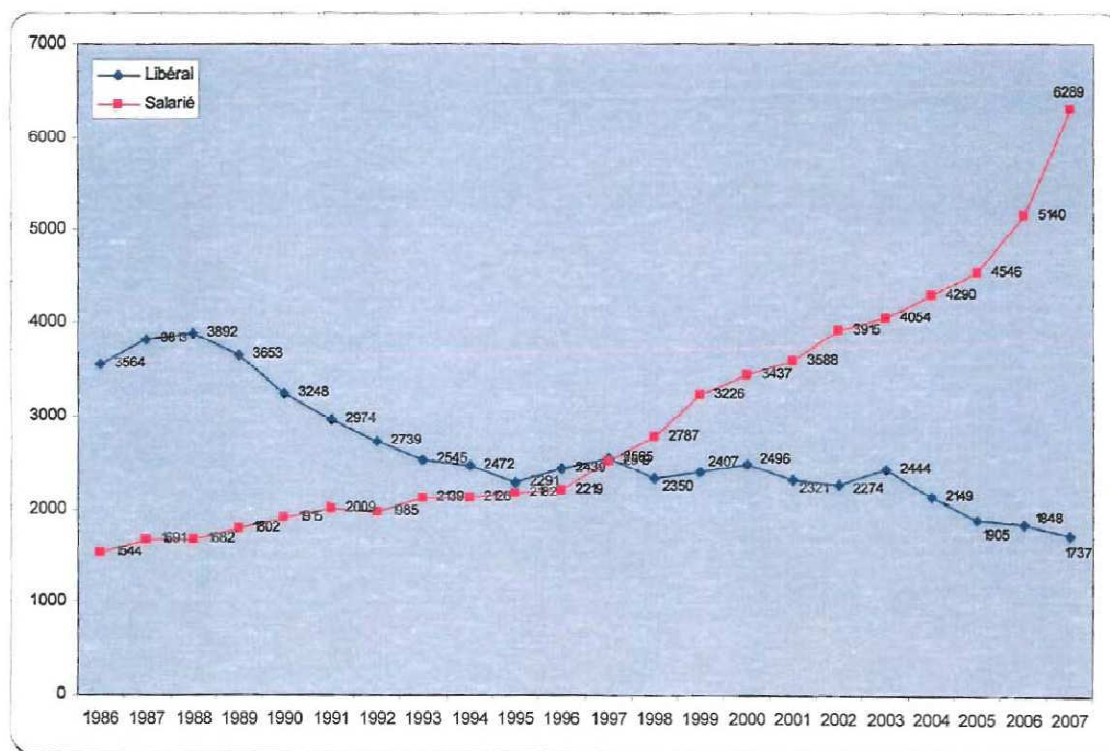
b. La réversibilité du choix du secteur optionnel

149. Le choix du secteur optionnel sera réversible, ce qui va dans le sens de la liberté contractuelle. Un jeune médecin choisissant le secteur optionnel lors de la première installation pourra quitter ce secteur pour celui qu'il aurait pu choisir *ab initio*. Le non-respect de ses engagements par le praticien pourra conduire les caisses à mettre fin à son adhésion, ce qui entraîne le retour à son secteur d'origine ou à celui qu'il aurait pu choisir. Les Caisses d'assurance maladie gardent donc le contrôle des médecins relevant du secteur optionnel. Le contournement de l'interdiction d'accès au secteur 2 se fait de manière très encadrée, mais reste une solution de compromis qui clarifie les règles données aux médecins libéraux en matière tarifaire.

150. La convention du 11 février 2005 semble ainsi avoir assoupli les différences existant entre le secteur 1 et le secteur 2. Elle laisse toutefois un vide juridique en ne précisant pas si un médecin qui adhère aujourd'hui au secteur 1 pourra demain décider de choisir le secteur 2, ni dans quelles conditions ce changement sera possible.

CONCLUSION CHAPITRE II

151. Le principe d'attraction des médecins libéraux dans un système conventionnel existe en raison de leur théorique liberté contractuelle, liberté rendue illusoire par les restrictions d'accès aux secteurs 2 et l'improbable exercice d'une activité avec le secteur 3, le secteur 1 restant le seul choix effectif à la disposition du médecin. Cette attraction n'apparaît pas comme une chose mauvaise en tant qu'elle est guidée par une volonté politique de maîtriser les dépenses de santé au nom de l'intérêt général. Elle pose toutefois problème en raison de la rigueur tarifaire et des contrôles qu'elle implique. L'approbation des conventions par arrêté va aussi déformer cette bonne volonté au détriment du médecin libéral : celui-ci se retrouve malgré lui prisonnier de sa propre convention comme l'illustre la controverse autour du changement de secteur tarifaire. Nous pouvons ici ajouter que la rigidité du tarif opposable ne s'accorde pas avec la hausse des charges qui pèsent sur les médecins. Ce problème contribue, à notre sens, à expliquer l'évolution de la répartition entre médecins salariés et libéraux entre 1986 et 2007 :



Source : Définition d'un nouveau modèle de la médecine libérale, Rapport du Dr Michel Legmann, avril 2010, p. 27, citant le Conseil national de l'Ordre des médecins

CONCLUSION TITRE I

152. Le médecin libéral est placé au cœur d'un système juridique qui tend vers sa liberté, mais ne lui donne pas les moyens de l'exercer. L'illusion d'un choix contractuel souligne sa vulnérabilité, même si des dispositifs incitatifs et optionnels atténuent la rigueur de cette analyse. Le médecin est donc au cœur d'un rapport de force avec l'assurance maladie qui semble en sa défaveur, dans la mesure où il se voit imposer – du moins en pratique- une convention qu'il n'a pas pu personnellement négocier. Le rapport Legmann de 2010 complète cet aspect de l'activité du médecin libéral en insistant sur le phénomène de bureaucratisation de la médecine libérale résultant d'un « contrôle par les organismes de protection sociale des pratiques (et de leur conformité aux recommandations des sociétés savantes) vécu comme de plus en plus tatillon et rapproché », amplifié par la « subordination d'un grand nombre d'activités ou d'avantages sociaux à des conditions médicales qui nécessitent d'être certifiées par un docteur en médecine »²²⁶. L'attraction des médecins libéraux dans le système du conventionnement semble dès lors, aussi, un moyen de mieux les contrôler.

²²⁶ Définition d'un nouveau modèle de la médecine libérale, Rapport du Docteur Michel Legmann, avril 2010, p. 11

TITRE II.
LE CARACTERE REGLEMENTAIRE DE LA
CONVENTION-TYPE PROPOSEE AUX MEDECINS
LIBERAUX

L'approbation des conventions par arrêté leur donne une force normative inégalée en droit des contrats et permet l'édition de sanctions contre le médecin libéral (Chapitre I). Elle ouvre aussi à la contestation de clauses abusives devant le juge administratif (Chapitre II).

CHAPITRE I. L'APPROBATION DES CONVENTIONS PAR ARRETE,
UNE EXCEPTION EN MATIERE DE SECURITE SOCIALE

L'approbation interministérielle des conventions implique la compétence du juge administratif, en cas de contestation de leurs dispositions (Section I) et permet l'édition de sanctions prises sur leur fondement ce qui confirme l'originalité du dispositif de contrôle des médecins en matière de sécurité sociale (Section II).

SECTION I. LA COMPETENCE DU JUGE ADMINISTRATIF EN CAS DE
CONTESTATION DE LA CONVENTION OU DE SON EQUIVALENT

La compétence du juge administratif s'explique par le caractère réglementaire de la convention (I) et entraîne la possibilité d'effectuer un recours contre l'arrêté portant approbation d'une convention (II).

I. LE CARACTERE REGLEMENTAIRE DE LA CONVENTION OU DE SON EQUIVALENT

Le caractère réglementaire de la convention ou de son équivalent résulte de son approbation par arrêté ministériel (§1) ou de l'édition d'un arrêté en l'absence de convention (§2).

§1. L'APPROBATION DES CONVENTIONS PAR ARRETE MINISTERIEL

153. Les conventions signées par les caisses d'assurance maladie et les organisations syndicales de praticiens peuvent présenter le caractère d'actes mixtes²²⁷. Le Conseil constitutionnel a cependant accordé une nature réglementaire aux conventions qui ont fait l'objet d'un arrêté d'approbation²²⁸, le caractère réglementaire des conventions semblant donc subordonné à un critère formel d'approbation. Les termes de l'article L. 162-15 du Code de la sécurité sociale prévoient cependant une approbation tacite des conventions et accords puisque l'accord-cadre, les accords conventionnels interprofessionnels, les conventions, annexes et avenants sont approuvés par les ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale et sont réputés approuvés si les ministres n'ont pas fait connaître aux signataires, dans le délai de vingt et un jour à compter de la réception du texte, qu'ils s'opposent à leur approbation du fait de leur non-conformité aux lois et règlements en vigueur ou pour des motifs de santé publique ou de sécurité sanitaire ou lorsqu'il est porté atteinte au principe d'un égal accès aux soins. L'accord-cadre, les accords conventionnels interprofessionnels, les conventions et leurs avenants approuvés sont ensuite publiés au Journal officiel de la République française. Les Ministres peuvent éventuellement disjoindre certaines dispositions de l'approbation, ou exclure certaines références de l'approbation dans l'intérêt de la santé publique.

²²⁷ A. BACQUET, Conclusions sous CE 9 octobre 1981, *A.J.D.A.* 1982, p. 364 ; F. TIBERGHIEU et B. LASSERRE, *A.J.D.A.* 1982, p. 357 ; L. DUBOIS, « Le contentieux administratif des rapports entre les médecins et la sécurité sociale », *EDCE* n° 32, 1980-1981, p. 80

²²⁸ CC n° 89-269 DC, 22 janvier 1990, *Rec.* p. 27

§2. L'EDICTION D'UN ARRETE EN L'ABSENCE DE CONVENTION

Cet arrêté permet de continuer à encadrer les relations entre l'assurance maladie et les médecins libéraux par un arrêté (A) ou un protocole d'accord à titre provisoire (B).

A. L'encadrement par arrêté des relations entre assurance maladie et médecins libéraux

Cet encadrement concerne aussi bien les dépassements d'honoraires (1) que les accords de bon usage des soins (2).

1. Les dépassements d'honoraires en l'absence de convention

154. Cette hypothèse est prévue par le Code de la sécurité sociale en l'absence de convention afin de maintenir une maîtrise des dépenses de santé. Dans un rapport d'avril 2007 l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS) a mis en évidence l'augmentation des dépassements d'honoraires, notamment en raison de l'augmentation du nombre de médecins en honoraires libres²²⁹. Afin d'endiguer ce phénomène la loi Hôpital, Patients, Santé et Territoires (loi HPST) a prévu une procédure d'encadrement des honoraires en cas de défaut de conclusion d'un avenant conventionnel sur les dépassements d'honoraires²³⁰.

155. Le Code de la sécurité sociale autorise des médecins relevant de certaines spécialités à pratiquer de manière encadrée des dépassements d'honoraires pour une partie de leur activité sous des conditions tenant notamment à leur formation, à leur expérience professionnelle, à la qualité de leur pratique et à l'information des patients sur leurs honoraires²³¹. L'obligation d'affichage des tarifs dans les cabinets a d'ailleurs été renforcée par un décret de 2009²³². A défaut de conclusion d'un tel avenant conventionnel avant le 15 octobre 2009, « un arrêté des ministres chargés de la Santé et de la Sécurité

²²⁹ P. ABALLEA, F. BARTOLI, L. ESLOUS et I. YENI, membres de l'Inspection Générale des Affaires Sociales Rapport n° RM 2007-054P, Avril 2007

²³⁰ Article 53, Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires (HPST), JO 22 juillet 2009, n° 0167, p. 12184

²³¹ CSS, articles L. 162-5 et L. 162-14-1

²³² Décret n° 2009-152 du 10 février 2009 relatif à l'information sur les tarifs d'honoraires pratiqués par les professionnels de santé, JO 12 février 2009

sociale modifie à cet effet, pendant un délai de quatre mois, les dispositions de la convention nationale des médecins généralistes et spécialistes conclue le 12 janvier 2005 ». « Afin de faciliter l'accès à des soins à tarifs opposables, cet arrêté modifie également les tarifs et rémunérations des médecins spécialistes autorisés à pratiquer des dépassements, lorsqu'aucun dépassement n'est facturé, pour les rendre égaux aux tarifs applicables aux médecins qui ne sont pas autorisés à en pratiquer. »

2. Les accords de bon usage des soins

Un accord faisant intervenir le pouvoir réglementaire est aussi prévu pour les accords de bon usage des soins en l'absence de convention conformément au Code de la sécurité sociale ²³³:

En l'absence de convention, ces accords [de bon usage de soins] peuvent être conclus, à l'échelon national, entre l'Union nationale des caisses d'assurance maladie et au moins un syndicat représentatif de chaque profession concernée.

Les accords nationaux prévoient des objectifs médicalisés d'évolution des pratiques ainsi que les actions permettant de les atteindre. Ils peuvent fixer des objectifs quantifiés d'évolution de certaines dépenses et prévoir les modalités selon lesquelles les professionnels conventionnés ou les centres de santé adhérant à l'accord national peuvent percevoir, notamment sous forme de forfaits, une partie du montant des dépenses évitées par la mise en œuvre de l'accord. (...)

Les dispositions du précédent alinéa ne peuvent être mises en œuvre que lorsque les résultats de ces actions ont été évalués dans les conditions prévues par l'accord et qu'ils établissent que les objectifs fixés ont été atteints.

²³³ CSS, article L. 162-12-17 alinéas 2, 3, 5

156. Le même article prévoit une procédure d’approbation par la Haute Autorité de santé (HAS) ainsi que possibilité de suspension de la part du ministre chargé de la santé ²³⁴:

Si les accords comportent des engagements relatifs à la sécurité, la qualité ou l'efficacité des pratiques, ils ne peuvent être conclus qu'après avoir reçu l'avis de la Haute Autorité de santé. Cet avis est rendu dans un délai maximum de deux mois à compter de la réception du texte par l'agence. A l'expiration de ce délai, l'avis est réputé favorable. (...)

Toutefois, pour des motifs de santé publique ou de sécurité sanitaire, ou lorsque les effets constatés de ces accords sont contraires aux objectifs qu'ils poursuivent, le ministre chargé de la santé peut en suspendre l'application. Cette décision est notifiée aux parties signataires.

Les accords nationaux sont transmis dès leur entrée en vigueur par l'Union nationale des caisses d'assurance maladie aux ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale et aux unions régionales des professionnels de santé.

B. L’encadrement des dépassements d’honoraires par un protocole d’accord à la place d’un arrêté

157. Essentiellement politique, le protocole d’accord ne semble pas avoir de véritable valeur juridique et est signé en attendant un avenant conventionnel. A la place de l’avenant conventionnel a été signé le 15 octobre 2009 un « protocole d’accord tripartite entre les syndicats médicaux représentatifs pour la convention médicale ²³⁵, l’UNCAM ²³⁶ et l’UNOCAM ²³⁷ » sur le secteur optionnel. L’objectif du protocole d’accord était

²³⁴ CSS, article L. 162-12-17 alinéas 6, 8, 10 et 11

²³⁵ C’est-à-dire la Confédération des Syndicats Médicaux Français (CSMF) et le Syndicat de la Médecine Libérale (SML)

²³⁶ UNCAM : Union nationale des caisses d’assurance maladie. L’UNCAM a été créée par l’article 55 de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 de réforme de l’assurance maladie à l’article L. 182-2 du Code de la sécurité sociale

²³⁷ UNOCAM : Union nationale des organismes d’assurance maladie complémentaire. L’UNOCAM a été créée par l’article 55 de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 de réforme de l’assurance maladie à l’article L. 182-3 du Code de la sécurité sociale ainsi que par son décret n° 2005-590 du 27 mai 2005 à l’article R. 182-2-8 du Code de la sécurité sociale. Elle peut, depuis la loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale pour 2009, participer à la négociation et à la conclusion d’un accord, d’une convention ou d’un avenant conventionnel en application de l’article L. 162-14-3 du Code de la sécurité sociale. Pour les accords, conventions ou avenants concernant certaines professions ou prestations pour lesquelles la part des dépenses prises en charge par l’assurance maladie est minoritaire, la signature de l’UNOCAM est une condition de validité. Ces professions sont celles de chirurgiens-dentistes,

clairement de réduire le coût des actes médicaux pour les patients en attirant les médecins conventionnés de secteur 2, qui ont opté pour l'option de coordination, ou qui sont conventionnés au secteur 1 et qui bénéficient d'un droit permanent à dépassement. En réalité la participation de l'Union nationale des organismes d'assurance maladie complémentaire (UNOCAM)²³⁸ à la négociation sur le secteur optionnel paraissait indispensable afin d'envisager la couverture des compléments d'honoraires plafonnés et d'assurer un reste à charge nul pour les patients²³⁹. Après que le préambule ait rappelé les grands principes auxquels chacune des parties est attachée (égalité d'accès aux soins, maîtrise et lisibilité des tarifs, prise en charge coordonnée des soins par l'assurance maladie obligatoire et l'assurance maladie complémentaire, évolution des tarifs conventionnels au regard du coût de la pratique), les complémentaires de santé s'engagent, dans ce protocole, à prendre en charge pour leurs adhérents ces dépassements encadrés, alors qu'elles le font de manière très partielle pour les dépassements classiques.

II. LA POSSIBILITE D'EFFECTUER UN RECOURS CONTRE L'ARRETE PORTANT APPROBATION D'UNE CONVENTION

Cette possibilité tient à la valeur réglementaire de l'arrêté portant approbation d'une convention (§1) dont la légalité est conditionnée par le respect de normes procédurales (§2)

§1. LA VALEUR REGLEMENTAIRE DE L'ARRETE PORTANT APPROBATION D'UNE CONVENTION

158. Un recours par la voie du recours pour excès de pouvoir et par celle de l'exception d'illégalité -cette dernière n'exigeant pas de conditions de délai- peut être

audioprothésistes et opticiens-lunettiers en application de l'arrêté du 5 mai 2009 portant application de l'article 36 de la loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale pour 2009

²³⁸ Créée à l'article 55 de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie, l'UNOCAM assure la représentation des régimes complémentaires santé qui regroupent environ 1 500 opérateurs relevant d'un statut de droit privé., afin de renforcer la coordination entre les actions entreprises par le régime obligatoire d'assurance maladie et les régimes complémentaires

²³⁹ Y. DE KERGUENEC, « Vers un secteur optionnel de conventionnement des médecins libéraux ? », *Lamy Droit de la santé*, décembre 2009, n° 91

formé à l'encontre de l'arrêté portant approbation d'une convention. Le Conseil d'Etat a souligné que l'arrêté d'approbation d'une convention confère « les effets qui s'attachent aux dispositions réglementaires » et que les stipulations de la convention « présentent un caractère obligatoire et s'imposent aux autorités administratives et aux tiers comme aux parties à la Convention »²⁴⁰. En l'espèce les stipulations de la convention nationale en cause définissaient les conditions d'une concertation entre les caisses d'assurance-maladie et les syndicats médicaux et soumettaient dans certains cas à l'accord de ces derniers la possibilité pour les caisses de créer, de développer, de subventionner ou, en cas d'affectation nouvelle, de faire bénéficier de conventions particulières les centres de soins et de diagnostic²⁴¹. Le Conseil d'Etat considère que l'approbation par arrêté confère aux conventions les effets qui s'attachent aux dispositions réglementaires c'est-à-dire un caractère obligatoire à l'égard des autorités administratives, des tiers et des parties à la convention. Nous sommes ici bien loin d'une loi contractuelle entre les parties.

159. La conséquence directe est la possibilité de former un recours pour excès de pouvoir à l'encontre des stipulations de telles conventions. Un recours pour excès de pouvoir peut être dirigé contre la décision homologuant les tarifs fixés par une convention passée entre une caisse primaire d'assurance-maladie et une société de secours minière ayant pour objet d'étendre l'utilisation d'un centre de radiologie aux assurés du régime général.

§2. LA LEGALITE DE L'ARRETE PORTANT APPROBATION D'UNE CONVENTION CONDITIONNEE PAR LE RESPECT DE NORMES PROCEDURALES

160. Le Conseil d'Etat a récemment examiné la légalité de l'arrêté d'approbation interministérielle au regard de normes procédurales. Le Conseil d'Etat a tout d'abord admis l'intervention du Conseil de l'Ordre, puisque les dispositions des articles L. 4121-2 et 4122-1 du Code de la santé publique le chargent d'assurer le respect des règles déontologiques de la profession médicale ce qui justifie son intérêt pour agir contre l'arrêté approuvant des stipulations conventionnelles qui, par l'aménagement qu'elles apportent aux obligations relatives aux gardes, ont une incidence sur les devoirs déontologiques des

²⁴⁰ CE 9 octobre 1981, n° 20026

²⁴¹ Convention nationale des médecins du 28 octobre 1971- article 18

médecins. La Convention portée devant le Conseil d'Etat concernait la déontologie médicale et devait être soumise à l'avis du Conseil de l'Ordre avant signature. L'absence de prise en compte de l'avis du Conseil de l'Ordre a entaché l'arrêté interministériel d'une illégalité partielle²⁴².

²⁴² CE 29 juillet 2002, req. n° 242916

SECTION II. L'EDICTION D'UNE SANCTION SUR LE FONDEMENT DU NON-RESPECT DU CONTENU DE LA CONVENTION

La procédure d'approbation des conventions-types résulte d'une application de la loi et plus précisément du Code de la sécurité sociale (I). Le contenu de la convention nationale acquiert un caractère réglementaire et devient le support d'éventuelles sanctions prises à l'encontre du médecin libéral alors que ce dernier semblait avoir conclu un contrat avec l'assurance maladie (II).

I. FORCE JURIDIQUE DE LA PROCEDURE D'APPROBATION DES CONVENTIONS DONNEE PAR LE CODE DE LA SECURITE SOCIALE

161. Les rapports entre les caisses primaires d'assurance-maladie et les auxiliaires médicaux sont définis par des conventions nationales conclues entre la caisse nationale de l'assurance-maladie des travailleurs salariés et une ou plusieurs organisations syndicales nationales des plus représentatives²⁴³. Entrées en vigueur lors de leur conclusion ou lors d'une tacite reconduction uniquement après approbation par arrêtés interministériels²⁴⁴, ces conventions déterminent les obligations des caisses primaires d'assurance-maladie et celles des auxiliaires médicaux ainsi que les tarifs des honoraires et frais accessoires dus aux auxiliaires médicaux en dehors des cas de dépassements autorisés par la convention. Cette force juridique donnée par la loi aux conventions supporte le dispositif de sanctions prévu à l'encontre des médecins libéraux.

²⁴³ Aux termes de l'article L. 162-9 du Code de la sécurité sociale issu de la loi n° 71-525 du 3 juillet 1971 relative aux rapports entre les caisses d'assurance maladie et les praticiens et auxiliaires médicaux, et modifié par la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires – article 59 (V)

²⁴⁴ Il en est de même de leurs annexes et avenants.

II. NON-RESPECT DU CONTENU DE LA CONVENTION ET SANCTIONS

Le non-respect des dispositions de la convention est le motif d'éventuelles sanctions prises à l'encontre du médecin libéral (§1), alors que les tiers peuvent aussi être concernés (§2).

§1. SANCTIONS A L'EGARD DES PARTIES A LA CONVENTION

La convention est le support de sanctions (A) tandis que la compétence du juge administratif est reconnue pour statuer sur la légalité de ces sanctions (B).

A. La convention comme support de sanctions

162. Les références médicales opposables²⁴⁵ (RMO) et les recommandations de bonne pratique ont été établies par la Haute Autorité de santé (HAS)²⁴⁶ et immédiatement intégrées dans les conventions nationales liant les professionnels de santé aux organismes d'assurance maladie²⁴⁷. Leur complémentarité semble leur donner une force juridique supplémentaire : les références médicales opposables « identifient des soins et des prescriptions médicalement inutiles ou dangereux », tandis que les recommandations de bonne pratique « accompagnent, pour chaque thème, les références opposables »²⁴⁸.

163. Si le terme « opposable » fait référence à la notion de remboursement de l'acte par les organismes de sécurité sociale, le non-respect de ce référentiel fait l'objet de sanctions consistant en une « contribution » à la charge du médecin fautif, assise sur ses revenus professionnels. Cette contribution est recouvrée par les organismes chargés du recouvrement des cotisations du régime général selon les règles et sous les garanties et sanctions applicables au recouvrement des cotisations personnelles d'allocations familiales²⁴⁹.

²⁴⁵ Introduites par la loi n° 93-8 du 4 janvier 1993 et par la sixième convention nationale médicale approuvée par l'arrêté du 25 novembre 1993

²⁴⁶ CSS, article L. 162-12-15

²⁴⁷ CSS, article L. 162-5, 6°

²⁴⁸ G. REBECQ, « Le parcours de soins institué par la loi du 13 août 2004, cinq ans après », *Revue de droit sanitaire et social* 2009, p. 610

²⁴⁹ CSS, article L. 162-5-2

B. Le juge administratif compétent en cas de contestation d'une sanction conventionnelle

164. Les tribunaux administratifs sont demeurés seuls compétents pour connaître des litiges relatifs aux sanctions conventionnelles prononcées par les Caisses à l'égard d'un médecin ²⁵⁰. Le dispositif de sanctions a par exemple été rejeté par le Conseil d'Etat à propos de la convention nationale des médecins généralistes au motif que les sanctions étaient susceptibles d'atteindre un montant excédant la participation des caisses aux cotisations sociales ²⁵¹. Ainsi le médecin libéral, partie à la convention qu'il a signée avec l'assurance maladie, se voit contrôlé et éventuellement sanctionné sur la base juridique d'un règlement et en tant qu'administré.

§2. EFFET JURIDIQUE REGLEMENTAIRE DE CERTAINES DISPOSITIONS A L'EGARD DES TIERS A LA CONVENTION

Le contenu de la convention s'étend dans certains cas aux tiers à la convention (A) alors que la valeur juridique de la convention s'étend au-delà du champ contractuel, en tout cas pour les recommandations de bonne pratique (B).

A. L'extension aux tiers du champ d'application de la convention

165. La force juridique des conventions s'étend au-delà des parties à la convention comme a permis de le vérifier la contestation d'une lettre-réseau de la CNAMTS. Le Conseil national de l'Ordre des médecins avait formé un recours contre une lettre-réseau du directeur général de la CNAMTS qui obligeait les centres de régulation des appels à transmettre à la CNAMTS le nombre d'appels téléphoniques reçus au centre de régulation et le nombre de patients ayant contacté le centre de régulation avant de consulter le médecin de permanence. Pour le Conseil d'Etat, « la circonstance que ces centres de régulation ne sont pas partie à la convention nationale des médecins libéraux ne faisait pas obstacle à l'obligation qui leur est faite de transmettre à la CNAMTS les indications susmentionnées relatives aux appels téléphoniques à des fins de contrôle ». Dans cette même décision, le Conseil d'Etat interprète l'avenant n° 4 à la convention nationale des

²⁵⁰ TC 20 octobre 1997 Albert c. CPAM de l'Aude, *Lebon* p. 536; Soc. 20 décembre 2000, req. n° 99-13737

²⁵¹ CE 10 novembre 2009 Syndicat national de l'industrie pharmaceutique, req. n° 203779

médecins libéraux. Les partenaires conventionnels avaient, à l'article 4 de l'avenant n° 4 à la convention médicale des médecins généralistes et des médecins spécialistes, « fixé les nouveaux taux de rémunération des astreintes, sans indiquer expressément la date à laquelle ces taux seraient applicables ». Pour le Conseil d'Etat les partenaires conventionnels ont entendu subordonner la date d'entrée en vigueur du nouveau régime dans chaque département « à l'intervention dans celui-ci de l'arrêté préfectoral redéfinissant la sectorisation »²⁵². L'application de la convention est ici liée à l'intervention d'un acte administratif unilatéral et les tiers sont aussi concernés.

B. La reconnaissance de la valeur juridique des recommandations de bonne pratique en dehors du champ contractuel

166. La valeur juridique des recommandations de bonne pratique²⁵³ en dehors du champ contractuel a été récemment reconnue par le Conseil d'Etat. Le Conseil national de l'Ordre des médecins a formé une demande en annulation d'un arrêté²⁵⁴ de 2005 en tant qu'il portait homologation de recommandations de bonnes pratiques. Le Conseil de l'Ordre contestait la légalité de l'article L. 1111-9 du Code de la santé publique d'après lequel les modalités d'accès aux informations concernant la santé d'une personne, et notamment l'accompagnement de cet accès, font l'objet de bonnes pratiques établies par l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé et homologuées par arrêté du ministre chargé de la santé.

167. Le Conseil d'Etat a affirmé que les recommandations de bonnes pratiques visent normalement à donner aux professionnels et établissements de santé des indications et orientations pour l'application des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'accès des patients aux informations médicales et n'ont pas en principe, même après leur homologation par le ministre chargé de la santé, le caractère de décision faisant grief. Elles doivent toutefois être regardées comme ayant un tel caractère, tout comme le refus de les retirer, lorsqu'elles sont rédigées de façon impérative. Le Conseil d'Etat a ainsi ouvert la

²⁵² CE 7 mai 2007 Conseil national de l'Ordre des médecins, req. n° 285022

²⁵³ Cf. Titre II, Chapitre I, Section II, I, §1, A

²⁵⁴ Arrêté du 5 mars 2004 portant homologation des recommandations de bonnes pratiques relatives à l'accès aux informations concernant la santé d'une personne, et notamment l'accompagnement de cet accès

possibilité, pour les recommandations de bonnes pratiques, d'avoir une force juridique en fonction de leur contenu ²⁵⁵.

²⁵⁵ CE 26 septembre 2005, req. n° 270234

CONCLUSION CHAPITRE I

168. L'approbation des conventions-types par arrêté leur donne une valeur réglementaire qui entraîne leur soumission au contrôle de légalité du Conseil d'Etat, ainsi qu'une force obligatoire en faveur de l'assurance maladie. Le non-respect de dispositions de la convention ne peut en théorie entraîner de sanctions qu'à l'égard d'une seule partie au contrat signé, même si le champ d'application de la convention semble dépasser les seuls signataires. L'originalité des relations entre l'assurance maladie et les médecins libéraux tient à la force normative donnée par l'approbation des conventions par arrêté, avant que chaque médecin libéral n'y adhère individuellement par contrat.

CHAPITRE II. CONVENTIONNEMENT ET CLAUSES ABUSIVES

Le lien entre libertés fondamentales et clause abusive apparaît dans les conventions-types proposées aux médecins libéraux (Section I) tout comme le lien entre ordre public et clauses abusives (Section II).

SECTION I. LE LIEN ENTRE LIBERTES FONDAMENTALES ET CLAUSES ABUSIVES

169. Les principes déontologiques fondamentaux ont été énoncés dès la mise en place des conventions entre Caisses d'assurance maladie et syndicats représentatifs de médecins : libre choix du médecin par un malade, liberté de prescription du médecin, secret professionnel, paiement direct des honoraires par le malade, liberté d'installation du médecin²⁵⁶. Les clauses des conventions-types doivent respecter ces libertés fondamentales. Si elles ne le font pas, la question se pose de savoir si elles peuvent être qualifiées de clauses abusives. Les principaux risques semblent concerner l'atteinte à la liberté d'installation (I), l'atteinte à la liberté thérapeutique (II) et enfin l'atteinte au principe du libre choix par le patient de son médecin (III)

I. LE RISQUE D'ATTEINTE PAR UNE CLAUSE DE LA CONVENTION A LA LIBERTE D'INSTALLATION

170. La liberté d'installation des médecins s'inscrit dans le cadre du respect de la liberté d'exercice et de l'indépendance professionnelle et morale des médecins²⁵⁷. Elle se situe aussi entre liberté d'entreprendre et liberté d'établissement²⁵⁸. Certes, le Conseil Constitutionnel n'a pas encore été mis en mesure de se prononcer sur la liberté

²⁵⁶ Loi n° 71-525 du 3 juillet 1971 relative aux rapports entre les caisses d'assurance maladie et les praticiens et auxiliaires médicaux

²⁵⁷ Loi n° 71-525 du 3 juillet 1971 relative aux rapports entre les caisses d'assurance maladie et les praticiens et auxiliaires médicaux

²⁵⁸ F. JORNET, « Le droit applicable à l'installation des professionnels de santé libéraux sur un territoire », *Revue de droit sanitaire et social* 2009, p. 108

d'entreprendre des professionnels de santé, mais rien ne permet a priori d'affirmer qu'il ne procéderait pas au rappel de cette même règle à leur propos. Le Conseil Constitutionnel a en tout cas récemment réaffirmé le principe selon lequel la liberté d'entreprendre découle « de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »²⁵⁹.

171. Cette affirmation est nuancée par le caractère non absolu de cette liberté, le législateur pouvant y apporter « des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi »²⁶⁰. L'article 168 du TUE²⁶¹ dispose que « l'action de la Communauté dans le domaine de la santé publique respecte pleinement les responsabilités des États membres en matière d'organisation et de fourniture de services de santé et de soins médicaux ».

172. La liberté d'installation peut aussi être rapprochée de la liberté d'établissement affirmée à l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TUE)²⁶² :

Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre.

La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux.

173. Ainsi la liberté d'installation doit être conciliée avec d'autres impératifs et est susceptible de connaître une atteinte abusive par certaines mesures assorties de sanctions. Les mesures incitatives pour résorber les zones sous-médicalisées (§1) sont complétées par des mesures coercitives (§2).

²⁵⁹ CC 16 juillet 2009, n° 2009-584 DC, Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, JO 22 juillet 2009, p. 12244

²⁶⁰ CC 16 juillet 2009, n° 2009-584 DC, Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, JO 22 juillet 2009, p. 12244

²⁶¹ Ex-article 152 TCE

²⁶² Ex-article 43 TCE

§1. LES MESURES INCITATIVES POUR RESORBER LES ZONES SOUS-MEDICALISEES

174. De telles mesures sont prises pour faire face aux importantes disparités territoriales d'offre de soins et à la diminution de la densité médicale apparue depuis les années 2000 ²⁶³. Globalement la France dispose encore d'un nombre important de médecins généralistes, mais le nombre de nouveaux médecins demeure pratiquement stable (+0,5 %) alors que les départs à la retraite sont en nette augmentation (+3,4 %) ²⁶⁴. Au 1^{er} janvier 2007, selon les chiffres publiés par l'Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques (INSEE), la France comptait 101 549 généralistes et 106 642 spécialistes, soit un total de 208 191 médecins. Cependant selon les dernières projections de la DREES ²⁶⁵ le nombre de médecins devrait diminuer de près de 10 % dans les dix ans à venir, pour s'établir à 188 000 en 2019 ²⁶⁶.

175. Or 2 566 000 Français (4 % de la population) vivent dans des zones sous-médicalisées où la densité de médecins est inférieure d'au moins 30 % à la moyenne nationale ²⁶⁷. L'article L. 162-47 du Code de la sécurité sociale dispose qu'une Mission régionale de santé ²⁶⁸ (MRS) définit les zones sous médicalisées « en fonction de critères démographiques, géographiques, d'activité économique et d'existence d'infrastructures de transport ». La décision délimitant ces zones est « soumise à l'approbation du directeur général de l'Union des caisses d'assurance maladie et des ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale ». Sur instruction ministérielle, la MRS a actualisé en 2007 la liste de

²⁶³ B. DORMONT et A.-L. SAMSON, Démographie médicale et carrières des médecins généralistes : les inégalités entre générations, Rapport de l'INSEE, Janvier 2009, n° 414

²⁶⁴ P. AMBROISE-THOMAS, « La démographie médicale, Prévoir et maîtriser son évolution. Assurer une meilleure répartition de l'offre de soins sur l'ensemble du territoire national », *Rapport de l'Académie nationale de médecine au nom de sa commission XVI* (Exercice médical en milieu libéral) adopté le 17 février 2009

²⁶⁵ DREES : Direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques

D'après le décret n° 2000-685 du 21 juillet 2000 relatif à l'organisation de l'administration centrale du ministère de l'emploi et de la solidarité et aux attributions de certains de ses services la DREES en matière de santé et de solidarité exerce, en liaison avec les autres services du ministère et les organismes placés sous sa tutelle, ses compétences dans les domaines de la santé, de l'action sociale et de la protection sociale

²⁶⁶ « Démographie médicale et répartition géographique des soins », Site de l'INSEE mis à jour en mars 2009

²⁶⁷ R. PELLET, « Assurance maladie et territoires », *Revue de droit sanitaire et social* 2009, p. 38

²⁶⁸ Créé par la loi du 13 août 2004 et constituée entre l'agence régionale de l'hospitalisation et l'union régionale des caisses d'assurance maladie

ces zones, fixant leur nombre à 20²⁶⁹. Ces mesures sont principalement incitatives, mais nécessitent des garanties pour le maintien de la liberté d'installation des médecins. Elles consistent en des aides fiscales (A) mais aussi en des mesures d'aide à l'installation ou au maintien des professionnels (B).

A. Les aides fiscales

176. Les aides fiscales dont il s'agit ne semblent pas comporter de risques d'atteinte à la liberté d'installation des médecins libéraux, en ce qu'elles constituent des mesures voulues comme attractives mais pas coercitives. Elles s'accompagnent en revanche d'une série de mesures de rétorsion à l'encontre des professionnels qui décident de s'installer en zone surmédicalisée.

177. Des exonérations de l'impôt sur le revenu sont prévues²⁷⁰ pour les rémunérations perçues dans le cadre de la permanence des soins dans la limite de 60 jours par an, dans les zones où est constaté un déficit en matière d'offre de soins²⁷¹. Des exonérations de taxes professionnelles sont aussi accordées pendant 5 ans, sous certaines conditions, pour les zones de revitalisation rurales²⁷². En application de l'article 1464 D du Code général des impôts cette exonération peut être instaurée par une délibération de portée générale des collectivités territoriales et des EPCI²⁷³ à fiscalité propre pour les médecins et les auxiliaires médicaux qui s'établissent ou se regroupent dans une commune de moins de 2 000 habitants ou située en zone de revitalisation rurale. Les médecins qui s'installent en zone de revitalisation rurale ou en zone franche urbaine sont exonérés de la taxe foncière sur les propriétés bâties pendant 3 à 5 ans²⁷⁴. Enfin les professionnels de santé exerçant à titre libéral depuis le 1^{er} janvier 2004 bénéficient d'une exonération d'impôt sur les bénéfices²⁷⁵.

²⁶⁹ Avenant A à l'arrêté du 12 décembre 2005, Question écrite n° 03492 de M. Claude Biwer (Meuse - UC), *Zones éligibles aux aides nationales à l'installation de médecins* publiée dans le JO Sénat du 21 février 2008 – p. 323

²⁷⁰ CSP, article L. 6314-1

²⁷¹ Zones définies en application de l'article L. 162-47 du Code de la sécurité sociale

²⁷² Loi n° 2005-157 du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux

²⁷³ EPCI : Etablissement public de coopération intercommunale

²⁷⁴ Article 23 de la loi n° 2005-157 du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux

²⁷⁵ Article 44 sexies du Code général des impôts [article 7]

B. Les mesures d'aide à l'installation ou au maintien des professionnels²⁷⁶

Les mesures passent par l'option conventionnelle (1) mais aussi des clauses locales particulières (2).

1. L'option conventionnelle

178. Une option conventionnelle participe à ce mécanisme d'exonération. Mise en place par l'Avenant n° 20 à la Convention nationale de 2005²⁷⁷, elle favorise l'installation et le maintien des médecins généralistes en zones déficitaires, dans le cadre desquelles les honoraires des médecins exerçant dans ces zones en cabinet de groupe ou en maisons médicales pluridisciplinaires pourront être majorés de 20 % par le biais d'une rémunération forfaitaire annuelle. D'après cette convention, les médecins concernés sont les médecins généralistes exerçant dans un secteur à honoraires opposables.

179. Cette exonération est ensuite liée au dispositif du médecin traitant et a été mise en place par un décret du 2 janvier 2006²⁷⁸. Les pénalités dues par un patient hors parcours de soins²⁷⁹ ne s'appliquent pas dans les zones sous médicalisées.

2. Les clauses locales particulières

180. L'aménagement des conventions nationales par des « clauses locales particulières »²⁸⁰ permet de faire face de manière conventionnelle aux problèmes de densité médicale. Des contrats de bonne pratique²⁸¹ (« Exercice en milieu rural », « Exercice en station de sports d'hiver » ou « Exercice en zones franches urbaines ») et des accords de bon usage²⁸² peuvent être conclus à un échelon national ou régional par les

²⁷⁶ R. PELLET,, « Assurance maladie et territoires », *Revue de droit sanitaire et social* 2009, p. 38,

²⁷⁷ Avenant n° 20 à la Convention Nationale organisant les rapports entre les médecins libéraux et l'Assurance Maladie signée le 12 janvier 2005

²⁷⁸ Décret n° 2006-1 du 2 janvier 2006 pris en application de l'article L. 162-5-4 du Code de la sécurité sociale

²⁷⁹ C'est-à-dire qui consulte un médecin sans prescription préalable de son médecin traitant et qui ne relève pas d'un protocole de soins, ou qui n'a pas choisi un médecin traitant un médecin qui s'installe ou exerce dans un centre de santé nouvellement agréé dans une zone sous médicalisée

²⁸⁰ Conformément à l'article L. 162-5 du Code de la sécurité sociale

²⁸¹ CSS, article L. 162-12-18

²⁸² CSS, article L. 162-12-17

professionnels de santé et l'Assurance maladie. Pour les zones rurales les obligations d'un médecin signataire seront d'une part de ne pas cesser son activité ou changer de lieu d'implantation, hormis en cas de force majeure et d'autre part de participer à une action de formation professionnelle conventionnelle centrée sur des problématiques rurales pendant au moins 2 jours. En contrepartie l'Assurance maladie verse au médecin un complément de rémunération de 300 euros par jour de remplacement sous réserve du respect des engagements et dans la limite de 10 jours par an.

§2. LES MESURES COERCITIVES POUR EMPECHER L'INSTALLATION DE PROFESSIONNELS DE SANTE DANS LES ZONES SURMEDICALISEES

Les mesures résultent de la tentative des pouvoirs publics de mieux réguler l'installation des médecins libéraux (A) alors que la question de la mise en place d'un véritable dispositif coercitif reste en suspens (B). Les mesures coercitives ne semblent donc pas issues des conventions-types.

A. La tentative des pouvoirs publics de mieux réguler l'installation des professionnels de santé

Le choix du lieu d'exercice des médecins est contrôlé par les Caisses d'assurance maladie (1) comme pour d'autres professions de santé libérale (2).

1. Les contrôles effectués a posteriori par les Caisses de sécurité sociale sur le lieu d'installation des médecins libéraux

Le contrôle s'effectue à partir de la notion de lieu habituel d'exercice (a) et sous le contrôle du juge judiciaire (b).

a. Le lieu d'activité du médecin établi par référence à la notion de lieu habituel d'exercice

181. La Convention de 2005 souligne que la baisse de la densité médicale accroît l'importance d'une politique de régulation pour l'installation des médecins sur le territoire afin d'atténuer l'inégale répartition des médecins et l'inégalité d'accès aux soins. Le Code de la santé publique définit le lieu habituel d'exercice d'un médecin à partir de la résidence

professionnelle au titre de laquelle il est inscrit sur le tableau du conseil départemental de l'ordre²⁸³. Le Code de la sécurité sociale prévoit en outre que les consultations sont données au cabinet du praticien, sauf lorsque l'assuré ne peut se déplacer en raison de son état²⁸⁴. Si le médecin souhaite exercer son activité professionnelle sur un ou plusieurs sites distincts de sa résidence professionnelle habituelle apparaît alors une restriction à sa liberté d'installation. Le Code de la santé publique énonce que cette possibilité est soumise à certaines conditions dont la carence ou l'insuffisance de l'offre de soins ou la nécessité d'un environnement adapté ou l'utilisation d'équipements particuliers. L'ouverture d'un lieu d'exercice distinct requiert aussi l'autorisation préalable du conseil départemental de l'ordre dans le ressort duquel se situe à l'activité envisagée.

b. Le contrôle du juge judiciaire sur les décisions des Caisses d'assurance maladie

182. Le médecin qui exerce une activité professionnelle sans répondre à ces conditions est susceptible d'être sanctionné par la Caisse primaire d'assurance maladie. Un recours est alors possible devant la Commission de recours amiable de la Caisse puis devant le Tribunal des affaires de sécurité sociale. La Caisse demande en effet dans ce cas le remboursement des actes pris en charge « indûment ». La sévérité de cette mesure de restriction à l'installation d'un médecin est mise en évidence par l'interprétation qu'en fait la jurisprudence. Le TASS de Strasbourg a par exemple jugé qu'une « faute involontaire peut être retenue de nature à justifier sur le fondement de l'article 1383 du Code civil le remboursement sollicité par la Caisse »²⁸⁵.

2. Approche comparée avec la situation des chirurgiens-dentistes ainsi que les infirmiers et infirmières

Tout comme les médecins, les chirurgiens-dentistes doivent faire une demande préalable d'installation (a) tandis que le nombre d'infirmiers et infirmières a été gelé dans les zones surdotées (b).

²⁸³ CSP, article R. 4127-85

²⁸⁴ CSS, article L. 162-3

²⁸⁵ TASS de Strasbourg, Dr Jean-Michel Nuss c. CPAM de l'Alsace du Nord, 20 décembre 2006, dossier n° 20500900

a. La demande préalable à l'installation des chirurgiens-dentistes dans les zones surdotées

183. Par comparaison²⁸⁶ la limitation géographique de l'exercice des chirurgiens-dentistes fait référence à la notion de « lieux habituels d'exercice » et envisage des cas de dérogations à l'unicité du lieu d'exercice en cas de carence ou insuffisance de l'offre de soins préjudiciable aux besoins des patients ou à la permanence des soins ou lorsque les investigations et les soins entrepris nécessitent un environnement adapté, l'utilisation d'équipements particuliers, la mise en œuvre de techniques spécifiques ou la coordination de différents intervenants.

184. L'ouverture d'un lieu d'exercice distinct doit faire l'objet, comme pour les médecins, d'une demande spécifique qui est adressée au conseil départemental dans le ressort duquel se situe l'activité envisagée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Cette lettre est accompagnée de toutes les informations utiles sur les conditions d'exercice. Si ces informations sont insuffisantes, le conseil départemental demande des précisions complémentaires. Le conseil départemental au tableau duquel le chirurgien-dentiste est inscrit est informé de la demande lorsque celle-ci concerne une demande située dans un autre département. L'autorisation est délivrée par le conseil départemental dans un délai de trois mois à compter de la date de réception du dossier de demande d'autorisation ou, sur recours, par le Conseil national, qui statue dans les mêmes conditions. L'autorisation est personnelle et incessible.

185. Ces entraves à la liberté d'installation ou d'établissement des médecins ou des chirurgiens-dentistes libéraux sont naturellement susceptibles de recours, le Code de la santé publique envisageant la possibilité d'un recours contentieux des chirurgiens-dentistes contre les décisions de refus ou d'abrogation d'autorisation. Ce recours n'est recevable qu'à la condition d'avoir été précédés d'un recours administratif devant le Conseil national de l'ordre.

b. Le « gel » du nombre d'infirmiers et infirmières dans les zones sur dotées

186. Les médecins libéraux ne sont pas les seuls à subir un traitement contraignant. Il suffit d'observer le sort réservé aux infirmiers libéraux. Les dispositions prises pour contrôler l'installation des infirmiers libéraux sont coercitives dès le stade du choix du lieu

²⁸⁶ CSP, article R. 4127-270

initial d'installation. Les accords (une convention ²⁸⁷ et un protocole ²⁸⁸) signés le 22 juin 2007 entre l'assurance maladie et les infirmiers libéraux prévoient de geler le nombre d'infirmiers libéraux dans 250 zones considérées comme sur dotées et qui regroupent environ 7 000 professionnels (soit environ 13 % du total).

187. Dans les zones très sous-dotées en infirmiers libéraux sont proposées des mesures d'incitation à l'installation et au maintien en exercice libéral. Un infirmier qui souhaite travailler dans une zone sous-dotée recevra des aides financières pendant trois ans. En contrepartie, les syndicats ont obtenu des avantages pour les infirmiers installés dans les zones sous-dotées ²⁸⁹. Les infirmiers bénéficieront d'une prise en charge de leurs cotisations d'allocations familiales et d'une aide à l'investissement de 3 000 euros par an. Au moment de la signature de l'accord les 70 000 infirmiers libéraux ²⁹⁰ ont bénéficié d'une revalorisation des tarifs des actes de la profession. La liste des actes pratiqués a été modifiée, augmentant les possibilités de vaccinations réalisées par les infirmiers ²⁹¹ et un Haut Conseil des professions paramédicales a été installé ²⁹². Ces compensations peuvent être vues comme des gratifications obtenues par les syndicats, mais au prix d'une atteinte définitive à la liberté d'installation des infirmiers libéraux, un retour en arrière étant difficilement envisageable.

188. L'avenant n° 1 à la convention de 2007 a limité la liberté d'installation des infirmiers et infirmières ²⁹³ à compter d'avril 2009. Conformément à l'accord signé en

²⁸⁷ Convention approuvée par l'arrêté du 18 juillet 2007 portant approbation de la convention nationale destinée à régir les rapports entre les infirmières et les infirmiers libéraux et les organismes d'assurance maladie, publié au Journal officiel du 25 juillet 2007

²⁸⁸ Protocole d'accord entre l'UNCAM et les syndicats représentatifs des infirmières et infirmiers libéraux

²⁸⁹ A l'article 1.3.1, a) de l'avenant n° 1 à la convention de 2007

²⁹⁰ Source : DRESS, Nombre d'infirmiers libéraux au 1^{er} janvier 2008, Clefs libérales 2008/II-1.2.4. Par comparaison le nombre d'infirmiers libéraux au 1^{er} janvier 2005 était de 62700 (source : DRESS, Clefs libérales 2006/2^{ème} partie/II-1/II-1.2.4)

²⁹¹ Décret n° 2008-877 du 29 août 2008 relatif aux conditions de réalisation de certains actes professionnels par les infirmiers ou infirmières, Décret n° 2008-878 du 29 août 2008 relatif à la prise en charge par l'assurance maladie de certains vaccins inscrits sur la liste des spécialités pharmaceutiques remboursables aux assurés sociaux et Arrêté du 29 août 2008 fixant la liste des personnes pouvant bénéficier de l'injection du vaccin antigrippal effectuée par l'infirmière selon les modalités prévues à l'article R. 4311-5-1 du Code de la santé publique

²⁹² Décret n° 2007-974 du 15 mai 2007 relatif au Haut Conseil des professions paramédicales

²⁹³ Cet avenant n°1 a été conclu le 4 septembre 2008 entre, d'une part, l'Union nationale des caisses d'assurance maladie et, d'autre part, l'ensemble des syndicats représentatifs des infirmières libérales (Convergence infirmière, FNI, ONSIL et SNIIL), approuvé par l'arrêté du 17 octobre 2008, et publié au JO du 18 octobre 2008

septembre 2008 entre les quatre syndicats de la profession²⁹⁴, l'accès au conventionnement dans les zones surdotées en infirmiers libéraux ne peut intervenir que si une infirmier cesse définitivement son activité dans la zone considérée et qu'un autre infirmier demande un conventionnement dans la zone considérée, compte tenu de ce départ. La demande de conventionnement dans une zone sur dotée fait intervenir les organismes locaux d'assurance maladie²⁹⁵. L'infirmier doit adresser sa demande de conventionnement à la CPAM dans le ressort géographique de laquelle se situe le lieu d'installation envisagé, et préciser « les possibilités d'intégration de son activité au regard des professionnels déjà installés dans la zone considérée ». Le directeur de la CPAM saisit pour avis la Commission paritaire départementale (CPD) de la demande de conventionnement et informe l'infirmier de cette saisine. La CPD rend un avis dans un délai de 30 jours, peut demander des « compléments d'information » et « demander à entendre l'infirmier » qui peut lui-même demander à être entendu. Dans un délai de 15 jours après l'avis de la cette commission, le directeur de la CPAM rend une décision bien sûr susceptible de recours.

189. Le « gel » du nombre d'infirmiers libéraux instauré par une convention semble porter atteinte à la liberté d'installation. Il en serait de même si une telle mesure était prise à l'encontre des médecins libéraux.

B. La mise en place d'un véritable dispositif coercitif pour réguler l'installation des médecins libéraux

190. Le refus catégorique des médecins de se voir appliquer de telles restrictions a empêché les tentatives de réformes, mais le problème demeure, tout comme l'interrogation de la légalité d'une atteinte à leur liberté d'installation. Le projet de loi pour le financement de la sécurité sociale pour 2008 prévoyait initialement des mesures coercitives à l'encontre de médecins qui s'installeraient dans une zone surmédicalisée. Ces mesures prenaient la forme d'une adaptation des règles de conventionnement aux besoins du territoire. L'opposition des internes en médecine a fait obstacle à l'adoption de ces dispositions, mais cette idée reste en 2010 au cœur des débats sur la régulation de la densité médicale²⁹⁶. La

²⁹⁴ Convergence infirmière, FNI, Onsil, Sniil, et l'assurance-maladie

²⁹⁵ D'après l'article 1.3.1, d) de l'avenant n°1 à la convention de 2007

²⁹⁶ Amendement n° 450 modifiant l'article 33 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2008

question de la légalité d'un tel dispositif au regard du droit communautaire se pose (1) alors que de procédures de réquisition existent déjà pour garantir la permanence des soins dans une perspective de continuité du service public (2).

1. La légalité d'un dispositif coercitif au regard du droit communautaire

191. Le principe du respect de la liberté d'installation des professionnels de santé doit être rapproché de celui de la liberté d'entreprendre et de la liberté d'établissement, définis notamment par le Conseil Constitutionnel et la Cour de justice des communautés européennes (CJCE), cette dernière au travers des critères de justification d'atteinte à la liberté d'établissement²⁹⁷. Pour la CJCE le pouvoir d'appréciation des Etats membres a été pris en considération dans le cadre de l'examen de la justification de la restriction à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services causée par la législation nationale en cause²⁹⁸. Quatre conditions doivent cependant être remplies : absence de discrimination, justification par des raisons impérieuses d'intérêt général, mesures propres à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et proportionnées à cet objectif.

2. Les mesures coercitives pour pallier à l'insuffisance de médecins

192. Le Code de la santé publique dispose qu'il est du devoir du médecin de participer à la permanence des soins dans le cadre des lois et des règlements qui l'organisent²⁹⁹. Après avoir examiné les conditions imposant la participation à la permanence des soins, nous verrons à quelles sanctions s'expose un médecin qui refuse de s'y soumettre.

193. L'obligation de participer à la permanence des soins doit être avant tout nuancée puisqu'elle est basée sur le principe du volontariat³⁰⁰. Elle est assortie de dérogations « pour tenir compte de l'âge, de l'état de santé et éventuellement des conditions d'exercice de certains médecins ». Les juges administratifs semblent cependant avoir une vision restrictive des possibilités de dérogation. L'annulation de la décision par laquelle le Conseil national de l'Ordre a refusé d'exempter un médecin de l'obligation de

²⁹⁷ CJCE 11 septembre 2008, Commission c. Allemagne, aff. C/141/07

²⁹⁸ CJCE 6 mars 2007, Placanica, aff. C-338/04, C-359/04 et C-360/04, *Rec.* p. I-1891, points 47 et 48

²⁹⁹ CSP, article R. 4127-77 ; Code de déontologie médicale, article 77

³⁰⁰ CSP, article R. 6315-4

participer au tour de garde ne peut pas être demandée au motif d'un nombre élevé de gardes effectué pendant la saison hivernale ³⁰¹.

194. Dans un autre domaine les conditions d'exercice d'un médecin généraliste qui se prévaut de ce que sa pratique professionnelle est orientée vers l'acupuncture, l'homéopathie et les médecines manuelles, ne sont pas susceptibles de justifier une exemption du tour de garde. Le Conseil national de l'Ordre des médecins n'a entaché sa décision ni d'une erreur de droit, ni d'une erreur d'appréciation des circonstances de l'espèce lorsqu'il a rejeté la requête tendant à l'annulation d'une décision par laquelle le Conseil départemental de l'Ordre des médecins a refusé de l'exempter du tour de garde ³⁰².

195. Le médecin peut participer à la permanence des soins de trois manières. Le droit commun indique que le médecin est inscrit sur le tableau de permanence élaboré par le conseil départemental de l'Ordre. Il peut aussi être volontairement de garde sans être inscrit sur le tableau de permanence établi par le Conseil de l'Ordre. Enfin, il peut être réquisitionné. En pratique, le dispositif coercitif existant en cas de carence de médecins remet en cause le système du volontariat. La méconnaissance de l'obligation de participer à la permanence des soins peut être la cause d'une sanction, sans préjudice d'une éventuelle mise en cause du médecin devant le juge pénal si la défaillance du médecin peut être qualifiée soit de mise en danger délibérée ³⁰³, soit de faute d'imprudence ³⁰⁴. S'agissant des réquisitions, le préfet peut toujours procéder aux réquisitions nécessaires afin d'assurer la mission d'intérêt général de permanence des soins. Le Préfet peut requérir les médecins sur la base de l'article L. 2215-1-4 du Code général des collectivités territoriales ou sur le fondement de l'ordonnance du 6 janvier 1959 relative à la réquisition des biens et services ³⁰⁵. La garantie d'effectivité de la continuité permet donc d'exercer une contrainte de puissance publique sur un certain nombre de médecins ³⁰⁶, alors que cette solution semble heurter les principes de l'exercice libéral de la médecine.

³⁰¹ CE 24 novembre 2006, req. n° 285256

³⁰² CE 29 décembre 2004, req. n° 263157

³⁰³ Code pénal, article 223-1

³⁰⁴ Code pénal, articles 121-3, 221-6 et 221-19

³⁰⁵ Ordonnance n° 59-63 du 6 janvier 1959 relative aux réquisitions de biens et de services

³⁰⁶ M. DEL SOL, « Médecine libérale et permanence des soins de ville », *RDS* 2004 p. 261

196. Là encore, les contraintes imposées au médecin libéral ne résultent pas de la convention qu'il a signée mais de la loi. Elles sont en lien avec les exigences de continuité du service public et donc de permanence des soins.

II. LE RISQUE D'ATTEINTE A L'EXERCICE LIBRE DE LA PROFESSION DE MEDECIN

L'exercice libre de la profession de médecin consiste dans la liberté thérapeutique du médecin lorsqu'il soigne un malade (§1) mais aussi dans la liberté d'organisation de son activité (§2).

§1. LA LIBERTE THERAPEUTIQUE DU MEDECIN LIBERAL

Affirmée dans le Code de la santé publique (A), la liberté thérapeutique fait l'objet de mesures restrictives au nom de la maîtrise des dépenses de santé (B).

A. L'affirmation de la liberté thérapeutique dans le Code de la santé publique

197. La liberté thérapeutique doit être distinguée de la liberté de prescription car elle recouvre aussi bien les actes de soins et de médicaments prescrits par le médecin, que les actes qu'il effectue lui-même. L'article L. 1110-1³⁰⁷ du Code de la santé publique reconnaît que le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en œuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne, tandis que l'article L. 1110-5³⁰⁸ encadre la liberté thérapeutique du médecin en affirmant que toute personne a, compte tenu de son état de santé de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées. Les actes de prévention, d'investigation ou de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, faire courir au patient de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté. Le Code de la santé publique définit la liberté thérapeutique en fonction des besoins et de la sécurité du patient.

³⁰⁷ Créé par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 – article 3 JORF 5 mars 2002

³⁰⁸ Modifié par la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 – article 1^{er} et 2 JO 23 avril 2005

198. Inscrite à l'article L. 162-2 du Code de la sécurité sociale et aux articles 8³⁰⁹ et 70³¹⁰ du Code de déontologie³¹¹, la liberté de prescription permet au médecin de pratiquer tous les actes de diagnostic, de prévention ou de traitement et a pour corollaire la responsabilité personnelle du praticien, notamment au regard des données actuelles de la science³¹².

B. Les restrictions apportées à la liberté thérapeutique au nom de la maîtrise des dépenses de santé

Au nom de la maîtrise des dépenses de santé (1) a lieu un contrôle des prescriptions médicales (2) mais aussi l'édition de recommandations de bonne pratique (3).

1. L'objectif général de maîtrise des dépenses de santé par le biais d'un contrôle des prescriptions médicales

199. Dans la dernière Convention nationale de 2005 la partie relative à la maîtrise médicalisée des dépenses se place dans la perspective générale de parvenir à une inflexion significative des dépenses de remboursement de certains produits de santé dès lors que, en comparaison avec des pays comparables au plan sanitaire, les évolutions constatées apparaissent manifestement sans rapport avec des besoins de santé³¹³. La maîtrise des dépenses de santé ne passe pas ici par une atteinte directe à la liberté de prescription.

2. Le contrôle des actes de prescription des médecins libéraux par les médecins conseils

Des restrictions à la liberté thérapeutique sont apparues afin de réduire les dépenses d'assurance maladie (a) mais aussi pour des raisons de sécurité du patient (b).

³⁰⁹ CSP, article R. 4127-8

³¹⁰ Inscrit à l'article R. 4127-70 du Code de la santé publique

³¹¹ CSP, articles R. 4127-1 à R. 4127-112

³¹² M. HARICHAUX, « Responsabilité du médecin, art. 1382 à 1386 », *Juris-Classeur Santé*, fasc. 440-5 ; J. PENNEAU, « La prescription médicale », in *La responsabilité civile du médecin*, PUAM, 1993, p. 29

³¹³ Convention nationale des médecins généralistes et des médecins spécialistes du 12 janvier 2005 et approuvée par l'arrêté du 3 février 2005 portant approbation de la convention nationale des médecins généralistes et des médecins spécialistes

a. La réduction des dépenses de santé

200. Le Conseil d'Etat ³¹⁴ a eu à statuer sur la légalité d'un arrêté approuvant une convention médicale ³¹⁵. Dans la convention litigieuse, les parties signataires décidaient d'organiser la maîtrise concertée des dépenses de santé, chargeaient le médecin-conseil d'apporter une maîtrise à la contribution des dépenses et, en cas de carence de comités médicaux paritaires ³¹⁶, confiaient aux médecins-conseils le soin d'assurer les travaux de ces organismes et tendaient à mettre en œuvre le principe posé dans le Code de la sécurité sociale ³¹⁷ selon lequel les médecins sont tenus, dans toutes leurs prescriptions, d'observer dans le cadre de la législation et de la réglementation en vigueur, « la plus stricte économie compatible avec l'efficacité du traitement ».

201. Le Conseil d'Etat a considéré que ces dispositions n'ont ni pour objet ni pour effet de dispenser les médecins des obligations qui leur incombent en vertu du Code de déontologie médicale, ne portent dès lors pas atteinte à la liberté de prescription et ne posent pas, illégalement, un nouveau principe fondamental de la sécurité sociale. De plus, s'il appartient à la juridiction disciplinaire d'apprécier le caractère suffisamment éprouvé d'un procédé ou d'un remède elle doit, pour ce faire, examiner l'ensemble des données scientifiques propres à établir sa conviction. Il n'en est pas ainsi lorsqu'elle fonde sa conviction sur le fait que ni l'efficacité ni l'innocuité des médicaments prescrits n'avaient été établies en France, sans rechercher quelle est l'opinion de la Communauté scientifique internationale dont les travaux sont invoqués devant elle. D'un point de vue pécuniaire, lorsque la Caisse réclame au praticien la différence entre le coût du produit utilisé et le coût d'un autre produit, le juge ne peut faire droit à la contestation du praticien qu'en précisant

³¹⁴ CE 17 novembre 1982, req. n° 27574

³¹⁵ 3^{ème} Convention nationale du 29 mai 1980, approuvée par l'arrêté du 5 juin 1980 portant approbation de la convention conclue entre, d'une part, la caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés et conjointement la caisse centrale de secours mutuels agricoles et la caisse nationale d'assurance maladie et maternité des travailleurs non salariés des professions non agricoles et, d'autre part, la Fédération des médecins de France

³¹⁶ D'après l'article L. 162-12-16 du Code de la sécurité sociale, les conventions passées entre les médecins et l'assurance maladie instituent un comité médical paritaire local composé pour moitié de représentants des caisses et pour moitié de représentants des organisations syndicales de médecins liées par convention avec des organismes d'assurance maladie. Ce comité est chargé notamment d'instruire les dossiers qui lui sont soumis concernant le respect des références médicales opposables mentionnées à l'article L.162-5 du Code de la sécurité sociale. Le comité médical paritaire local entend le médecin mis en cause et se prononce par un vote. Dans les faits le comité médical paritaire semble avoir un rôle réduit à l'émission d'avis sur les conditions d'application d'une convention nationale au niveau départemental.

³¹⁷ A l'article L. 162-2-1 créé par l'Ordonnance n° 96-345 du 24 avril 1996 – article 17 (V) JO 25 avril 1996

en quoi sa prescription pouvait se justifier par la seule condition d'efficacité du traitement ³¹⁸. Cette appréciation se fait pour chaque prescription en cause en fonction de son efficacité propre et non en fonction du nombre d'actes incriminés ³¹⁹.

202. Dans le même sens la Convention nationale des médecins de 2002 a mis en place l'obligation aux médecins conventionnés de prescrire en dénomination commune en générique, sauf dans le cas où, dans l'exercice de sa liberté de prescription, le médecin estime qu'une spécialité pharmaceutique donnée est la seule adaptée au traitement de l'affection en cause ³²⁰. Pour le Conseil d'Etat le non-respect de l'obligation est susceptible de justifications d'ordre médical que le médecin doit pouvoir exposer à une instance susceptible d'en apprécier le bien-fondé avant le prononcé d'une sanction éventuelle ³²¹.

203. Un autre exemple concerne les méthodes employées par un médecin libéral. La sanction d'avertissement a été prononcée par la Chambre disciplinaire nationale de l'Ordre des médecins à l'encontre d'un médecin qui avait utilisé une « méthode insuffisamment éprouvée et coûteuse » ³²². Dans cette affaire la chambre disciplinaire d'un conseil départemental de l'ordre des médecins s'est fondée sur « l'Avis de l'Académie nationale de médecine » à propos de la méthode médicale employée par le requérant, malgré les témoignages contraires de patients et de confrères. Dans le même sens, la Section des assurances sociales a condamné un médecin qui avait recours à une pratique médicale dont la « valeur scientifique et thérapeutique » n'était pas établie. En l'espèce cette pratique relevait de « procédés illusoires ou insuffisamment éprouvés », même si le requérant soutenait que cette pratique était dans le Vidal et qu'il existait un diplôme inter-universitaire dans ce domaine ³²³.

³¹⁸ Soc. 21 février 2002 CPAM des Hauts de Seine c. Meillaud, req. n° 00-14589

³¹⁹ Soc. 14 mars 2002, req. n° 00-14588, GP 20 juillet 2002 n° 201

³²⁰ Article 4 de l'avenant du 14 juin 2002 l'arrêté interministériel du 28 juin 2002 portant approbation d'un avenant à la convention nationale des médecins généralistes, JO 29 juin 2002 n° 150, p. 11215

³²¹ CE (1^{ère} et 2^{ème} sous-section) 28 mai 2003 Conseil national de l'Ordre des médecins, req. n° 249527, JCP 2003 ed. A.1738, note G. Chavrier

³²² Chambre disciplinaire nationale de l'Ordre des médecins, 9 avril 2009, n° 10138

³²³ Section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des médecins, 14 novembre 2006, n° 4176

b. La sécurité du patient

204. La deuxième entorse à la liberté de prescription tient à des raisons de sécurité. L'article L. 5125-23 du Code de la santé publique dispose que le pharmacien ne peut délivrer un médicament ou produit autre que celui qui a été prescrit, ou ayant une dénomination commune différente de la dénomination commune prescrite, qu'avec l'accord exprès et préalable du prescripteur, sauf en cas d'urgence et dans l'intérêt du patient. Ce refus de mise en œuvre des indications du médecin prescripteur va dans le sens de l'article 40³²⁴ du Code de déontologie d'après lequel le médecin doit s'interdire, dans les investigations et interventions qu'il pratique comme dans les thérapeutiques qu'il prescrit, de faire courir au patient un risque injustifié. A la suite de l'« analyse détaillée des prescriptions médicamenteuses », le médecin-conseil et la Caisse primaire d'assurance maladie ont infligé à un médecin la sanction d'interdiction d'exercer pendant un mois³²⁵. Selon la Section des assurances sociales, le médecin avait établi des prescriptions qui n'étaient conformes ni aux AMM³²⁶ ni aux données actuelles de la science ce qui avait « fait courir aux patients un risque injustifié », considérant qu'il pouvait « raisonnablement être déduit de la fréquence de prescription d'un produit d'usage exceptionnel, une utilisation non conforme aux indications thérapeutiques qui accompagnent son autorisation de mise sur le marché ».

205. La sanction première du médecin prescripteur est celle qui découle de l'engagement de sa responsabilité civile professionnelle : on peut considérer que la liberté de prescription des médecins doit être d'autant mieux respectée dans la convention nationale, que la possibilité d'engager la responsabilité d'un médecin reste intacte, puisque la liberté de prescription du médecin s'articule autour de l'AMM (Autorisation de mise sur le marché) qui précise les modalités d'utilisation et l'indication thérapeutique du médicament³²⁷. Le médecin prescripteur d'un médicament dans le cadre de l'AMM bénéficie d'une information validée sur le produit et établie par le laboratoire pharmaceutique qui relève de la responsabilité de ce dernier.

³²⁴ CSP, article R. 4127-40

³²⁵ Section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des médecins, 17 février 2005, n° 3909

³²⁶ Autorisation de mise sur le marché (AMM)

³²⁷ J. CAHEN, « De la liberté de prescription des médecins à l'hôpital en dehors du cadre des autorisations de mise sur le marché des médicaments », *Revue de droit sanitaire et social* 2008, p. 96

206. L'article 1386-1 du Code civil pose le principe de la responsabilité du producteur pour le dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime, tandis que l'article 1386-4 définit le produit défectueux comme celui qui n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre. Dans l'appréciation de la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, il doit être tenu compte de toutes les circonstances et notamment de la présentation du produit, de l'usage qui peut en être raisonnablement attendu et du moment de sa mise en circulation.

207. La responsabilité du médecin prescripteur peut être plus aisément engagée s'il a prescrit un médicament hors AMM. La prescription hors AMM est formellement autorisée par les textes en matière d'Autorisations temporaires d'utilisation (ATU)³²⁸ et en matière d'essais cliniques, et est envisagée dans le décret de 2005 relatif au contrat de bon usage des médicaments³²⁹. Si la faute du médecin est nécessaire pour engager sa responsabilité, il se trouve fragilisé si le dommage subi par un patient a lieu à la suite d'une prescription hors AMM.

3. Le respect des recommandations de bonne pratique

208. A côté des dispositifs structurels mis en place pour réduire les dépenses de santé la Convention prévoit d'étendre le champ des recommandations de bonne pratique à l'ensemble des soins faisant l'objet d'une prise en charge collective. Pour cela les parties signataires conviennent d'établir chaque année une liste d'activités médicales à soumettre à la Haute Autorité de santé en vue de l'établissement de références médicales opérationnelles.

209. Une difficulté est posée par la valeur juridique de ces recommandations de bonne pratique. Dans une décision de 2005 le Conseil d'Etat a confirmé la décision de la Section des assurances sociales d'interdiction de soins à l'encontre d'un médecin qui n'avait pas tenu compte pour dispenser ses soins à ses patients des données acquises de la science, telles qu'elles résultent notamment des recommandations de bonnes pratiques élaborées par l'agence nationale pour le développement de l'évaluation en médecine puis par l'agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé, en s'abstenant de prescrire le

³²⁸ Prévues à l'article L.5121-12 du Code de la santé publique

³²⁹ Décret n° 2005-1023 du 24 août 2005 relatif au contrat de bon usage des médicaments et des produits et prestations mentionné à l'article L. 162-22-7 du Code de la sécurité sociale, JO 26 août 2005, n°198, p. 13526, texte n° 13

dépistage systématique du cancer du col utérin chez ses patientes âgées de 25 à 65 ans et le renouvellement tous les trois ans de cet examen. Il y a donc eu méconnaissance des dispositions de l'article 8 du Code de déontologie relatives à la liberté de prescription et celles de l'article 32 selon lesquelles le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande.

210. La qualité de la prestation du médecin peut donc être appréciée d'après ses choix de prescriptions médicales et à partir des recommandations de bonne pratique qui n'avaient *a priori* pas la force juridique des conventions passées entre les syndicats et l'assurance maladie.

§2. LE RISQUE D'ATTEINTE A LA LIBERTE D'EXERCICE DU PRATICIEN DE SANTE

211. La CJCE a récemment été amenée à se prononcer sur la question préjudicielle de la compatibilité d'une mesure restrictive d'un exercice professionnel avec la directive de 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail³³⁰. La mesure restrictive prévoyait en Allemagne le déconventionnement systématique de dentistes à partir d'un âge déterminé³³¹. Or la directive de 2000 stipule à son article 6§1 que des différences de traitement fondées sur l'un des motifs cités (religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle) peuvent être justifiées dans le cas d'exigences professionnelles ou de l'existence d'une justification pour une discrimination spécifique fondée sur l'âge.

212. Pour la CJCE il appartient au juge national de vérifier si la réglementation en cause au principal répond à un tel objectif légitime et si l'autorité législative ou réglementaire nationale pouvait légitimement estimer, compte tenu de la marge

³³⁰ Directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JOCE 2 décembre 2000, JO L 303 p. 16

³³¹ En Allemagne, par la loi modifiant le droit des médecins conventionnés et d'autres lois (Gesetz zur Änderung des Vertragsarztrechts und anderer Gesetze – Vertragsarztänderungsgesetz) du 22 décembre 2006 (BGBl. 2006, p. 3439), le législateur a abrogé l'article 102 du Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) qui prévoyait des quotas de médecins (dentistes) en fonction des besoins par régions, avec effet au 1^{er} janvier 2007, mais il a maintenu la limite d'âge en cause au principal

d'appréciation dont disposent les États membres en matière de politique sociale, que les moyens choisis étaient appropriés et nécessaires à la réalisation de cet objectif ³³².

213. La CJCE a souligné que « le fait pour un dentiste de ne pas pouvoir exercer sous le régime du conventionnement est susceptible de limiter la demande en ce qui concerne les services offerts par celui-ci ». En l'espèce, bien qu'une limite d'âge permettrait de « maîtriser l'augmentation des dépenses de santé du régime légal d'assurance maladie » et poursuivait « l'objectif de protection de la santé publique, envisagé sous l'angle de la préservation de l'équilibre financier du régime légal d'assurance maladie ». En se référant à la décision des juridictions nationales, la CJCE a conclu que la mesure en cause ne pouvait être considérée « comme essentielle à la protection de la santé publique ».

214. Définie comme une sanction professionnelle au sens de la loi d'amnistie ³³³, la mise hors convention constitue une menace sérieuse pour le médecin libéral (ou tout autre professionnel de santé conventionné), obligé d'évoluer dans un système où la qualité de ses prescriptions peut elle-même être contestée pour des motifs autres que purement médicaux, que cette mise hors convention repose sur des considérations globales et objectives comme l'âge dans l'espèce rapportée ci-dessus ou qu'elle constitue une sanction professionnelle.

III. LE RISQUE D'ATTEINTE AU PRINCIPE DU LIBRE CHOIX PAR LE PATIENT DE SON MEDECIN

215. Le principe du libre choix du médecin par le patient, affirmé dans le Code de déontologie médicale ³³⁴, consacré par la loi du 3 juillet ³³⁵ en tant que principe déontologique fondamental au sein de l'article L. 162-2 du CSS, et par la loi du 4 mars 2002, comme principe fondamental de la législation sanitaire au sein de l'article L. 1110-8 du Code de la santé publique est aussi visé dans plusieurs textes internationaux, parmi lesquels la Déclaration sur l'accès aux soins de santé de l'Association médicale mondiale de 1988, qui comporte un paragraphe consacré à la liberté de choix. Ce principe du libre choix

³³² CJCE 5 mars 2009, aff. C-388/07, JO C 102 du 1^{er} mai 2009, p. 6

³³³ CE 28 janvier 1994 Cohen, req. n° 106678

³³⁴ CSP, article R. 4127-6

³³⁵ Loi n° 71-525 du 3 juillet 1971 relative aux rapports entre les caisses d'assurance maladie et les praticiens et auxiliaires médicaux

est également visé dans la Déclaration sur la promotion des droits des patients en Europe établie par l'OMS en 1994, la Déclaration sur les droits du patient de 1995 qui affirme le droit à la liberté de choix³³⁶, les principes d'éthique médicale européenne adoptés en 1995 par la Conférence internationale des Ordres de médecins et organismes d'attribution similaires³³⁷. La convention médicale nationale, signée le 12 janvier 2005 et approuvée par arrêté du 3 février 2005, rappelle que la liberté de choix du patient doit être préservée³³⁸. Enfin la jurisprudence en a fait un principe général du droit³³⁹ et un principe d'ordre public³⁴⁰.

216. Le respect de ce principe de libre choix semble avoir été altéré par la mise en place du système du médecin traitant. Avec ce système, la part des dépenses de santé que l'assurance maladie obligatoire prend en charge est réduite si l'assuré social n'a pas désigné de médecin traitant ou s'il consulte un médecin autre que son médecin traitant sans prescription de ce dernier³⁴¹. Le médecin traitant devient alors le relais obligatoire pour accéder aux soins du spécialiste, avec quelques exceptions pour certaines spécialités et actes. Un malade assuré peut ainsi recourir sans prescription préalable de son médecin traitant aux spécialités suivantes : gynécologie, ophtalmologie, neuropsychiatrie, neurologie pour certains actes courants ou périodiques³⁴².

³³⁶ Le patient a le droit de choisir et de changer librement de médecin, d'hôpital ou d'établissement de soins de santé, sans se préoccuper de savoir s'ils appartiennent au secteur public ou privé, le patient a le droit de demander à tout moment l'avis d'un autre médecin

³³⁷ L'article 36 est consacré au principe du libre choix, et il dispose que le libre choix du médecin par le malade est un principe fondamental de la relation médecin-patient. Le médecin doit respecter et faire respecter cette liberté de choix. Le médecin, quant à lui, peut refuser de donner ses soins sauf lorsqu'il s'agit d'un patient en danger

³³⁸ G. REBECQ, « Le parcours de soins institué par la loi du 13 août 2004, cinq ans après », *Revue de droit sanitaire et social* 2009, p. 610

³³⁹ CE Sect., 18 février 1998, Section locale du Pacifique Sud de l'Ordre des médecins, *Lebon* 1181 ; *RFSA* 1999. 47, note M. JOYAU

³⁴⁰ Civ 1^{ère}, 31 décembre 1989, req. n° 88-15352

³⁴¹ A.-S. GINON, « Le médecin traitant, révélateur des nouvelles fonctions de la protection sociale complémentaire », *Revue de droit sanitaire et social* 2005 p. 907

³⁴² M. HARICHAUX, « Les droits du malade à l'épreuve des obligations du malade assuré social », *RDS* 2006, p. 109

217. Le modèle-type de formulaire de déclaration du médecin traitant a lui-même fait l'objet de recours en annulation, notamment car il n'imposait pas de mentionner le caractère facultatif de la déclaration. Cette requête a été rejetée sur le fondement d'une absence d'obligation d'information des patients : « aucune disposition législative ou réglementaire n'impose que ces formulaires ou la notice explicative les accompagnant rappellent l'ensemble des dispositions législatives régissant ce choix ni les conséquences qui s'attachent aux consultations effectuées sans prescription du médecin traitant »³⁴³.

³⁴³ CE 27 juillet 2005, M. Sopena et autres, req. n° 278147

SECTION II. LE LIEN ENTRE ORDRE PUBLIC ET CLAUSE ABUSIVE

La notion d'ordre public permet d'envisager le caractère abusif de clauses contenues dans les conventions médicales (I) et l'invocation d'office de clauses abusives par le juge administratif (II).

I. LA PERENNISATION PAR LA NOTION D'ORDRE PUBLIC, DES CLAUSES ABUSIVES

218. A l'ordre public de protection des assurés, s'oppose l'ordre public de direction appliqué aux professionnels de santé. La notion de clause abusive relevant du droit privé, la question se pose en tout premier lieu de savoir s'il est possible d'invoquer des dispositions de droit autre qu'administratif devant une juridiction administrative. Le juge administratif avait déjà été amené à le faire, s'agissant de l'application des dispositions du Code pénal dans un contentieux relatif aux conditions d'entrée d'un fonctionnaire dans le secteur privé³⁴⁴.

219. L'article 432-13 du Code pénal interdisant à toute personne ayant été chargée, en tant que fonctionnaire public, à raison même de sa fonction, d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée ou d'exprimer son avis sur les opérations effectuées par une entreprise privée, d'occuper un emploi dans ladite entreprise avant l'expiration d'un délai de cinq ans suivant la cessation des fonctions de surveillance ou de contrôle en cause, le Conseil d'Etat a jugé que ces dispositions faisaient également obstacle à ce que l'autorité administrative nomme un fonctionnaire dans un poste où, quelle que soit la position statutaire qu'il serait amené à occuper, il contreviendrait à ces dispositions et a donc annulé le décret du Président de la République nommant sous-gouverneur du Crédit Foncier un agent qui exerçait, en sa qualité de chef du service des affaires monétaires et financières à la Direction du Trésor, un contrôle direct sur cet établissement.

220. Cet impact du droit pénal sur une décision administrative semble pouvoir être rattaché à la notion d'ordre public. De la même façon on peut penser que l'impératif de

³⁴⁴ CE Ass. 6 décembre 1996, Société Lambda, *Lebon* p. 465, *A.J.D.A.* 1997, p. 205

santé publique pourrait justifier l'applicabilité de la législation sur les clauses abusives aux conventions passées entre médecins libéraux et assurance maladie, la salubrité publique étant une composante de l'ordre public au sens du Code général des collectivités territoriales ³⁴⁵.

II. LA POSSIBILITE POUR LE JUGE DE SOULEVER D'OFFICE L'ILLEGALITE D'UNE CLAUSE IDENTIFIEE COMME ABUSIVE

L'invocation de moyens de droit privé est déjà possible devant les juridictions administratives (§1) alors que la jurisprudence du Conseil d'Etat semble ouvrir la voie à une contestation des clauses abusives devant le juge administratif de la convention-type réglant les rapports entre l'assurance maladie et les médecins libéraux (§2).

§1. L'INVOCATION DE MOYENS DE DROIT PRIVE DEVANT LE JUGE ADMINISTRATIF

Le juge administratif accepte déjà de faire application de dispositions de droit privé au contentieux relevant du droit public comme le montrent les exemples en droit de la concurrence (A) et en droit des assurances (B).

A. L'invocation de dispositions du droit de la concurrence devant le juge administratif

221. En faisant application de manière révolutionnaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ³⁴⁶, le juge administratif suprême a décidé de soumettre les personnes morales de droit public au droit de la concurrence pour leurs activités de production, de

³⁴⁵ Code général des collectivités territoriales, article L. 2212-5 alinéa 1 (Modifié par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 - art. 119 (V)) : « Sans préjudice de la compétence générale de la police nationale et de la gendarmerie nationale, les agents de police municipale exécutent, dans la limite de leurs attributions et sous son autorité, les tâches relevant de la compétence du maire que celui-ci leur confie **en matière de prévention et de surveillance du bon ordre, de la tranquillité, de la sécurité et de la salubrité publiques.** »

³⁴⁶ CE Sect. 3 novembre 1997, Société Million et Marais, *Lebon* p. 406; *A.J.D.A.* 1997, p. 945, chron. Thierry-Xavier GIRARDOT et Fabien RAYNAUD ; CE, Sect. 22 novembre 2000, Sté L. et P. Publicité SARL, à publier au *Lebon* ; *RFDA* 2001, p. 872, concl. S. AUSTRY ; *A.J.D.A.* 2001, p. 198, note M.-C. Rouault

distribution et de services³⁴⁷. Plus récemment, le Conseil d'Etat a été amené à se prononcer sur l'application de dispositions du Code de la consommation relatives à la notion de clause abusive, aux clauses réglementaires d'un contrat conclu entre un service public industriel et commercial et ses usagers. Il résulte des dispositions de l'article L. 132-1 alinéa 1 du Code de la consommation, que « dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat »³⁴⁸. C'est ainsi qu'il a reconnu l'applicabilité à l'espèce du droit des clauses abusives. Or le Conseil d'Etat a reconnu l'applicabilité du droit des clauses abusives aux clauses réglementaires d'un contrat conclu entre un service public industriel et commercial et ses usagers. Dans un arrêt Société des eaux du Nord du 29 juin 2001³⁴⁹ le Conseil d'Etat a affirmé que les dispositions sur les clauses abusives sont applicables « quels que soient la forme ou le support du contrat » et que le caractère abusif d'une clause s'apprécie « non seulement au regard de cette clause elle-même mais aussi compte tenu de l'ensemble des stipulations du contrat et, lorsque celui-ci a pour objet l'exécution d'un service public, des caractéristiques particulières de ce service ».

B. L'invocation de dispositions du Code des assurances devant le juge administratif

222. L'application de dispositions du Code des assurances semble plaider en faveur de la possible application de la législation sur les clauses abusives au contentieux relatif à l'illégalité des conventions passées entre l'assurance maladie et les syndicats représentatifs de médecins généralistes ou spécialistes. S'appuyant sur les dispositions de l'article 1131 du Code civil aux termes duquel l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet, et sur celles de l'article L. 124-1 du Code des

³⁴⁷ Dans cette espèce dans laquelle une commune avait attribué à une société privée un droit exclusif sur les prestations du service extérieur de ses pompes funèbres, le Conseil d'Etat a considéré que si le contrat avait créé au profit de cette entreprise une position dominante au sens des dispositions de l'article 8 de l'ordonnance, la durée de six ans, renouvelable une fois par décision expresse, de cette convention, ne mettait pas la société en situation de contrevenir aux dispositions précitées de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

³⁴⁸ Législation née de la loi du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, codifiée dans le Code de consommation par la loi du 26 juillet 1993, et modifiée par la loi du 1^{er} février 1995 sous l'influence de la directive communautaire du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs

³⁴⁹ CE 29 juin 2001, Société des Eaux du Nord, req. n° 221458

assurances qui énonce que dans les assurances de responsabilité, l'assureur n'est tenu que si, à la suite du fait dommageable prévu au contrat, une réclamation amiable ou judiciaire est faite à l'assuré par le tiers lésé, le Conseil d'Etat a jugé qu'il résultait de ces dispositions que le versement des primes pour la période se situant entre la prise d'effet du contrat et son expiration avait pour contrepartie nécessaire la garantie des dommages trouvant leur origine dans un fait qui s'est produit pendant cette période. En effet la clause-type³⁵⁰ selon laquelle le dommage n'est garanti que si la réclamation de la victime a été portée à la connaissance de l'assuré dans un délai maximum de cinq ans après la date d'expiration du contrat aboutissait à priver l'assuré du bénéfice de l'assurance en raison d'un fait qui ne lui était pas imputable. Une telle clause conduisait à créer un avantage illicite dépourvu de cause, et par conséquent contraire aux dispositions de l'article 1131 du Code civil, au profit du seul assureur qui aurait perçu les primes sans contrepartie. Par suite, les requérants étaient fondés à soutenir que l'arrêté en cause ne pouvait pas contenir dans son annexe³⁵¹, une clause-type limitant dans le temps la garantie accordée aux centres de transfusion sanguine³⁵²

§2. LA POSSIBLE INVOCATION DE LA LEGISLATION SUR LES CLAUSES ABUSIVES POUR CONTESTER LA CONVENTION-TYPE REGLANT LES RAPPORTS ENTRE L'ASSURANCE MALADIE ET LES MEDECINS LIBERAUX

223. Il n'est pas rare que des moyens de droit privé soient soulevés devant les juridictions administratives, à l'appui d'une contestation de l'application de dispositions conventionnelles. C'est ainsi qu'un recours a été formé pour contester le formulaire de déclaration de choix de son médecin traitant par un patient. Après les contrats de bon usage des soins, les contrats de bonne pratique, les contrats de santé publique, signés entre l'assurance maladie et les syndicats signataires des conventions nationales des différentes professions de santé, ont été institués les « contrats responsables »³⁵³ pour la réalisation

³⁵⁰ Clause-type contenu au dernier alinéa de l'article 4 de l'annexe à l'arrêté interministériel du 27 juin 1980 dans sa rédaction antérieure à l'arrêté interministériel du 29 décembre 1989

³⁵¹ Article 4 de l'annexe à l'arrêté du 27 juin 1980, dans sa rédaction antérieure à l'arrêté interministériel du 29 décembre 1989

³⁵² CE 29 décembre 2000 Beule et autres, req. n° 212338, à publier au Lebon

³⁵³ Inséré par la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie

d'un parcours de soins coordonnés ³⁵⁴. Dans sa décision du 27 juillet 2005 ³⁵⁵ le Conseil d'Etat n'a pas considéré que l'invocation du droit des contrats était infondée, rejetant la demande pour un tout autre motif, parce que le formulaire contesté avait un objet limité et destiné à la seule information d'un tiers au contrat, les caisses d'assurance maladie.

224. Les dispositions réglementaires et les conventions, signées entre les organismes sociaux et les syndicats représentatifs des professionnels de santé, ne sont pas à l'abri d'actions en nullité portant sur des griefs juridiques relevant du droit privé. La question de la qualité à agir du requérant se pose néanmoins, même si l'adhésion volontaire apparaît comme un obstacle à ce qu'un praticien soit déclaré recevable à entreprendre une action. Il en va différemment, s'agissant des dispositions réglementaires imposées aux praticiens en dehors de tout cadre conventionnel. Une fois encore, le caractère hybride des conventions médicales fragilise le médecin libéral en raison du manque de clarté du régime applicable.

³⁵⁴ P. LOKIEC, « La contestation du formulaire de déclaration de choix du médecin traitant devant le Conseil d'Etat », *Revue de droit sanitaire et sociale* 2005, p. 927

³⁵⁵ CE 27 juillet 2005, M. Sopena et autres, req. n° 278147

CONCLUSION CHAPITRE II

225. L'examen du lien entre conventionnement et clauses abusives passe par le prisme du respect des libertés fondamentales à l'intérieur de la convention-type réglant les rapports entre l'assurance maladie et les médecins libéraux, et se rattache à la notion d'ordre public. En ce sens, un recours pour excès de pouvoir ou la mise en évidence d'une exception d'illégalité met le médecin libéral sous la protection juridictionnelle du Conseil d'Etat. Liberté d'installation, liberté thérapeutique et liberté de choix du médecin ne semblent pas en 2010 être menacées par des clauses abusives qui figureraient au sein des conventions-types, mais la question reste en suspens. Tout l'enjeu réside dans la reconnaissance, par le juge, de l'applicabilité de la législation sur les clauses abusives.

CONCLUSION TITRE II

226. Le caractère réglementaire de la convention-type proposée aux médecins libéraux permet l'édiction de sanctions, mais aussi de s'interroger sur la question de l'existence de clauses abusives à l'intérieur des conventions-types. Les conventions signées individuellement par chaque médecin avec l'assurance maladie contiennent en effet des éléments issus de la volonté de la puissance publique. Si l'approbation des conventions par arrêté constitue une exception en matière de sécurité sociale, celle-ci ouvre la voie à la contestation d'éventuelles clauses abusives. Entre incitation et répression, le médecin libéral est au cœur d'un dispositif prévu pour le contrôler, mais qui reste ouvert au contrôle juridictionnel.

CONCLUSION PARTIE I

227. Les conventions passées entre les médecins libéraux et l'assurance maladie placent le médecin au cœur d'un dispositif à la fois contractuel et réglementaire. Le statut hybride du médecin libéral, prisonnier d'un service public dont il est une pièce essentielle, mais qui tend à faire de lui un serviteur de l'Etat ne bénéficiant d'aucun des avantages attachés à ce statut, représenté par des syndicats dont la question de la représentativité effective se pose de manière criante mais qui négocient en son nom des conventions-sanctions auxquelles il peut difficilement ne pas adhérer pour de simple raisons économiques, semble résulter d'une équation impossible entre maîtrise des dépenses de santé d'une part, et volonté de préserver le caractère libéral de la profession de médecin d'autre part. Ecartelé entre des obligations sanitaires, mais tout autant budgétaires susceptibles les unes comme les autres d'appeler des sanctions à son encontre, soumis à des procédures de contrôle au formalisme presque inexistant, le médecin libéral semble exposé à une vulnérabilité peu compatible avec les libertés fondamentales et les droits fondamentaux auxquels il peut prétendre.

DEUXIÈME PARTIE.

POURSUITE ET REPRESSION DU MEDECIN

LIBERAL

228. L'exercice de la médecine libérale conformément aux principes déontologiques fondamentaux ³⁵⁶ souligne d'emblée l'enjeu du contrôle d'une profession liée au respect du corps et de la vie. Bien loin du contrôle social et non législatif prôné par Jeremy Bentham en matière de déontologie ³⁵⁷, le contrôle effectué sur l'activité des médecins libéraux semble très réglementé, mais parfois en marge du respect des libertés fondamentales du médecin libéral. Sa situation est d'autant plus étonnante que les praticiens chargés d'un service public bénéficient, eux, d'une protection importante, puisqu'au regard de l'article L. 4124-2 du Code de la santé publique, ils ne peuvent être traduits devant la juridiction disciplinaire que sur plainte soit du ministre de la Santé publique, soit du directeur départemental de santé, soit du procureur de la République, soit du directeur de l'Agence régionale de la santé ³⁵⁸ (ARS). Nous pouvons ici remarquer que le seul acteur qui offre un peu d'indépendance est le directeur de l'ARS, l'ARS étant un opérateur de l'Etat, mais de personnalité juridique distincte. Pour aborder cette question de la poursuite et de la répression du médecin libéral, nous verrons en quoi le médecin libéral est placé au cœur d'une procédure déséquilibrée (Titre I), avant d'examiner la protection du médecin libéral au regard des libertés fondamentales (Titre II).

³⁵⁶ CSS, article L. 162-2

³⁵⁷ J. BENTHAM, *Déontologie ou science de la morale*, Encre marine, 1834

³⁵⁸ Voir sur ce point, CE 29 décembre 1997, req. n° 133793

TITRE I.

LE MEDECIN LIBERAL AU CŒUR D'UNE PROCEDURE DESEQUILIBREE D'ELABORATION DE SA REPRESSION

229. Nonobstant certaines affirmations du Conseil d'Etat ³⁵⁹, il est évident que les procédures disciplinaires relevant de la discipline générale ou de la sécurité sociale présentent certaines ressemblances avec le droit pénal en raison de leur caractère répressif. Ces peines applicables au professionnel de santé ne semblent pourtant pas soumises aux garanties offertes par la procédure pénale à l'instar du principe de non-cumul des peines, de la présomption d'innocence, ou la règle *non-bis in idem*. La loi semble elle-même interdire le cumul de sanctions prononcées par la Section des assurances sociales ³⁶⁰ et par la chambre disciplinaire de première instance ³⁶¹ « lorsqu'elles ont été prononcées à l'occasion des mêmes faits » ³⁶².

230. Le Conseil d'Etat rappelle aussi le principe d'indépendance des instances disciplinaires ³⁶³, mais y apporte une limite ³⁶⁴ :

aucune disposition, ni aucun principe général du droit ne s'opposent à ce que les mêmes faits donnent lieu à une sanction prononcée par chacune des deux juridictions ordinaires, dès lors que les dites sanctions ont pour fondement la méconnaissance par l'intéressé de deux législations différentes.

³⁵⁹ CE 9 février 2001 Mériquand : Juris-Data n° 2001-062046, req. n° 211664

³⁶⁰ Prévues à l'article L. 145-2 du Code de la sécurité sociale

³⁶¹ Ces peines sont prévues à l'article L.4124-6 du Code de la santé publique

³⁶² CSS, article L. 145-2, alinéa 5

³⁶³ CE 23 novembre 1988, req. n° 68165

³⁶⁴ CE 29 avril 2002, req. n° 214659

231. De plus le principe de l'indépendance des instances disciplinaires et pénales permet de poursuivre des faits identiques à la fois sur le plan disciplinaire et sur le plan pénal ³⁶⁵ :

la circonstance que les condamnations pénales [dont le requérant] a fait l'objet auraient été amnistiées ne faisait pas obstacle à ce que le juge disciplinaire prononçât contre lui une sanction fondée sur les mêmes faits constitutifs d'un comportement contraire à l'honneur et à la probité.

232. Ainsi, en définitive, des faits identiques peuvent donner lieu à une triple peine puisque trois législations différentes autorisent, au moins en apparence une telle répression. On peut toutefois anticiper une évolution de la solution, tant elle contrevient frontalement au principe *non bis in idem*, dont la valeur est supérieure à la loi.

233. La sanction devrait jouir d'une « autorité à l'abri de tout retour ³⁶⁶ », il en va de la sécurité juridique des individus. En réalité, le danger de ces procédures est qu'elles ne sont pas rattachées au principe de légalité cher au droit pénal, la Chambre disciplinaire de première instance du Conseil de l'Ordre n'étant par exemple pas saisie d'une infraction mais de faits à examiner au regard du Code de déontologie médicale.

234. Le médecin libéral fait l'objet de multiples contrôles en matière de sécurité sociale (essentiellement tarifaires) et en matière disciplinaire. Tout commence par la recherche de faits répréhensibles par le service du contrôle médical (Chapitre I). Le médecin peut ensuite faire l'objet de poursuites dans lesquelles la Caisse primaire joue un rôle prépondérant (Chapitre II).

³⁶⁵ CE 9 septembre 1994, req. n° 124025

³⁶⁶ L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 2004, pp. 534-535

CHAPITRE I. LA RECHERCHE DE FAITS REPREHENSIBLES PAR LE SERVICE DU CONTROLE MEDICAL

La recherche de faits répréhensibles par le service du contrôle médical se fait par un service national autonome chargé d'assurer le contrôle médical (Section I) qui, sur certains critères (Section II), va engager une procédure de contrôle déterminée (Section III) et se prononcer sur la nécessité de sanctions (Section IV).

SECTION I. UN SERVICE NATIONAL AUTONOME CHARGE D'ASSURER LE CONTROLE MEDICAL

Service national autonome (I), le service du contrôle médical (appelé aussi contrôle médical) est assuré par des agents assermentés (II).

I. UN SERVICE NATIONAL AUTONOME

235. Le contrôle médical est exercé au sein de la CNAMTS par le service du contrôle médical. La Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés (CNAMTS) est un établissement public national à caractère administratif³⁶⁷ qui a pour rôle, entre autres, d'organiser et de diriger le contrôle médical³⁶⁸. Organisme de droit privé en charge d'une mission de service public administratif, le service médical d'une Caisse primaire d'assurance maladie (CPAM) est donc indépendant vis-à-vis de cette dernière³⁶⁹, même si les deux organismes se trouvent souvent dans les mêmes locaux³⁷⁰. Le contrôle médical constitue un service national autonome placé sous l'autorité directe de la

³⁶⁷ CSS, article L. 221-2

³⁶⁸ CSS, article L. 221-1, 5°

³⁶⁹ Civ. 2^{ème}, 2 avril 2009, req. n° 08-12024

³⁷⁰ Cette proximité est sans doute contestable, notamment au regard de la théorie des apparences, affirmée au sujet du Conseil d'Etat français. (CEDH 9 novembre 2006, Sacilor-Lormines c. France, n° 65411/01)

CNAMTS, en sorte que les praticiens conseils sont des agents de cet organisme et non de la Caisse primaire ³⁷¹. Ces agents sont d'ailleurs des fonctionnaires et non des salariés.

236. L'action du service du contrôle médical a été définie par la réglementation. L'ordonnance n° 96-345 du 24 avril 1996 souligne que la maîtrise médicalisée des dépenses de soins est le principe directeur de l'action du service médical. Une circulaire de la CNAMTS de 1999 ³⁷² précise cependant que l'objet des contrôles individuels des professionnels de santé ne peut se confondre avec celui imparti à la mise en œuvre d'une régulation globale des dépenses ni avec l'effet attendu de réformes structurelles. La finalité des contrôles individuels reste la lutte contre les excès, abus et fraudes. Le contrôle médical porte sur tous les éléments d'ordre médical qui commandent l'attribution et le service de l'ensemble des prestations de l'assurance maladie, maternité et invalidité ³⁷³.

II. LES AGENTS CHARGES D'ASSURER LE CONTROLE MEDICAL

237. Les médecins libéraux font l'objet de contrôles de la part d'agents assermentés et agréés des organismes chargés du recouvrement, et dont les conditions de nomination sont strictement définies ³⁷⁴. La formation et le perfectionnement du personnel d'encadrement des agents de direction et des agents comptables des organismes de sécurité sociale sont ainsi assurés par l'Ecole nationale supérieure de sécurité sociale financée en partie par les organismes ou régimes de sécurité sociale ³⁷⁵. Les directeurs des organismes de sécurité sociale « confient à des agents chargés du contrôle, assermentés et agréés dans des conditions définies par arrêté du ministre chargé de la sécurité sociale, le soin de procéder à toutes vérifications ou enquêtes administratives concernant l'attribution des prestations et la tarification des accidents du travail et des maladies professionnelles. Des praticiens-conseils peuvent, à ce titre, être assermentés et agréés dans des conditions définies par le même arrêté. Ces agents ont qualité pour dresser des procès-verbaux faisant

³⁷¹ Dont la responsabilité ne saurait dès lors être engagée par les fautes commises par eux dans l'exercice de leurs fonctions, et plus spécialement par leurs erreurs de diagnostic

³⁷² Circulaire CNAMTS, 8 février 1999, Ref : CABDIR n°1/99

³⁷³ CSS, article L. 315-1

³⁷⁴ Ces fonctionnaires sont de catégorie A et sont, comme pour la majorité des fonctionnaires de catégories B et C, recrutés sur concours.

³⁷⁵ CSS, article L. 123-3 alinéa 1

foi jusqu'à preuve du contraire³⁷⁶. » Les médecins et les pharmaciens inspecteurs de santé publique ainsi que les inspecteurs des agences régionales de santé, les inspecteurs de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé, ainsi que toutes les personnes habilitées à constater les infractions à la législation sur la répression des fraudes notamment les agents de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, de la direction générale des douanes et de la direction générale des impôts sont habilités à procéder à la recherche et à la constatation d'infractions rattachées au comportement frauduleux du professionnel de santé³⁷⁷.

238. La réception d'avantages, sous quelque forme que ce soit, d'une façon directe ou indirecte, procurés par des entreprises assurant des prestations, produisant ou commercialisant des produits pris en charge par les régimes obligatoires de sécurité sociale³⁷⁸, la perception d'honoraires médicaux par une personne qui ne remplit pas les conditions requises pour l'exercice de la profession de médecin, chirurgien-dentiste ou sage-femme³⁷⁹, perception d'intérêts ou de ristournes sur des médicaments par un professionnel de santé³⁸⁰ sont autant d'exemples d'infractions soumises au contrôle médical. Les agents susmentionnés utilisent, pour rechercher et constater ces infractions, les pouvoirs notamment en cas de fraudes, falsifications et tromperie³⁸¹.

239. Si les conditions de nomination des agents des organismes de sécurité sociale peuvent donner les apparences de garanties d'impartialité à l'égard des professionnels de santé, elles n'offrent pas une protection suffisante. La possibilité de peines multiples parachève la sensation d'insécurité distillée par les organismes de sécurité sociale. De plus, le système institue un contrôle des professionnels de santé par leurs pairs. Cette disposition est à l'image du panoptique décrit par Jeremy Bentham. Dans une prison de verre construite en cercle, chaque agent observe son voisin et s'inscrit dans une chaîne de surveillance qui concrétise une société autocontrôlée. Exposé au regard de son confrère désigné, les professionnels de santé (et donc les médecins libéraux) sont réputés dociles, obédients et respectueux des règles établies. Mystificateurs mystifiés, ces médecins-

³⁷⁶ CSS, article L. 114-10 alinéa 1

³⁷⁷ CSP, article R. 1111-25

³⁷⁸ CSP, article L. 4163-2

³⁷⁹ CSP, article L. 4163-3

³⁸⁰ CSP, article L. 4163-4

³⁸¹ Code de la consommation, articles L. 212-1 à L. 216-12

contrôleurs sont les premières victimes de ce qu'ils effectuent. C'est parce qu'ils croient faire œuvre de justice, que le système peut opérer un détournement de sens de leur pratique³⁸² : leur mission de veille de sécurité sanitaire devient une entreprise sécuritaire par l'action de la CPAM.

³⁸² Reprise de la théorie de la transmutation exposée par Pierre Bourdieu in *La Noblesse d'Etat*, Editions de Minuit, 1991

SECTION II. LES CRITERES DE DECLENCHEMENT D'UN CONTROLE PAR LE SERVICE DU CONTROLE MEDICAL

Le déclenchement du contrôle résulte de l'analyse de l'activité du médecin libéral (I) mais semble comporter un risque de discrimination (II)

I. L'ANALYSE DE L'ACTIVITE DU MEDECIN LIBERAL

Cette analyse est réalisée sur les actes médicaux effectués au regard de leurs conséquences tarifaires (§1) à partir de résultats statistiques (§2) et complétées par une investigation sur le terrain (§3).

§1. LES ACTES MEDICAUX EFFECTUES AU REGARD DE LEURS CONSEQUENCES TARIFAIRES

240. Le contrôle médical porte sur les éléments d'ordre médical qui commandent l'attribution et le service de l'ensemble des prestations de l'assurance maladie, maternité et invalidité³⁸³. Il procède également à l'analyse, sur le plan médical, de l'activité des professionnels de santé (et donc des médecins libéraux) dispensant des soins aux bénéficiaires de l'assurance maladie. L'article L. 315-1 alinéa 3 du Code de la sécurité sociale nous indique que lorsque l'activité de prescription d'arrêt de travail apparaît anormalement élevée au regard de la pratique constatée chez les professionnels de santé appartenant à la même profession, des contrôles systématiques de ces prescriptions sont mis en œuvre dans des conditions définies par les conventions signées entre les syndicats représentatifs d'une profession de santé et la sécurité sociale³⁸⁴. Le contrôle médical peut d'abord être effectué sur les assurés eux-mêmes et ne porter qu'après sur l'activité du médecin, auteur de la prescription.

³⁸³ CSS, article L. 315-1

³⁸⁴ Conventions mentionnées à l'article L. 227-1 du Code de la sécurité sociale

241. Dans la circulaire n° 1/99 adressée aux Directeurs des CPAM³⁸⁵, des CRAM³⁸⁶, des CRSS³⁸⁷, des URCAM et des Médecins conseils, le Directeur de la CNAMTS explique que le contrôle des organismes d'assurance maladie et du service médical doit porter sur l'activité des praticiens de santé, en fonction du nombre d'actes effectués, de leur répétition et de leur facturation.

242. Les médecins les plus prescripteurs doivent ainsi être contrôlés en priorité, « en vérifiant le respect de la réglementation en matière de prescription médicamenteuse tant en termes de santé publique (associations potentiellement iatrogènes), qu'en terme de maîtrise des dépenses (doubles prises en charge), surtout lorsqu'est constatée « une augmentation manifestement élevée des honoraires dans les trois dernières années »³⁸⁸.

§2. LA PRISE EN COMPTE DE RESULTATS STATISTIQUES

243. La répression des fraudes passe par un repérage statistique de l'activité des professionnels de santé. Une circulaire de la CNAMTS de 2006³⁸⁹ présente le mode de détection des fraudes : « la détection des fraudes est opérée par des requêtes informatiques portant sur les bases informationnelles constituées, SNIIR-AM, ERASM, e.PMSI³⁹⁰ dans le respect des textes liés à l'utilisation de l'informatique et à la protection des libertés ». Le responsable des statistiques et des études à la CNAMTS explique que le Système national d'informations inter-régimes de l'assurance Maladie³⁹¹ (SNIIR-AM) est destiné à permettre le suivi individuel de l'activité des offreurs de soins (professionnels de santé libéraux, structures hospitalières publiques et privées) et ensuite à restituer à ces offreurs

³⁸⁵ CPAM : Caisses primaires d'assurance maladie

³⁸⁶ CRAM : Caisses régionales d'assurance maladie

³⁸⁷ CRSS : Caisses générales de sécurité sociale

³⁸⁸ Ce mode de repérage statistique est moins présent pour les auxiliaires médicaux, les laboratoires de biologie médicale et les transporteurs sanitaires puisque l'accent est mis sur le « respect de la réglementation » in Circulaire CNAMTS, 8 février 1999, Ref. : CABDIR n° 1/99

³⁸⁹ Circulaire CNAMTS, 20 juin 2006, Ref : 30/2006

³⁹⁰ La plateforme e-PMSI est conçue pour moderniser la transmission des fichiers PMSI des établissements de santé vers leurs organismes de tutelles, et héberger des applications informatiques permettant ainsi un retour d'information immédiat sous forme de synthèse d'activité ou encore d'indices de qualité des données. Ces applications complexes devaient être, jusqu'en 2003, installées localement au niveau des organismes de tutelles (ARH, DRASS ou CRAM). Cette plateforme utilise le protocole internet sécurisé et est ouverte aux professionnels du secteur.

³⁹¹ Créé par l'Arrêté du 11 avril 2002 relatif à la mise en œuvre du système national d'information inter-régimes de l'assurance maladie, JORF n°89 du 16 avril 2002 p 6665 texte n° 16

de soins une image de leur activité au travers des remboursements de l'assurance maladie ³⁹².

244. Les données enregistrées lors de chaque consommation médicale ne décrivent pas seulement les biens ou les services médicaux consommés, elles indiquent aussi le consommateur et le producteur des soins, et, lorsqu'il s'agit d'une prescription, quel en a été l'exécutant ³⁹³. Il s'agit de repérer des comportements ou des activités suspects avec une forte probabilité de fraude en comparaison avec des comportements ou des activités de la population générale, et donc à partir d'une moyenne. Des constats posés au cours d'opérations de répression peuvent être à l'origine de la conception de filtres informatiques et/ou de requêtes ayant une nature préventive vis-à-vis de la fraude.

245. C'est un contrôle sur place. L'investigation de terrain a pour « objectif de confirmer ou d'infirmer les suspicions de fraudes détectées à l'aide d'éléments matériels ou de déclarations recueillis par des enquêteurs des organismes ou du Service du contrôle médical (SCM) ». La circulaire du 8 février 1999 indique qu'une attention particulière sera accordée aux praticiens pour lesquels est constatée une augmentation manifestement élevée des honoraires durant les trois dernières années et demande de « renforcer les contrôles sur les médecins les plus prescripteurs », afin de mieux cerner les dépenses de santé et s'en tenir aux limites fixées par l'ONDAM ³⁹⁴.

³⁹² F. Lenormand, Le Système d'information de l'assurance maladie, le SNIIR-AM et les échantillons de bénéficiaires, *Courrier des statistiques* n° 113-114, mars-juin 2005, p 33

³⁹³ F. Lenormand, Le Système d'information de l'assurance maladie, le SNIIR-AM et les échantillons de bénéficiaires, *Courrier des statistiques* n° 113-114, mars-juin 2005, p. 36

³⁹⁴ Circulaire CNAMTS, 8 février 1999, Ref. : CABDIR n° 1/99 (Circulaire précitée)

II. LE RISQUE DE DISCRIMINATION

246. Un contrôle à partir de statistiques comporte le risque d'être discriminatoire puisqu'il n'est pas forcément la sanction d'un comportement délictueux. De manière générale la discrimination peut être définie comme un traitement défavorable et injustifié pour une cause illicite, c'est-à-dire en raison d'un critère qui ne peut pas servir de fondement à une prise de décision³⁹⁵. Le fait d'être contrôlé est défavorable si le contrôle est déclenché afin de savoir s'il a commis une faute, fraude ou abus et alors que ce déclenchement est fondé sur un élément de son activité.

247. Or, ce repérage statistique est le point de départ du contrôle pré contentieux ou contrôle médical. Un guide pratique du contentieux avec les caisses d'assurance maladie rappelle que le contrôle médical porte sur tous les éléments d'ordre médical qui commandent l'attribution et le service de l'ensemble des prestations de l'assurance maladie³⁹⁶.

248. Il résulte de ce qui précède que la procédure pré contentieuse diligentée par le contrôle médical apparaît comme inquisitoire, une procédure inquisitoire étant celle « dans laquelle toute initiative vient du juge : l'introduction de l'instance (saisine d'office), la direction du procès, la recherche des faits et la réunion des éléments de preuve »³⁹⁷.

³⁹⁵ M. MINE, « Discriminations : une transposition laborieuse... Loi n° 2008-496, 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations », *Revue de droit du travail* 2008, p. 532

³⁹⁶ Edité en février 2007 par la Confédération des syndicats médicaux de médecins (CSMM)

³⁹⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 7^{ème} édition, 1998, p. 461

SECTION III. LE DEROULEMENT DU CONTROLE

Le contrôle du médecin libéral porte sur certains faits susceptibles de lui être reprochés (I) et implique certaines investigations (II) qui posent problème pour le respect du secret médical (III). C'est dans ce contexte qu'est étudiée une méthode de contrôle par échantillonnage (IV).

I. LES FAITS RECHERCHES PAR LE SERVICE DU CONTROLE MEDICAL

249. Concrètement, le service du contrôle médical constate les abus en matière de soins, de prescription d'arrêt de travail et d'application de la tarification des actes et autres prestations³⁹⁸. Le premier type de fraude³⁹⁹ concerne les faits commis dans le but d'obtenir ou de faire obtenir un avantage ou le bénéfice d'une prestation injustifiée au préjudice d'un organisme d'assurance maladie.

250. L'article L. 315-1, IV du Code de la sécurité sociale dispose que le service du contrôle médical procède à l'analyse, sur le plan médical, de l'activité des professionnels de santé dispensant des soins aux bénéficiaires de l'assurance maladie, notamment au regard des conventions qui régissent leurs relations avec les organismes d'assurance maladie.

II. LES INVESTIGATIONS MENEES PAR LE CONTROLE MEDICAL

La procédure d'analyse de l'activité se déroule dans le respect du contradictoire et des droits de la défense⁴⁰⁰ (§1) et comprend l'audition et l'examen des patients par le service du contrôle médical (§2).

³⁹⁸ CSS, article L. 315-1 alinéa 2

³⁹⁹ Défini à l'article R. 147-11 du Code de la sécurité sociale créé à l'article 3 du décret n° 2009-982 du 20 août 2009

⁴⁰⁰ CSS, article L. 315-1

§1. DES INVESTIGATIONS POUSSEES, DANS LE RESPECT DU CONTRADICTOIRE ET DES DROITS DE LA DEFENSE

Les pouvoirs du service médical en matière d'investigation (A) expliquent la nécessité d'informer le médecin libéral (B) et de délimiter ses droits (C).

A. Les pouvoirs du service du contrôle médical

251. Le service du contrôle médical peut, dans le respect des règles de la déontologie médicale, consulter les dossiers médicaux des patients ayant fait l'objet de soins dispensés par le professionnel concerné au cours de la période couverte par l'analyse ⁴⁰¹. Il peut, en tant que de besoin, entendre et examiner ces patients. Il en informe au préalable le professionnel, sauf lorsque l'analyse a pour but de démontrer l'existence d'une fraude. La suspicion de l'existence d'une fraude a donc un impact sur le droit à l'information du professionnel contrôlé.

252. Le service médical peut demander la communication de l'ensemble des documents, actes, prescriptions et éléments relatifs à l'activité contrôlée ⁴⁰², mais des règles d'information du professionnel de santé doivent être respectées.

B. L'information du médecin libéral

253. Cette information du praticien de la consultation des dossiers médicaux, de l'audition et de l'examen des patients doit notamment être préalable. Le service du contrôle médical doit signaler au professionnel de santé qu'il fait l'objet d'une l'analyse d'activité ⁴⁰³. Un nouveau régime a cependant été introduit en 2009 en cas de suspicion de fraude ⁴⁰⁴, même si la jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur sa mise en œuvre : les informations communiquées à la commission ne doivent comporter aucune mention nominative ou susceptible de permettre l'identification d'une personne dans des conditions de nature à porter atteinte au secret médical.

⁴⁰¹ CSS, article R. 315-1-1

⁴⁰² CSS, article R. 315-1

⁴⁰³ CSS, article R. 315-1-1

⁴⁰⁴ Décret n° 2009-982 du 20 août 2009 relatif aux pénalités financières prévues à l'article L. 162-1-14 du Code de la sécurité sociale et à diverses mesures intéressant la lutte contre la fraude, article 6

254. La jurisprudence du Conseil d'Etat ne remet pas en cause ce pouvoir du contrôle médical, bien au contraire. Par exemple, le Conseil d'Etat a rappelé que les conditions dans lesquelles le service du contrôle médical procède à une analyse d'activité sont sans incidence sur la régularité de la saisine de la Section des assurances sociales du Conseil régional de l'ordre et de la procédure suivie devant celle-ci ⁴⁰⁵.

C. La délimitation des droits de la défense du médecin libéral

255. Les droits de la défense du professionnel de santé commencent dès le premier interrogatoire mené par l'assurance maladie. Les dispositions législatives ont été renforcées par la jurisprudence protectrice du Conseil d'Etat. L'article 5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 prévoit que « les avocats exercent leur ministère et peuvent plaider sans limitation de territoire devant toutes les juridictions et organismes juridictionnels ou disciplinaires ». Au surplus, l'article 6 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 affirme que « les avocats peuvent assister et représenter autrui devant les administrations publiques, sous réserve des dispositions législatives ou disciplinaires ». Ainsi les dispositions ⁴⁰⁶ selon lesquelles, lors de l'entretien avec le service du contrôle médical, le professionnel de santé peut se faire assister d'un membre de sa profession, « n'excluent pas que l'intéressé puisse également être assisté par un avocat » ⁴⁰⁷.

256. L'interprétation de l'article D. 315-1 du Code de la sécurité sociale pourrait prêter à confusion puisque cet article dispose que le professionnel de santé contrôlé peut se faire assister par un membre de sa profession lors de l'entretien prévu à l'article R. 315-1-2 (c'est-à-dire l'entretien prévu à l'issue de l'analyse d'activité réalisée par le contrôle médical). La mention d'un « membre de sa profession » semble implicitement exclure la présence d'un avocat. Une caisse ne saurait pourtant se prévaloir de cet article pour justifier l'absence d'information d'un professionnel de santé sur son droit à être assisté d'un avocat lors de l'entretien. En toute hypothèse et en matière disciplinaire, même si les règles de procédure ne sont pas écrites dans un texte général, l'on doit appliquer à ces procédures les règles essentielles des formes judiciaires ⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ CE 19 décembre 2008, req. n° 300838, inédit au Recueil Lebon

⁴⁰⁶ Introduites à l'article D. 315-1 du Code de la sécurité sociale par le décret n° 2007-146 du 1^{er} février 2007, pris pour l'application de l'article L. 315-1 du même Code

⁴⁰⁷ CE 29 octobre 2008, req. n° 304426

⁴⁰⁸ CE 20 juin 1913 Tery, *Rec.* p. 736

257. L'information des professionnels de santé sur leurs droits n'est pas systématique et pose problème, d'autant plus que le déroulement de l'enquête devant le service médical n'affecte pas la légalité de la saisine d'une juridiction. La Section des assurances sociales, affirme ainsi qu'un médecin « ne peut invoquer utilement le fait que la caisse ne l'ait pas informé de ce qu'il pouvait être assisté par un avocat ou un conseil lors de son audition par le service du contrôle médical »⁴⁰⁹.

§2. L'AUDITION ET L'EXAMEN DES PATIENTS PAR LE SERVICE DU CONTROLE MEDICAL

L'audition et l'examen des patients par le service du contrôle médical s'accompagne de l'information du patient interrogé (A) et obéit à certaines règles de procédure (B).

A. L'information du patient interrogé

258. L'article 9 du Code civil dispose que « chacun a droit au respect de sa vie privée », dans le même sens que la loi informatique et libertés sur la conservation des données personnelles⁴¹⁰. Le service médical doit donc demander une autorisation expresse au patient, et l'obtenir, avant d'effectuer par exemple une photographie dans le cadre de son contrôle. En l'absence de respect de ces dispositions le contrôle pourra être considéré comme irrégulier ce qui entraînera aussi l'irrégularité des poursuites.

259. De plus, d'après l'article R. 315-1-1 alinéa 2 du Code de la sécurité sociale le contrôleur « peut consulter les dossiers médicaux des patients ayant fait l'objet de soins dispensés par le professionnel concerné au cours de la période couverte par l'analyse. Il peut, en tant que de besoin, entendre et examiner ces patients après en avoir informé le professionnel ». Cette information devrait être délivrée pour chacun des patients examinés.

⁴⁰⁹ Section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des médecins, 12 décembre 2006, dossier n° 4226

⁴¹⁰ Loi n° 78-71 du 8 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (modifiée par la loi n° 2004-801 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements des données à caractère personnel et le décret n° 91-10151 portant application aux fichiers informatisés, manuels ou mécanographiques gérés par les services de renseignements généraux des dispositions de l'article 31 alinéa 3 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978.)

260. Le recours à l'article R. 315-1-1 du Code de la sécurité sociale a été la source d'un contentieux devant le Conseil d'Etat mais celui-ci a considéré que le pouvoir réglementaire n'a, en tout état de cause, pas méconnu les droits de la défense en prévoyant un entretien du service médical avec des patients sans pour autant prévoir la participation du médecin libéral concerné à l'entretien⁴¹¹. Dans cette même décision, le Conseil d'Etat a considéré que les dispositions de l'article R. 315-1-1 n'ont pas pour objet d'autoriser expressément la possibilité offerte par l'article R. 315-1-1 de réaliser la pratique d'examen par des rayonnements ionisants en vue de vérifier la validité de soins prodigués au patient. Lorsque le service du contrôle médical décide de recourir à de tels examens, comme l'y autorisent, par dérogation à l'article L. 1333-11 du Code de la santé publique qui n'autorise l'utilisation des rayonnements ionisants sur le corps humain qu'à des fins de diagnostic, de traitement ou de recherches biomédicales, les dispositions de l'article L. 315-1 du Code de la sécurité sociale dans le respect de la déontologie médicale, les dispositions de l'article R. 315-1-1 ne sauraient, en tout état de cause, contrairement à ce qui est soutenu, priver le patient et les professionnels de santé concernés des garanties prévues par le Code de la santé publique et le Code du travail lors de l'utilisation de rayonnements ionisants. La garantie de l'information du médecin libéral est partiellement respectée.

B. Les conditions de l'audition du patient

261. Au cours de l'enquête de la CPAM auprès des patients, le recueil des témoignages n'est pas soumis aux règles de l'article 202 du Nouveau code de procédure civile, lesquelles ne s'appliquent pas devant les juridictions ordinaires. L'attestation ne doit pas nécessairement mentionner l'identité de son auteur, ni indiquer qu'elle est établie en vue de sa production en justice et que son auteur a connaissance qu'un faux l'expose à des sanctions pénales. Son auteur ne doit pas forcément avoir personnellement constaté les faits relatés. Il suffit que les attestations soient recueillies par des agents assermentés dont les déclarations sont relayées par les auteurs de l'attestation. Dans une décision de 2006, la Section des assurances sociales avait souligné que des agents « n'avaient pas exercé d'intimidation »⁴¹², ce qui excluait toute irrégularité.

⁴¹¹ CE 18 juin 2007, req. n° 294699

⁴¹² Section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des médecins, 14 novembre 2006, n° 4176

262. Les modalités de l'audition de témoins sont souvent un grief formulé par un médecin sanctionné lorsqu'il conteste une décision de sanction. Pourtant la Section des assurances sociales a jugé que les conditions dans lesquelles s'est déroulée la procédure de contrôle de l'activité d'un médecin par la Caisse primaire d'assurance maladie et par le médecin-conseil « avant le dépôt de leur plainte conjointe », notamment s'agissant des « modalités de l'audition des patients » sont « sans influence sur la régularité de la procédure suivie devant cette juridiction »⁴¹³. Le médecin sanctionné « n'est pas fondé à soutenir que la procédure d'enquête suivie entache d'irrégularité la saisine de la Section des assurances sociales du Conseil régional de l'Ordre ». Dans une autre décision la SAS a affirmé que « les conditions dans lesquelles certains de ses patients ont été entendus préalablement à l'introduction d'une procédure contentieuse sont sans influence sur la régularité de la procédure suivie devant la juridiction ordinale »⁴¹⁴.

263. En l'absence de strictes conditions de forme, la Section des assurances sociales (SAS) examine les termes d'une attestation pour caractériser la force probante d'un témoignage. Dans une décision d'interdiction de donner des soins⁴¹⁵, la SAS a reconnu la validité de témoignages de patients recueillis par un agent assermenté lors de l'enquête préalable au dépôt d'une plainte, et non une fois que les poursuites ont été engagées. Ces attestations ne pouvaient « être considérées comme irrecevables du seul fait qu'elles seraient établies en méconnaissance des règles inscrites à l'article 202 du NCPC », d'autant plus qu'elles étaient "rédigées dans des termes fiables ».

⁴¹³ Section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des médecins, 14 novembre 2006, n° 4176

⁴¹⁴ Section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des médecins, 30 avril 2009, n° 4554

⁴¹⁵ Section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des médecins, 29 janvier 2008, n° 4335

III. LA QUESTION DU SECRET MEDICAL

Le secret médical est un principe fondamental de l'exercice de la profession de médecin (§1) qui connaît des exceptions (§2) sous le contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation (§3).

§1. LE SECRET MEDICAL COMME PRINCIPE FONDAMENTAL DE L'EXERCICE DE LA PROFESSION DE MEDECIN

264. Le contrôle de l'activité du médecin libéral implique de connaître le dossier médical des personnes soignées et pose la question du secret médical régi à la fois par le Code de la santé publique et par le Code de la sécurité sociale et institué par des règles déontologiques propres au corps médical.

265. Les règles les plus essentielles et anciennes de la profession du médecin en matière de secret médical proviennent du serment d'Hippocrate⁴¹⁶ : « Tout ce que je verrai ou j'entendrai dans l'exercice de mon art ou lors de mon ministère ne devra pas être divulgué. Je le tairai et le considérerai comme un secret ». Cette ligne de conduite est reprise dans le serment de l'ordre français des médecins de 1996 : « Admis dans l'intimité des personnes, je tairai les secrets qui me sont confiés. Reçu à l'intérieur des maisons, je tairai les secrets des foyers ».

266. L'intérêt du secret médical est double. Il donne au patient l'assurance de pouvoir parler librement sans que le monde soit au courant de ce qu'il révèle sur sa santé. Il assure au médecin une information fiable et aussi complète que possible sur la santé du patient, afin de mieux le soigner. L'article L. 162-2 du Code de la sécurité sociale énumère le secret médical parmi les principes déontologiques fondamentaux qui s'imposent aux médecins dans l'exercice de leur métier. Le secret médical est aussi l'une des formes du secret professionnel dont la violation est sanctionnée par le Code pénal : le médecin est tenu de ne pas révéler une information à caractère de secret dont il a eu connaissance « par état ou par profession »⁴¹⁷.

⁴¹⁶ IV^eme siècle avant Jésus-Christ

⁴¹⁷ Code pénal, article 226-13

§2. LES EXCEPTIONS EN MATIERE DE SECURITE SOCIALE

Ces exceptions tiennent à la compétence des personnes appelées à connaître les informations protégées par le secret médical (A) et au mode de traitement des données (B).

A. Les personnes appelées à connaître les informations protégées par le secret médical

267. Le Conseil d'Etat a admis pour reconnaître la légalité d'un décret que des restrictions puissent être apportées au secret médical lorsqu'elles sont la conséquence nécessaire de dispositions législatives, à l'instar de celles qui prévoient le remboursement de frais occasionnés par des feuilles de soins⁴¹⁸. La production auprès d'instances de contrôles d'une feuille de soins comprenant des mentions obligatoires ne constitue pas, par elle-même, une violation du secret médical selon le Code pénal, d'autant plus que l'indication des actes pratiqués sur la feuille de soins n'est susceptible d'être traduite en langage clair que par des personnes chargées du contrôle médical et soumises au secret professionnel à l'instar des informaticiens chargés du traitement informatique de ces données confidentielles qui sont soumis au secret professionnel⁴¹⁹. De même, pour le juge judiciaire, le secret médical ne saurait être opposé à un médecin-expert appelé à éclairer le juge sur les conditions d'attribution d'une prestation sociale, ce praticien, lui-même tenu au respect de cette règle, ne pouvant communiquer aux parties les documents médicaux examinés par lui et ayant pour mission d'établir un rapport ne révélant que les éléments de nature à apporter la réponse aux questions posées et excluant, hors de ces limites, ce qu'il a pu connaître à l'occasion de l'expertise⁴²⁰.

⁴¹⁸ Décret n° 86-601 du 14 mars 1986 relatif aux feuilles de soins

⁴¹⁹ CE 7 décembre 1990, req. n° 83068

⁴²⁰ Civ. 2^{ème} 22 novembre 2007, req. n° 06-18250, *Cahiers sociaux du Barreau de Paris*, 1^{er} mars 2008 n° 198 p. 142

Cette décision a été rendue à propos d'une rente attribuée par la Caisse de mutualité sociale agricole (CMSA).

B. Le traitement des données protégées par le secret médical

268. Le traitement automatisé des données relatives aux actes effectués par les professionnels de santé relève d'un régime spécial. L'existence d'un cadre juridique spécifique ⁴²¹ exclut l'applicabilité de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés régissant les traitements automatisés de données à caractère personnel ⁴²². L'article L. 161-29 du Code de la sécurité sociale permet ainsi au personnel d'assurance maladie d'avoir connaissance, dans le cadre de ses fonctions et pour la durée nécessaire à leur accomplissement des numéros de code des pathologies diagnostiquées, des actes effectués et des prestations servies au bénéfice d'une personne déterminée.

269. Une limite à cet accès est posée à l'article L. 315-1, V du Code de la sécurité sociale : les praticiens-conseils du service du contrôle médical et les personnes placées sous leur autorité n'ont accès aux données de santé à caractère personnel que si elles sont strictement nécessaires à l'exercice de leur mission, dans le respect du contrôle médical.

§3. LE CONTROLE JURIDICTIONNEL DU RESPECT DU SECRET MEDICAL PAR LE CONSEIL D'ETAT ET LA COUR DE CASSATION

La transmission d'informations au service médical d'un organisme d'assurance maladie (A), la connaissance par les CPAM du nombre de patients ayant contacté un centre d'appel (B) ou l'accès du médecin au dossier médical personnel du patient (C) sont autant d'aspects du secret médical contrôlés par le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation.

A. Transmission d'informations au service médical d'un organisme d'assurance maladie

270. La transmission d'informations du service médical d'un organisme d'assurance maladie à un médecin-expert pose problème. Une solution nous est indirectement donnée dans le contentieux porté devant la CNITAAT ⁴²³. Viole les articles 9 du code civil, aux termes duquel chacun a droit au respect de sa vie privée et R. 4127-4 du Code de la santé

⁴²¹ Institué par la loi n° 2003-1199 du 18 décembre 2003 de financement de la sécurité sociale pour 2004, JO 19 décembre 2003, n° 293, p. 21641

⁴²² CE 19 décembre 2008, req. n° 300838, inédit au Recueil Lebon

⁴²³ CNITAAT : Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail

publique, précédemment article 4 du Code de déontologie médicale dont il résulte que le secret médical, institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin, la CNITAAT qui, pour ordonner la production de toutes pièces administratives et médicales nécessaires à la solution d'un litige opposant un organisme de sécurité sociale à un employeur, retient que l'assuré social sollicitant un avantage social en réparation d'un préjudice renonce volontairement, dans son propre intérêt, à la protection instituée en sa faveur par l'article 4 du Code de déontologie médicale, alors que ni l'accord de la victime ni son absence d'opposition à la levée du secret médical ne peuvent résulter de la simple sollicitation de prestations ⁴²⁴. On ne peut pas renoncer aux garanties fondamentales dont on bénéficie.

271. L'accord du patient semble être un rempart à l'obligation d'information qui pèse sur le médecin. Si le juge civil a le pouvoir d'ordonner à un tiers de communiquer à l'expert les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission, il ne peut, en l'absence de disposition législative spécifique, contraindre un établissement de santé à lui transmettre des informations couvertes par le secret sans l'accord de la personne concernée ou de ses ayants droit, le secret médical constituant un empêchement légitime que l'établissement de santé a la faculté d'invoquer. Il appartient au juge saisi sur le fond d'apprécier, en présence de désaccord de la personne concernée ou de ses ayants droit ; si celui-ci tend à faire respecter un intérêt légitime ou à faire écarter un élément de preuve et d'en tirer toute conséquence quant à l'exécution du contrat d'assurance ⁴²⁵.

272. Le contentieux devant la CNITAAT nous enseigne aussi que les pièces médicales sur la base desquelles les médecins du service du contrôle médical déterminent le taux d'incapacité permanente partielle, y compris le cas échéant le dossier de la médecine du travail, sont en la possession dudit service et non de la caisse, alors que le service du contrôle médical est indépendant de la caisse. Le refus de communication de pièces médicales opposé par le service du contrôle médical ne peut pas avoir pour conséquence de rendre inopposable à l'employeur une décision de la CPAM sur un taux d'incapacité et la CPAM doit fournir les pièces nécessaires à un réel débat contradictoire ⁴²⁶. Le service du contrôle médical possède donc des informations couvertes par le secret médical.

⁴²⁴ Civ. 2^{ème}, 13 novembre 2008, req. n° 07-18.364, *D.* 2008. AJ. 2948 ; *RDSS* 2009.185, obs. T.Tauran

⁴²⁵ Civ. 1^{ère}, 7 décembre 2004, req. n°02-12539, *D.* 2005. IR.339

⁴²⁶ Civ. 2^{ème}, 19 février 2009, req. n° 08-11959

B. Contestation d'une lettre-réseau

273. Le respect du secret médical a été le motif de contestation d'une lettre-réseau⁴²⁷ adressée aux directeurs des caisses primaires d'assurance maladie par la CNAMTS⁴²⁸. Cette lettre-réseau énonce que les caisses devront procéder à des contrôles a posteriori de la cotation des majorations spécifiques, afin de vérifier si le médecin de permanence est intervenu à la demande du médecin chargé de la régulation ou du centre d'appel de l'association de permanence des soins. Le Conseil d'Etat a jugé que cette procédure, qui conduit à rapprocher le nombre d'appels téléphoniques reçus au centre de régulation, du nombre de patients ayant contacté le centre de régulation avant de consulter le médecin de permanence, n'a pas pour effet de contraindre ce centre à communiquer aux agents de caisses primaires d'assurance maladie des données comportant le nom des patients concernés, et n'entraîne par elle-même aucune violation du secret médical ni du respect de la vie privée protégés par l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique⁴²⁹.

C. L'accès au dossier médical personnel (DMP) du patient

274. Figurent aussi dans le Code de la sécurité sociale les dispositions applicables au dossier médical personnel (DMP) qui font fréquemment référence au Code de la santé publique ainsi que des dispositions relatives aux cartes électroniques individuelles destinées à contenir des données de santé ou à l'Institut des données de santé. Les professionnels de santé sollicités par un patient ont accès à son DMP sous certaines conditions, contrairement aux médecins des assurances privées, mutuelles, médecin du travail, employeur a fortiori les médecin-conseils du service médical d'une CPAM⁴³⁰. Le contrôle effectué le service du contrôle médical admet donc des entorses au respect du secret médical, ce qui renforce la nécessité de garantir les libertés fondamentales du médecin contrôlé.

⁴²⁷ Civ. 2^{ème}, 12 mars 2009, req. n° 08-14210 : il est question dans cet arrêt d'une lettre-réseau d'une CPAM qui se réfère à une circulaire. Les lettres-réseaux auraient ainsi une valeur juridique inférieure aux circulaires.

⁴²⁸ Lettre-réseau LR-MPS-22/2005 du 1^{er} août 2005 relative à la mise en œuvre des dispositions de l'avenant n°4 de la convention nationale des médecins libéraux

⁴²⁹ CE 7 mai 2007 Conseil national de l'Ordre des médecins, req. n° 285022

⁴³⁰ CSP, article L. 1111-17

IV. VERS UN CONTROLE PAR ECHANTILLONNAGE ?

275. La question du recours au contrôle par échantillonnage est d'actualité et résulte de la rédaction de la section 7 de la Loi de financement de la sécurité sociale (LFSS) pour 2010⁴³¹. L'article 92 de la LFSS permet de contrôler, « sur la base d'un échantillon » et en fonction du chiffre d'affaires annuel, l'activité d'une pharmacie, d'un laboratoire de biologie médicale, d'un établissement de santé, d'un fournisseur de certains produits ou prestations⁴³², de certaines sociétés de transport sanitaire ou d'entreprises de taxi⁴³³.

276. Le contrôle effectif porte donc sur une partie seulement de l'activité, l'objectif étant de réduire la durée des contrôles. Lors des débats parlementaires sur la LFSS pour 2010 le Ministre du budget Eric Woerth a souligné que « les pharmaciens et les laboratoires de biologie médicale devraient être favorables à l'échantillonnage puisque la durée du contrôle est forcément moins longue. Ces professions ont tout intérêt à l'exclusion des brebis galeuses ou des moutons noirs. Elles devraient défendre un contrôle efficace et, surtout, dissuasif »⁴³⁴. Une fois ce repérage effectué, le montant d'une pénalité est calculé en fonction du rapport entre les sommes indûment perçues et les sommes dues, sur la base des dépenses prises en charge par l'organisme local d'assurance maladie au cours de la période contrôlée ou, si le contrôle porte sur un ou plusieurs éléments d'activité ou prestations en particulier, sur la base des dépenses afférentes à ceux-ci. La question de l'échantillonnage risque donc de se poser pour les professionnels de santé et notamment les médecins libéraux.

277. En réalité, l'extension du contrôle par *testing* aux médecins libéraux serait problématique pour le respect de leurs droits. L'exemple de la méthode de l'échantillonnage en matière de contrôle URSSAF⁴³⁵ peut constituer une piste de réflexion. Avant que les textes ne valident une telle pratique, la Cour de cassation a affirmé que l'URSSAF qui entend recourir à une méthode d'évaluation par sondage et extrapolation sur la base de la comptabilité réelle de l'entreprise doit s'assurer préalablement de l'accord

⁴³¹ Loi n° 2009-1646 du 24 décembre 2009 de financement de la sécurité sociale pour 2010, JO 27 décembre 2009 n° 0300, p. 22392

⁴³² Inscrits sur la liste mentionnée à l'article L. 165-1 du Code de la sécurité sociale

⁴³³ Mentionnées à l'article L. 322-5 alinéa 2 du Code de la sécurité sociale

⁴³⁴ 2^{ème} séance AN, 30 octobre 2009

⁴³⁵ URSSAF : Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales

de l'employeur sur les modalités du contrôle et sur le mécanisme de l'extrapolation⁴³⁶. Un décret de 2007 a légalisé le recours par les organismes de recouvrement à la méthode de l'échantillonnage et de l'extrapolation⁴³⁷. En cas de contrôle par échantillonnage ou extrapolation, le contrôle fait par un agent de l'URSSAF est soumis à des conditions formelles. Le décret précité de 2007 dispose que l'employeur contrôlé doit être informé de la méthode suivie avant sa mise en œuvre et doit éventuellement pouvoir la refuser. Après avoir accepté, l'employeur doit pouvoir formuler des observations à tout moment de la procédure. Le droit à l'information et aux observations apparaissent comme des composantes essentielles de la légalité d'une procédure qui ne concerne qu'une partie de l'activité d'un professionnel, et seul un refus exprès permet à l'employeur de s'opposer à une telle méthode. Un arrêté de 2007 a complété le cadre réglementaire donné à cette méthode en prévoyant la constitution d'une base de sondage, le tirage d'un échantillon, la vérification exhaustive de l'échantillon et l'extrapolation à la population ayant servi de base à l'échantillon⁴³⁸. « Dans le cadre de la procédure contradictoire, l'employeur est associé à chacune de ces phases. » La portée du contradictoire lors de la mise en œuvre du redressement par sondage par des agents de l'URSSAF doit pourtant être relativisée⁴³⁹.

278. Les droits susceptibles d'être affectés semblent être les mêmes en matière de contrôle URSSAF et de contrôle des professionnels de santé et les enseignements du contrôle URSSAF peuvent s'avérer utile pour le contrôle des médecins libéraux. Or les lacunes du contrôle URSSAF risquent d'être aussi celles d'un contrôle des médecins libéraux par la méthode de l'échantillonnage. D'une part, le droit d'observations n'est pas assorti d'une obligation de réponse de la part de l'agent de l'URSSAF. Les limites du contradictoire résident d'autre part dans un obstacle technique. L'absence de désaccord initial avec la méthode par sondage ou extrapolation empêche toute contestation par la suite, alors que l'essentiel du contrôle a une base informatique. Enfin le refus exprès de la personne contrôlée peut être ignoré par l'agent de contrôle.

⁴³⁶ Soc. 24 octobre 2002, req. n° 01-20.699, *Bull. civ.* 2002, V, n° 319

⁴³⁷ Décret n° 2007-546 du 11 avril 2007 relatif aux droits des cotisants et au recouvrement des cotisations et contributions sociales et modifiant le Code de la sécurité sociale, article 4

⁴³⁸ Arrêté du 11 avril 2007 définissant les méthodes de vérification par échantillonnage et extrapolation pris en application de l'article R. 243-59-2 du Code de la sécurité sociale

⁴³⁹ M. DEL SOL, « La légalisation du redressement par sondage... ou le recul de la taxation sur des bases réelles », *La Semaine Juridique Sociale* n° 10, 4 mars 2008

SECTION IV. LA CLOTURE ET LES SUITES DU CONTROLE MEDICAL

La Caisse informe le médecin libéral des suites données au contrôle (I). Des poursuites peuvent être engagées (II).

I. L'INFORMATION PAR LA CAISSE DES SUITES DONNEES AU CONTROLE

279. Informée d'anomalies par le service du contrôle médical, la Caisse notifie au médecin libéral les griefs retenus à son encontre⁴⁴⁰: Le médecin peut alors solliciter un entretien avec le service du contrôle médical :

A l'issue de cette analyse, le service du contrôle médical informe le professionnel concerné de ses conclusions. Lorsque le service du contrôle médical constate le non-respect de règles législatives, réglementaires ou conventionnelles régissant la couverture des prestations à la charge des organismes de sécurité sociale, il en avise la caisse. La caisse notifie au professionnel les griefs retenus à son encontre, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Dans le délai d'un mois qui suit la notification des griefs, l'intéressé peut demander à être entendu par le service du contrôle médical.

280. Dans le cas où le médecin libéral sollicite un entretien, le service du contrôle médical a l'obligation de lui fournir les éléments nécessaires à sa préparation⁴⁴¹:

Préalablement à l'entretien prévu à l'article R. 315-1-2, le service du contrôle médical communique au professionnel de santé contrôlé l'ensemble des éléments nécessaires à la préparation de cet entretien, comportant notamment la liste des faits reprochés au professionnel et l'identité des patients concernés.

281. Le médecin doit bénéficier d'une information complète sur le contrôle dont il fait l'objet afin que l'entretien soit régulier, tout comme la clôture du contrôle. Cet élément fondamental de légalité est susceptible d'être transgressé si le médecin libéral lui-même

⁴⁴⁰ CSS, article R. 315-1-2

⁴⁴¹ CSS, article D. 315-2 alinéa 1

n'en a pas connaissance. Cela souligne à nouveau l'enjeu de son information sur ses droits dès le début de la procédure.

282. L'entretien qui a eu lieu doit faire l'objet d'un compte-rendu ⁴⁴²:

Cet entretien fait l'objet d'un compte-rendu qui est adressé, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, au professionnel de santé dans un délai de quinze jours. A compter de sa réception, le professionnel de santé dispose d'un délai de quinze jours pour renvoyer ce compte-rendu signé, accompagné d'éventuelles réserves. A défaut, il est réputé approuvé.

283. Le médecin libéral a alors quinze jours pour apporter des réserves à ce compte-rendu. A défaut, il est réputé l'avoir approuvé. Ce délai de quinze jours en matière d'accord tacite apparaît comme vraiment très court. A titre de comparaison, la loi DCRA ⁴⁴³ fait référence à un délai de deux mois.

284. Les observations du professionnel de santé sont donc encadrées par des règles de procédure. Une requête en annulation avait été formée par les Conseils nationaux de l'Ordre des médecins, des pharmaciens, des sages-femmes et des chirurgiens-dentistes contre un décret prévoyant les modalités de l'information des professionnels de santé lors de la procédure menée par le service du contrôle médical ⁴⁴⁴. Cette demande a été rejetée par le Conseil d'Etat en 2008. Tout d'abord la procédure de présentation d'observations ne doit pas être réglée dans tous ses éléments par des dispositions écrites. Par suite, « les conseils de l'ordre requérants ne sont pas fondés à soutenir que le décret qu'ils attaquent est illégal faute de prévoir le délai dans lequel sont communiqués au professionnel de santé contrôlé les éléments nécessaires à la préparation de son entretien avec le service du contrôle médical ». Ensuite le principe général des droits de la défense et le principe de sécurité juridique, ne sont pas méconnus par « l'absence, dans le décret attaqué, d'une règle de durée maximale de la procédure d'analyse de l'activité des professionnels de santé » ⁴⁴⁵.

⁴⁴² CSS, article R. 315-1-2 alinéa 2

⁴⁴³ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, articles 21 et 22

⁴⁴⁴ Décret n° 2007-146 du 1^{er} février 2007 pris pour l'application de l'article L. 315-1 du Code de la sécurité sociale, JO 4 février 2007 n° 30, p. 2136

⁴⁴⁵ CE 29 octobre 2008, req. n° 304426

285. L'information du médecin libéral n'est pas terminée, puisque la Caisse a l'obligation de délivrer une information au médecin contrôlé afin de lui faire connaître ses intentions quant à la procédure initiée. L'information du médecin sur le contrôle médical passe donc par l'intermédiaire de la CPAM. L'article D. 315-3 dispose ainsi :

*A l'expiration des délais prévus au second alinéa de l'article D. 315-2 [délai de contestation du compte-rendu d'entretien] ou, à défaut, à l'expiration du délai d'un mois mentionné à l'article R. 315-1-2 [expiration du délai pour solliciter un entretien avec le service du contrôle médical], la caisse informe **dans un délai de trois mois** le professionnel de santé des suites qu'elle envisage de donner aux griefs initialement notifiés. **A défaut, la caisse est réputée avoir renoncé à poursuivre le professionnel de santé contrôlé.***

II. L'ENGAGEMENT DE POURSUITES A L'ENCONTRE DU MEDECIN LIBERAL

L'engagement de poursuites de la part de la Caisse primaire résulte du non-respect de dispositions générales du Code de la sécurité sociale (§1), mais aussi du refus de collaborer dans le cadre d'un contrôle (§2) ou de la violation de la part du médecin libéral d'une obligation d'information (§3).

§1. LE NON-RESPECT DE DISPOSITIONS GENERALES DU CODE DE LA SECURITE SOCIALE

286. L'article R. 315-1 du CSS dispose que lorsque, à l'occasion de l'analyse de l'activité d'un professionnel de santé, le service du contrôle médical constate le non-respect :

- -de dispositions régissant la prise en charge des frais médicaux
- -ou de règles que les professionnels sont tenus d'appliquer dans leur exercice,

Alors sont mises en œuvre les procédures prévues notamment aux articles L. 133-4 (inobservation des règles de tarification ou de facturation), L. 145-1 (fautes, abus, fraudes et tous faits intéressant l'exercice de la profession), L. 162-9 (obligations conventionnelles), au 8° du deuxième alinéa de l'article L. 162-12-9 (les modes de rémunération, autres que le paiement à l'acte, des activités de soins ainsi que les modes de rémunération des activités autres que curatives des masseurs-kinésithérapeutes), et aux

articles L. 162-12-16 (dossiers qui lui sont soumis concernant le respect des références médicales ⁴⁴⁶ ou, le cas échéant, des références médicales applicables en l'absence de convention ⁴⁴⁷).

§2. LE REFUS DE COLLABORER DANS LE CADRE D'UN CONTROLE OU D'UNE ENQUETE

287. Le refus d'accès à une information, l'absence de réponse ou la réponse fausse, incomplète ou abusivement tardive à toute demande de pièce justificative, d'information, d'accès à une information ou à une convocation émanant de l'organisme local d'assurance maladie ou du service du contrôle médical dans le cadre d'un contrôle peuvent être considérés comme un refus de collaborer se rattachant au pouvoir de sanction de la Caisse primaire.

288. Le texte n'institue pas simplement un droit de communication, puisque le praticien doit également déférer à une demande d'information ou à une convocation, c'est à dire un entretien. Le simple refus de collaborer activement à son propre contrôle est donc sanctionné, à l'aide de notions imprécises comme le caractère tardif ou non d'une réponse.

289. La question de la compatibilité de cette mesure avec le droit au silence doit être posée, surtout si l'on sait que les éléments recueillis dans le cadre de ce contrôle pourraient servir, sur le fondement du même texte, à sanctionner le praticien. Le droit européen proclame pour la matière pénale ou assimilée ⁴⁴⁸, dans certaines conditions, l'existence d'un droit à ne pas participer à sa propre incrimination. Le droit au silence ne consiste pas à refuser de communiquer un document préexistant. Le droit de ne pas participer à sa propre incrimination implique en revanche qu'on ne peut exiger du praticien une démonstration qui lui ferait grief ⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ CSS, article L. 162-5

⁴⁴⁷ CSS, article L. 162-14-2

⁴⁴⁸ Pour la Cour de Strasbourg, relève du champ pénal la sanction qui concerne tous les citoyens, ne tend pas à la réparation pécuniaire d'un préjudice, troisièmement est une norme de caractère général dont le but est à la fois préventif et répressif : CEDH 24 février 1994, Bendenoun c. France, Série A, n° 284, n° 12547/86

⁴⁴⁹ CEDH 25 février 1993, Funke c. France, *Rec. CEDH* 193, A, p. 256 ; *JCP G* 1993, II, 22073, obs. ROMAIN et GARNON ; CEDH 17 décembre 1996, Sanders c. R.U, *JCP* 1997, I, 4000, obs. SUDRE

§3. LES REGLES COERCITIVES SPECIFIQUES EN CAS DE VIOLATION PAR LE MEDECIN D'OBLIGATIONS D'INFORMATION

290. La loi du 4 mars 2002 pose un principe général à l'article L. 1111-3 du Code de la santé publique : « toute personne a droit, à sa demande, à une information, délivrée par les établissements et services de santé publics et privés, sur les frais auxquels elle pourrait être exposée à l'occasion d'activités de prévention, de diagnostic et de soins et les conditions de leur prise en charge. Les professionnels de santé en exercice libéral doivent, avant l'exécution d'un acte, informer le patient de son coût et des conditions de son remboursement par les régimes obligatoires de sécurité sociale »⁴⁵⁰. En outre, la loi réitère l'obligation de faire un devis qu'un texte réglementaire avait déjà instituée à la charge du praticien se livrant à des opérations de chirurgie esthétique⁴⁵¹.

291. La jurisprudence et la loi contribuent à déterminer le contenu de l'information préalable. L'article L. 1111-3 alinéa 3 du Code de la santé publique dispose que le professionnel de santé doit « afficher de façon visible et lisible dans sa salle d'attente ou à défaut dans son lieu d'exercice les informations relatives à ses honoraires, y compris les dépassements qu'il facture. » Les actes concernés et les formules d'explication que doit afficher un professionnel de santé dans sa salle d'attente sont précisés⁴⁵² :

1° Pour les médecins : consultation, visite à domicile et majoration de nuit, majoration de dimanche, majorations pratiquées dans le cadre de la permanence des soins et au moins cinq des prestations les plus couramment pratiquées ;

2° Pour les chirurgiens-dentistes : consultation et au moins cinq des prestations de soins conservateurs, chirurgicaux et de prévention les plus pratiqués et au moins cinq des traitements prothétiques et d'orthopédie dento-faciale les plus pratiqués ;

3° Pour les autres professionnels de santé : consultation, visite à domicile et au moins cinq des prestations les plus couramment pratiquées.

⁴⁵⁰ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, article 5, JO 5 mars 2002 p. 4118

⁴⁵¹ CSP, article L. 6322-2

⁴⁵² CSP, articles R. 1111-21 à R. 1111-24

292. Des sanctions sont prévues en cas de violation de ce dispositif et sont susceptibles de faire intervenir les autorités de l'Etat. La réglementation relative à l'information des patients ouvre ainsi un large champ d'action aux agents de contrôle de la Caisse primaire ⁴⁵³:

*En cas de première constatation d'un manquement, les **agents habilités** notifient au médecin un rappel de réglementation mentionnant la date du contrôle, les faits constatés ainsi que le montant maximum de l'amende administrative encourue. Le médecin libéral en cause dispose d'un délai de quinze jours pour se mettre en conformité avec la réglementation ainsi rappelée.*

⁴⁵³ CSP, article R. 1111-25

CONCLUSION CHAPITRE I

293. La recherche de faits répréhensibles par le contrôle médical est menée par un service national autonome constitué d'agents assermentés. A partir de résultats essentiellement statistiques, ceux-ci vont procéder à une analyse d'activité du médecin libéral en axant leurs investigations sur des actes comportant de forts enjeux tarifaires (activité de prescription élevée, prescription d'arrêts de travail). Leur analyse consiste à comparer le comportement du médecin avec des standards établis à partir de moyennes là où des outils statistiques tel que l'écart-type seraient plus pertinents⁴⁵⁴. Cette approche de l'activité du médecin libéral par le service du contrôle médical pose problème au regard du principe de non discrimination dans la mesure où les agents recherchent les signes d'une infraction à partir d'un simple résultat statistique. Si cette démarche devait être approfondie par la méthode de l'échantillonnage, celle-ci apparaîtrait comme peu loyale donc dangereuse pour les droits des médecins libéraux, surtout au vu des suites qui peuvent être données à un contrôle médical.

294. Dans ce contexte, l'information du médecin libéral devient la clef de sa défense et ne doit pas porter que sur les résultats statistiques de son activité mais aussi les actes médicaux qu'on lui reproche. Le principe du contradictoire et les droit de la défense doivent aussi être respectés dès l'entame des investigations menées par le contrôle médical, notamment en raison des poursuites qui peuvent résulter des conclusions du service du contrôle médical.

⁴⁵⁴ L'écart-type mesure la dispersion d'une série de valeurs autour de leurs moyennes et permet de définir un intervalle de confiance entre la valeur moyenne et l'écart-type.

CHAPITRE II. LA POURSUITE DU MEDECIN LIBERAL PAR LA CAISSE PRIMAIRE

La poursuite du médecin libéral par la Caisse primaire donne lieu à un important contentieux qui nécessite d'explicitier l'ordre juridictionnel compétent en fonction de la sanction encourue (Section liminaire). Différents contentieux peuvent être déclenchés par la Caisse primaire : poursuite directe de la part du directeur de la Caisse primaire (Section I), contentieux du recouvrement de l'indu (Section II), contentieux conventionnel (Section III), poursuite devant la Section des assurances sociales du Conseil de l'Ordre (Section IV), poursuite devant la Chambre disciplinaire du Conseil de l'Ordre (Section V) et enfin mesures d'urgence (Section VI).

SECTION LIMINAIRE. L'ORDRE JURIDICTIONNEL COMPETENT LORS DES RECOURS CONTRE LES SANCTIONS

Le juge administratif est en principe compétent en cas d'action en responsabilité à la suite de l'exercice d'une mission de service public par un établissement public administratif (I), mais s'efface rapidement devant le juge judiciaire en matière de contentieux de sécurité sociale (II). Des exceptions existent toutefois en matière de contentieux du contrôle technique et de contentieux disciplinaire classique (III), ainsi qu'en matière de contentieux conventionnel (IV).

I. LA COMPETENCE DE PRINCIPE DU JUGE ADMINISTRATIF EN CAS D'ACTION EN RESPONSABILITE A LA SUITE DE L'EXERCICE D'UNE MISSION DE SERVICE PUBLIC PAR UN ETABLISSEMENT PUBLIC ADMINISTRATIF

295. Le principe général est issu de l'arrêt Blanco⁴⁵⁵. La juridiction administrative est compétente lorsqu'est menée une action en responsabilité à la suite de l'exercice d'une

⁴⁵⁵ TC 8 février 1873, Blanco, req. n° 00012, Publié au recueil Lebon

mission de service public par un établissement public administratif (EPA)⁴⁵⁶. Or seule la CNAMTS est un EPA⁴⁵⁷, alors que les Caisses régionales d'assurance maladie (CRAM) et les Caisses primaires d'assurance maladie (CPAM) sont des personnes morales de droit privé assurant une mission de service public. D'après ce principe, seules les sanctions prises par la CNAMTS à l'encontre des médecins libéraux seraient examinées par les juridictions administratives, mais la CNAMTS n'intervient pas directement pour sanctionner les médecins. De plus les Sections des Conseils de l'Ordre amenées à sanctionner les médecins ne sont pas des établissements publics administratifs : les ordres professionnels ont été qualifiés d'organismes privés chargés d'une mission de service public par le Conseil d'Etat⁴⁵⁸.

II. LA COMPETENCE DU JUGE JUDICIAIRE POUR LE CONTENTIEUX GENERAL DE LA SECURITE SOCIALE

296. En ce qui concerne les autres sanctions (prises par les CRAM ou les CPAM), on peut se référer à l'article L. 142-1 du Code de la sécurité sociale d'après lequel il est institué une organisation du contentieux général de la sécurité sociale qui règle les différents auxquels donne lieu l'application des législations et réglementations de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole, et qui ne relèvent pas, par leur nature, d'un autre contentieux.

297. Or, d'après l'article L. 142-2 alinéa 1 du Code de la sécurité sociale, « le Tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS) connaît en première instance des litiges relevant du contentieux général de la sécurité sociale »⁴⁵⁹. Le TASS est par exemple compétent pour les actions en remboursement d'indu⁴⁶⁰, le contentieux des contrats de

⁴⁵⁶ VINCENT P., Concl sur CAA Nancy 25 mai 2000 M. Jean-Jacques Didier, « La compétence juridictionnelle en matière de responsabilité du service du contrôle médical », *Revue de droit sanitaire et social* 2000, p. 799

⁴⁵⁷ CSS, article L. 221-2

⁴⁵⁸ CE 13 janvier 1961, req. n° 43548, p. 33

⁴⁵⁹ Les dispositions issues de la loi n° 2008-126 du 13 février 2008 entrent en vigueur à une date fixée par décret et au plus tard le 1^{er} janvier 2012, article 5-III.

La Cour d'appel statue sur les appels interjetés contre les décisions rendues par le tribunal des affaires de sécurité sociale.

⁴⁶⁰ D'après l'article L. 133-4 du Code de la sécurité sociale, ce contentieux concerne l'inobservation des règles de tarification ou facturation des actes, prestations, produits et frais de transport, donnant lieu à

bonne pratique ⁴⁶¹ et enfin le contentieux des pénalités financières ⁴⁶² (en tout cas pour la contestation de la contrainte délivrée pour le recouvrement de la pénalité financière ⁴⁶³, le Tribunal administratif étant compétent pour la contestation de la sanction elle-même ⁴⁶⁴). La jurisprudence a tiré les conséquences de cette compétence du juge judiciaire instituée par l'effet d'une dérogation : le droit à prestation ou à prise en charge, exercé par l'assuré ou le praticien, ne peut être admis que dans les cas prévus par le droit de la sécurité sociale ⁴⁶⁵.

298. La compétence est aussi celle du juge judiciaire lorsque l'action en responsabilité est l'accessoire d'une action principale exercée devant le TASS. C'est le cas lorsqu'un assuré social ou un praticien de santé (à l'instar du médecin libéral) engage une action en contestation d'une décision d'une Caisse d'assurance maladie rendue à partir de l'avis d'un médecin ou pharmacien-conseil, et de manière accessoire, une action en responsabilité contre ce médecin ou pharmacien-conseil. La Cour administrative d'appel de Nancy a considéré que le différend qui oppose un assuré social au médecin-conseil et au médecin-expert chargé du contrôle médical « ne relève pas, par nature, d'un contentieux autre que celui de la sécurité sociale ». Dès lors, et « sans qu'y fasse obstacle la circonstance que le contrôle médical dépend de la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés qui est un établissement public administratif, ce différend doit être porté devant la juridiction judiciaire » ⁴⁶⁶.

299. Cette décision s'inscrit dans la logique de la jurisprudence du Tribunal des conflits sur le tribunal compétent en cas de litige opposant un praticien et un pharmacien-conseil en raison de la tardiveté d'une délivrance d'agrément ⁴⁶⁷. La Cour de cassation

remboursement, ou en cas de facturation en vue de remboursement par les organismes d'assurance maladie d'un acte non effectué ou de prestations et produits non délivrés.

⁴⁶¹ CSS, articles L. 162-12-17 et suivants

Les contrats de bonne pratique ont vocation à compléter la tarification commune et permettent de revaloriser les honoraires des chirurgiens du secteur 1 et du secteur 2 en fonction du volume d'activité réalisée en tarifs opposables.

⁴⁶² CSS, article L. 162-1-14

⁴⁶³ CSS, article R. 147-1

⁴⁶⁴ TC 6 juillet 2009, n° C3696

⁴⁶⁵ Civ 2^{ème} 17 mai 2004, req. n° 03-11968 ; Civ 2^{ème}, 4 mai 2004, req. n° 02-31060 ; Civ 2^{ème}, 14 octobre 2003, req. n° 02-30733 ; Soc. 22 juin 2000, req. n° 99-10270

⁴⁶⁶ CAA Nancy, 3^{ème} chambre, 25 mai 2000, n° 96NC01153, Recueil Lebon 2000

⁴⁶⁷ TC 11 octobre 1993, req. n° 02855

avait reconnu dans l'arrêt *Vesperini* la compétence du juge judiciaire à propos de la demande de dommages-intérêts liée à une erreur de diagnostic d'un médecin-conseil, car cette demande était formée « à l'occasion d'un litige né de l'application des législations et réglementations de sécurité sociale »⁴⁶⁸. En revanche une simple action en responsabilité menée à l'encontre d'un médecin-conseil ou d'un pharmacien-conseil relèverait du juge administratif⁴⁶⁹.

III. LA COMPETENCE DU JUGE ADMINISTRATIF EN MATIERE DE CONTENTIEUX DU CONTROLE TECHNIQUE ET DE CONTENTIEUX DISCIPLINAIRE CLASSIQUE

300. Les dispositions relatives à la compétence du Tribunal des affaires de sécurité sociale⁴⁷⁰ ne sont pas applicables au contrôle technique⁴⁷¹ exercé à l'égard des praticiens ni aux recours formés contre les décisions des autorités administratives ou tendant à mettre en jeu la responsabilité des collectivités publiques⁴⁷². Or les médecins libéraux sont largement concernés par ce contentieux. Dans ce cas les juridictions de première instance sont les Sections des assurances sociales des Conseils régionaux de discipline de l'Ordre des médecins et sont présidées chacune par le président du Tribunal administratif (éventuellement assisté de deux suppléants) et composées d'assesseurs représentant pour moitié l'ordre et pour moitié les organismes de sécurité sociale^{473/474}. Ce contentieux relève alors du juge administratif.

⁴⁶⁸ Soc. 28 mai 1986 CPAM de Paris c. Mme Vesperini, req. n° 84-17556

⁴⁶⁹ VINCENT P., Concl sur CAA Nancy 25 mai 2000 M. Jean-Jacques Didier, « La compétence juridictionnelle en matière de responsabilité du service du contrôle médical », *Revue de droit sanitaire et social* 2000, p. 799

⁴⁷⁰ CSS, article L. 142-2

⁴⁷¹ Ce contentieux concerne les fautes, abus, fraudes et tous faits intéressant l'exercice de la profession, relevés à l'encontre d'un professionnel de santé relevant d'un ordre, à l'occasion des soins dispensés aux assurés sociaux. La plainte est soumise en première instance à une Section des assurances sociales de la chambre disciplinaire de l'Ordre (Conseil régional de l'Ordre).

⁴⁷² CSS, article L. 142-3, 2° et 3°

⁴⁷³ CSS, articles L.145-5 à R.145-14

⁴⁷⁴ Les deux assesseurs représentant l'ordre sont proposés par le Conseil régional de l'Ordre et choisis en son sein. Un assesseur représentant les organismes de sécurité sociale est nommé sur proposition du médecin-Conseil régional du régime général de sécurité sociale parmi les médecins-conseils titulaires chargés du contrôle médical dans la région. Le second est nommé sur proposition conjointe des responsables des services médicaux compétents dans la région respectivement du régime de protection sociale agricole et du

301. De même le contentieux ordinal classique relève des tribunaux administratifs. Le Conseil national de l'Ordre des médecins n'est pas un établissement public, mais il concourt au fonctionnement d'un service public et les décisions qu'il prend à ce titre relèvent du juge administratif⁴⁷⁵. Les infractions à la Nomenclature générale des actes professionnels (NGAP) commis par un praticien peuvent aussi relever du contentieux du contrôle technique⁴⁷⁶.

IV. LA COMPETENCE DU JUGE ADMINISTRATIF EN MATIERE DE CONTENTIEUX CONVENTIONNEL

302. Les tribunaux administratifs sont en principe compétents pour statuer sur les litiges relatifs aux sanctions conventionnelles prononcées à l'égard d'un médecin par les caisses. C'est en tout cas ce qu'a affirmé le Tribunal des conflits du 20 octobre 1997⁴⁷⁷, suivi par la Cour de cassation⁴⁷⁸. Le contentieux lié à la mise hors convention d'un professionnel de santé, aux références professionnelles et aux accords de bon usage et contrats de bonne pratique des soins⁴⁷⁹ relève du juge administratif en dépit des dispositions de l'article L. 162-34 du Code de la sécurité sociale⁴⁸⁰.

régime d'assurance maladie des travailleurs non salariés des professions non agricole parmi les médecins-conseils titulaires chargés du contrôle médical dans ces régimes.

⁴⁷⁵ CE Ass. 2 avril 1943 Bouguen, req. n° 72210, *Lebon* p. 86, *GAJA*

⁴⁷⁶ CE 24 janvier 1996 M. Miliani, req. n° 154942, *RJS* 1996, n° 334

⁴⁷⁷ TC 20 octobre 1997 Albert c. CPAM de l'Aude, req. n° 03032, *Lebon* p. 536

Le Tribunal des conflits a jugé que l'article L. 162-34 du Code de la sécurité sociale doit être appliqué dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 96-345 du 24 avril 1996 et que les tribunaux administratifs sont demeurés seuls compétents pour connaître des litiges relatifs à la mise hors convention d'un auxiliaire médical.

⁴⁷⁸ Soc. 14 octobre 1999 M. Petrequin c. CPAM de Lyon, req. n° 9721-670 ;

Soc. 19 juillet 2001, req. n° 00-13503 (« par décision du 20 octobre 1997, le Tribunal des conflits a jugé que l'article L. 162-34 du Code de la sécurité sociale devait être appliqué dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 96-345 du 24 avril 1996, ce dont il résulte que les tribunaux administratifs sont demeurés seuls compétents pour connaître, non seulement des recours en annulation des sanctions conventionnelles prises par les Caisses à l'égard d'un médecin, mais également de toutes les conséquences de leur application »)

⁴⁷⁹ D'après l'article L. 162-15-1 du Code de la sécurité sociale la CPAM peut décider de placer un professionnel hors de la convention pour violation des engagements prévus par celle-ci

⁴⁸⁰ D'après l'article L. 162-34 du Code de la sécurité sociale, les litiges pouvant survenir à l'occasion de la décision d'une caisse primaire d'assurance maladie de placer un professionnel hors de l'une des conventions, ou, en ce qui concerne les médecins du règlement, mentionnés aux sections I [Médecins, Section I-2 Soins palliatifs à domicile], II [Chirurgiens-dentistes, sages-femmes et auxiliaires médicaux, Section II-1 Références professionnelles, Section II-2 Accords de bon usage et contrats de bonne pratique des soins], III

Le Tribunal des conflits a confirmé cette décision *contra legem* dans une décision de 2002 ⁴⁸¹:

par suite, les juridictions administratives sont demeurées compétentes pour connaître des litiges relatifs à la mise hors convention d'un médecin ;

La jurisprudence du Tribunal des conflits ne semble toutefois pas être suivie et les recours des médecins se font actuellement devant les TASS. L'incertitude demeure.

Nous pouvons donc dresser un tableau récapitulatif des contentieux évoqués :

Les litiges relevant de l'ordre judiciaire	<p>Litiges relevant du contentieux général de la sécurité sociale (CSS, article L. 142-1)</p> <p>Actions en remboursement d'indu (CSS, articles L. 133-4, L. 133-4-1), notamment en cas d'opposition à une contrainte</p> <p>Contentieux des contrats de bonne pratique (CSS, article L. 162-12-17)</p> <p>Actions accessoires à une action principale exercée devant le TASS (par exemple une action en responsabilité contre un médecin-conseil)</p> <p>Contestation de la contrainte délivrée pour le recouvrement des pénalités financières décidées par le directeur d'une CPAM</p>
Les litiges relevant de l'ordre administratif	<p>Contentieux conventionnel</p> <p>Contentieux ordinal (devant la Section des assurances sociales ou devant la Section disciplinaire du Conseil de l'Ordre)</p> <p>Contentieux des pénalités financières décidées par le directeur d'une CPAM (contestation de la sanction elle-même)</p>

[Directeurs de laboratoires] du présent chapitre, sont de la compétence des tribunaux des affaires de sécurité sociale

⁴⁸¹ TC 1^{er} juillet 2002, req. n° 3299

SECTION I. LA POURSUITE DIRECTE DU MEDECIN LIBERAL A L'INITIATIVE DU DIRECTEUR DE LA CAISSE PRIMAIRE (PROCEDURE DES ARTICLES L. 162-1-14 ET SUIVANTS DU CSS)

Déclenchée par le directeur de la Caisse primaire (I), la procédure de sanction du médecin libéral par la Caisse primaire a un large champ d'application (II) et connaît des règles complexes de recours (III), alors que son autonomie justifie la répression des mêmes faits par d'autres moyens (IV).

I. UNE PROCEDURE DECLENCHEE PAR LE DIRECTEUR DE L'ORGANISME DE SECURITE SOCIALE

Le directeur de la Caisse primaire joue un rôle-clef dans la procédure coercitive mise en œuvre à l'encontre du médecin libéral à l'issue du contrôle médical, que celle-ci mène à une sanction (§1), une mise sous accord préalable (§2) ou une simple mise en garde (§3).

§1. PROCEDURE ABOUTISSANT A UNE SANCTION

303. Le directeur de la CPAM a le pouvoir de déclencher une enquête, mais aussi de prononcer une sanction à l'encontre d'un professionnel⁴⁸². De manière générale, l'article L. 114-9 du Code de la sécurité sociale dispose que les directeurs des organismes de sécurité sociale sont tenus, lorsqu'ils ont connaissance d'informations ou de faits pouvant être de nature à constituer une fraude, de procéder aux contrôles et enquêtes nécessaires. Ils transmettent à l'autorité compétente de l'Etat le rapport établi à l'issue des investigations menées⁴⁸³. Les pouvoirs de ces directeurs ont été accrus à la suite de la loi

⁴⁸² Depuis 2005 les directeurs des organismes de sécurité sociale avaient déjà vu leurs pouvoirs affirmés en matière d'enquête. (Loi n° 2005-1579 du 19 décembre 2005 de financement de la sécurité sociale pour 2006, article 92-I, JO 20 décembre 2005, n° 295, p. 19531 texte n° 1)

Le risque est que le directeur devienne juge et partie face à un professionnel de santé

⁴⁸³ Le directeur d'un organisme local d'assurance maladie, ainsi que ses services médicaux, sont aussi tenu depuis 2009 de communiquer à l'ordre compétent les informations qu'ils ont recueillies dans le cadre de leur activité et qui sont susceptibles de constituer un manquement à la déontologie de la part d'un professionnel de santé inscrit à un ordre professionnel.

du 17 décembre 2008⁴⁸⁴, complétée par un décret du 20 août 2009⁴⁸⁵, jusqu'à leur conférer un pouvoir autonome^{486/487}.

304. Le directeur de l'organisme local d'assurance maladie notifie les faits reprochés au praticien afin qu'il puisse présenter ses observations dans un délai précis. Le contentieux des pénalités prévoit ainsi l'information du professionnel de santé qui se trouve au cœur d'une procédure de contrôle. L'article R. 147-2 du CSS dispose que lorsqu'il a connaissance de faits susceptibles de faire l'objet de la pénalité financière, le directeur de l'organisme adresse à la personne en cause la notification prévue à cet article par tout moyen permettant de rapporter la preuve de sa date de réception. Lorsque ces faits ont donné lieu à l'engagement de la procédure mentionnée à l'article L. 315-1, la notification ne peut intervenir qu'à l'issue de cette procédure. Cette notification précise les faits reprochés et le montant de la pénalité encourue, et indique à la personne en cause qu'elle dispose d'un délai d'un mois à compter de sa réception pour demander à être entendue, si elle le souhaite, ou pour présenter des observations écrites.

305. A l'expiration de ce délai, le directeur peut, s'il décide de poursuivre, saisir une commission des pénalités⁴⁸⁸. A réception de l'avis de la commission, le directeur peut notifier à l'intéressé la pénalité qu'il décide de lui infliger, en indiquant le délai dans lequel il doit s'en acquitter. Le montant de la pénalité est fixé en fonction de la gravité des faits et de manière motivée afin de pouvoir être utilement contestée devant le tribunal administratif. En l'absence de paiement de la pénalité dans le délai prévu, le directeur

D'après l'article L. 162-1-19 du Code de la sécurité sociale créé par la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009, article 56

⁴⁸⁴ Loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale pour 2009

⁴⁸⁵ Décret n° 2009-982 du 20 août 2009 relatif aux pénalités financières prévues à l'article L. 162-1-14 du Code de la sécurité sociale et à diverses mesures intéressant la lutte contre la fraude

⁴⁸⁶ J. MORET-BAILLY, « La loi HPST et l'accès aux soins », *Revue de droit sanitaire et social* 2009, p. 820

⁴⁸⁷ Pour mesurer l'étendue de ce pouvoir, il suffit de comparer l'expression de « pouvoir autonome » avec celle de « pouvoir réglementaire autonome ». Même si l'une et l'autre décrivent des réalités totalement différentes, l'autonomie est souvent accordée aux instances administratives les plus élevées. Ainsi, seuls les chefs de services, à la tête d'une administration, peuvent jouir d'un « pouvoir réglementaire autonome » : CE 7 février 1936 Jamart, *Leb.* p. 172, *GAJA* n° 52

Le directeur de la CPAM détient des pouvoirs pour la mise sous entente préalable d'un praticien. Les débats parlementaires sur la Loi de financement de la sécurité sociale pour 2010 indiquent que cette mesure est pensée comme une sanction par le rapporteur de la loi.

Le rapporteur Yves BUR indique ainsi que la mise sous contrôle préalable est une manière de sanctionner le médecin qui délivre abusivement des arrêts de travail. (2^{ème} séance AN, 30 octobre 2009)

⁴⁸⁸ Pour les cas les plus graves, le directeur de l'organisme local d'assurance maladie peut prononcer une pénalité sans solliciter l'avis de la commission.

envoie une mise en demeure à l'intéressé de payer dans un certain délai. Lorsque la mise en demeure est restée sans effet, le directeur peut délivrer une contrainte qui, à défaut d'opposition du débiteur devant le tribunal des affaires de sécurité sociale, comporte tous les effets d'un jugement ⁴⁸⁹.

§2. PROCEDURE ABOUTISSANT A UNE MISE SOUS ACCORD PREALABLE

306. L'article L. 162-1-15 du Code de la sécurité sociale ⁴⁹⁰ instaure la mise sous accord préalable en cas de constatation par le service médical d'états pathologiques ayant entraîné le versement d'indemnités journalières ou la couverture de frais de médicaments et de dispositifs ou de prescriptions significativement supérieures aux données moyennes constatées régionalement pour une activité comparable. Sont surtout concernées les hypothèses où le nombre des arrêts de travail rapporté au nombre de consultations effectuées dépasse les données moyennes. Un dispositif de pénalités financières est prévu en cas de récidive ⁴⁹¹.

307. Dans ce cas le directeur de l'organisme local d'assurance maladie peut décider, après avis de la commission compétente en matière de pénalité financière, de subordonner à l'accord préalable du service du contrôle médical, pour une durée ne pouvant excéder six mois, la couverture d'actes, de produits ou prestations, de frais de transport ou le versement d'indemnités journalières en cas de constatation par ce service du non-respect par le médecin des conditions relatives à la constatation. Le médecin perdra donc sa liberté de prescription pendant une durée maximale de 6 mois.

308. La particularité de cette procédure est qu'elle peut être cumulée avec celle des pénalités financières ce qui pose la question d'une double peine infligée au médecin généraliste. Une alternative de type contractuelle est toutefois possible si le médecin accepte de s'engager à atteindre un objectif de réduction des prescriptions ou réalisations

⁴⁸⁹ CSS, article L. 114-7

⁴⁹⁰ Modifié par l'article 24 de l'ordonnance n° 2010-177 du 23 février 2010 de coordination avec la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires

⁴⁹¹ CSS, article L. 162-1-14, 6° : « U ne récidive **après deux périodes de mise sous accord préalable** en application de l'article L. 162-1-15 (...). »

en cause dans un certain délai ⁴⁹². La procédure de mise sous accord préalable se poursuit si le médecin refuse la proposition du directeur de l'organisme local d'assurance maladie. En cas de non-atteinte des objectifs d'amélioration des pratiques, le médecin encourt une pénalité pécuniaire prononcée par le directeur de l'organisme ⁴⁹³.

309. Toute la question est de savoir si le professionnel de santé concerné dispose de garanties pour le respect de ses droits. Ce dispositif de sanction semble porter atteinte à la liberté de prescription et d'exercice du médecin. La notion de « données moyennes constatées régionalement » ⁴⁹⁴ par comparaison avec « les médecins exerçant dans le ressort de la même agence régionale de santé ou dans le ressort du même organisme local d'assurance maladie » montre une absence de prise en compte de l'activité spécifique du médecin. Le médecin est sanctionné avant la constatation d'une infraction et sur un seul critère quantitatif.

310. Pire, cette méthode est irréaliste. Les disparités de types de patients, de demande de soins à l'échelle d'une région sont telles qu'une moyenne régionale apparaît comme un critère de comparaison impropre. Dans la région Ile-de-France, par exemple, le revenu moyen d'un foyer à Neuilly-sur-Seine n'a rien à voir avec celui d'une famille de Seine-Saint-Denis. Ces personnes ont à l'évidence un pouvoir d'achat divergeant, donc une demande de soins différentes, à des échelles incomparables. Confronter alors les prescriptions annuelles d'un médecin à une moyenne régionale apparaît comme simpliste, voire inapproprié. Les critères de ciblage des médecins ont pourtant été modifiés, mais sans ôter le regroupement régional qui tend à l'absurde. L'article 41 de la LFSS pour 2010 prévoit que le volume d'actes et de prescriptions de chaque praticien sera considéré non plus en valeur absolue mais au regard de son activité globale puisqu'il sera rapporté « au nombre de consultations effectuées. »

⁴⁹² Depuis la loi n° 2009-1646 du 24 décembre 2009 de financement de la sécurité sociale pour 2010, article 41, JO 27 décembre 2009, n° 0300, p. 22392

⁴⁹³ CSS, article L. 162-1-14, 6°

⁴⁹⁴ CSS, article L. 162-1-15

§3. UNE ALTERNATIVE : PROCEDURE ABOUTISSANT A UNE SIMPLE MISE EN GARDE

311. Lorsqu'il a connaissance de faits susceptibles de faire l'objet de la pénalité financière mentionnée à l'article L. 162-1-14, le directeur de l'organisme peut adresser à la personne en cause une simple mise en garde lui indiquant que ces faits seraient répréhensibles s'ils devaient être à nouveau constatés après un délai minimum d'un mois. Cette mise en garde n'est pas requise lorsque la personne en cause a déjà fait l'objet, durant les deux ans qui précèdent, d'une mise en garde ou d'une pénalité financière pour un même motif ou lorsque la demande présentée dépasse la moitié du plafond mensuel de la sécurité sociale ⁴⁹⁵.

312. Cet avertissement apparaît comme une protection pour le médecin libéral dans la mesure où le juge administratif en contrôle l'existence. Par exemple, le courrier qui informe un médecin de la saisine pour avis de la commission prévue à l'article L. 162-1-14 ne saurait être regardé comme une mise en garde ce qui permet d'annuler la pénalité décidée à l'encontre d'un médecin par le directeur d'une CPAM ⁴⁹⁶, le recours contre une telle sanction étant formé devant le juge administratif ⁴⁹⁷.

II. UN CHAMP D'APPLICATION DE LA PROCEDURE DE SANCTION PARTICULIEREMENT LARGE

Les textes dont le non-respect est sanctionné apparaissent comme particulièrement épars et nombreux (§1) et ne sont pas définis strictement par la loi (§2).

⁴⁹⁵ CSS, article R. 147-2

Au 1^{er} janvier 2010, le plafond mensuel s'élève à 2885 Euros par mois d'après l'arrêté du 18 novembre 2009 portant fixation du plafond de la sécurité sociale pour 2010. (JO 26 novembre 2009 p. 20344)

⁴⁹⁶ CAA Nancy 1^{er} mars 2010, req. n° 08NC01677

⁴⁹⁷ TC 6 juillet 2009, req.n° C3696

§1. LES TEXTES DONT LE NON RESPECT EST SANCTIONNE SONT PARTICULIEREMENT EPARSEES ET NOMBREUX

313. peuvent faire l'objet d'une pénalité prononcée par le directeur de l'organisme local d'assurance maladie pour toute inobservation des règles :

- du Code de la sécurité sociale,
- du Code de la santé publique,
- du Code rural ou
- du Code de l'action sociale et des familles

ayant abouti à une demande, une prise en charge ou un versement indu d'une prestation en nature ou en espèces par l'organisme local d'assurance maladie.

§2. LES FAITS REPROCHES NE SONT PAS DEFINIS STRICTEMENT PAR LA LOI

De nombreux manquements du médecin libéral se rattachent au pouvoir de sanction financière du directeur de la Caisse primaire : faits préjudiciant à l'organisme de sécurité sociale (A) et le non-respect de l'obligation de reporter les mentions obligatoires liées à un acte médical (B).

A. Les faits portant préjudice à la bonne gestion de l'organisme.

314. Le comportement répréhensible consistant en une demande, une prise en charge ou un versement indu d'une prestation en nature ou en espèces par l'organisme local d'assurance maladie, la poursuite peut intervenir même en l'absence de versement effectif de prestations par l'organisme. L'existence d'une simple demande induit une éventuelle poursuite⁴⁹⁸. La loi précise que les poursuites s'étendent :

- lorsque l'inobservation a pour effet de faire obstacle aux contrôles ou à la bonne gestion de l'organisme
- en présence du refus d'un professionnel de santé de reporter dans le dossier médical personnel les éléments issus de chaque acte ou consultation, dès lors que le patient ne s'est pas explicitement opposé au report de cet acte ou consultation dans son dossier médical

⁴⁹⁸ CSS, article L. 162-1-14, II, 1°

personnel.

315. Les faits reprochés peuvent être découverts à l'occasion d'un contrôle, la loi précisant qu'il peut s'agir des abus constatés dans le cadre du contrôle médical.

B. Le non-respect de l'obligation de reporter les mentions obligatoires liées à un acte médical

316. Le refus pour un médecin libéral de reporter dans le dossier médical personnel les éléments issus de chaque acte ou consultation peut être la cause d'une sanction financière, tout comme le non-respect de l'obligation de mentionner sur une prescription destinée au service du contrôle médical les éléments justifiant les arrêts de travail et les transports⁴⁹⁹, ou des conditions de prise en charge ou prescription prévues lors de l'inscription au remboursement par l'assurance maladie des actes médicaux⁵⁰⁰.

III. LA CONTESTATION DE LA SANCTION

317. Le dispositif mis en place issu de la loi du 17 décembre 2008 complétée par un décret du 20 août 2009⁵⁰² apparaît complexe en cas de recours contre une sanction puisqu'une pénalité financière devra être contestée devant le Tribunal administratif. Le Tribunal des conflits a en effet jugé que :

la pénalité prononcée en application de l'article L. 162-1-14 du Code de la sécurité sociale, constitue une sanction administrative et (...) les litiges relatifs à cette sanction ressortissent, selon ce texte, à la compétence des juridictions de l'ordre administratif⁵⁰¹.

318. Cette compétence du juge administratif paraît bien isolée puisque la procédure de recouvrement de la pénalité relève du TASS tout comme les modes d'action à la

⁴⁹⁹ CSS, article L. 162-4-1

⁵⁰⁰ CSS, article L. 162-1-7

⁵⁰¹ TC 6 juillet 2009, n° C3696

⁵⁰² Décret n° 2009-982 du 20 août 2009 relatif aux pénalités financières prévues à l'article L. 162-1-14 du Code de la sécurité sociale et à diverses mesures intéressant la lutte contre la fraude

disposition des organismes de sécurité sociale à l'instar de la contrainte⁵⁰³ ou de la mise en demeure⁵⁰⁴ :

l'organisme local d'assurance maladie compétent pour mener la procédure et prononcer la pénalité financière mentionnées à l'article L. 162-1-14 celui qui a ou aurait supporté l'indu ou le préjudice résultant des abus, fautes ou fraudes en cause.

319. La procédure en matière d'URSSAF pourrait servir d'inspiration à propos des médecins libéraux sanctionnés par les Caisses primaires. Une contrainte décidée par l'URSSAF peut faire l'objet d'une opposition même si la dette n'a pas été antérieurement contestée. Par suite, viole l'article R. 133-3 du Code de la sécurité sociale en y ajoutant une condition qu'il ne comporte pas, la Cour d'appel qui déclare une opposition irrecevable au motif que la dette n'a pas été contestée dans le mois de la notification de la mise en demeure⁵⁰⁵.

320. Si cette solution était appliquée dans le cas des professionnels de santé, l'examen de la sanction de pénalité pourrait avoir lieu devant le TASS et non devant le juge administratif à l'occasion de l'opposition à la contrainte liée à la pénalité.

IV. UNE REPRESSION AUTONOME, QUI NE PREJUDICIE PAS A UNE EVENTUELLE POURSUITE DEVANT LA SECTION DES ASSURANCES SOCIALES

321. L'application éventuelle d'une pénalité par le directeur de l'organisme local d'assurance maladie ne préjudicie pas à la saisine de la Section des assurances sociales en application du principe de l'indépendance des procédures⁵⁰⁶. La seule question consiste à savoir si les faits incriminés constituent également des fautes, abus, fraudes et tous faits intéressant l'exercice de la profession, et réalisés à l'occasion des soins dispensés aux assurés sociaux⁵⁰⁷.

⁵⁰³ Définie à l'article L. 244-9 du Code de la sécurité sociale

⁵⁰⁴ Définie à l'article L. 244-2 du Code de la sécurité sociale

⁵⁰⁵ Soc. 23 février 1995, req. n° 93-1456, *Bull. civ.* V, n° 75, p. 54

⁵⁰⁶ CSS, articles L. 162-1-14 et suivants

⁵⁰⁷ CSS, article L. 145-1

322. La loi prévoit toutefois que le directeur de la CPAM ne peut concurremment recourir au dispositif de pénalité prévu par le présent article et aux procédures conventionnelles visant à sanctionner les mêmes faits ⁵⁰⁸.

⁵⁰⁸ CSS, article L. 162-1-14

SECTION II. CONTENTIEUX DU RECOUVREMENT DE L'INDU

Le contentieux du recouvrement de l'indu concerne l'inobservation des règles de tarification ou de facturation (I) et comporte deux étapes principales : mise en demeure puis contrainte (II).

I. UN CHAMP D'APPLICATION DE LA PROCEDURE DE RECOUVREMENT DE L'INDU

L'inobservation des règles de tarification ou facturation implique que des sommes doivent être remboursées sur le fondement du Code de la sécurité sociale ainsi que de la CCAM⁵⁰⁹ et de la NGAP⁵¹⁰ (§1), après la mise en œuvre de la procédure d'entente préalable (§2).

§1. UN ASPECT DU CONTENTIEUX DU RESPECT DU CODE DE LA SECURITE SOCIALE AINSI QUE DE LA NGAP ET DE LA CCAM

323. Aux termes de l'article L. 133-4 du Code de la sécurité sociale, en cas d'inobservation des règles de tarification ou de facturation, l'organisme de prise en charge recouvre l'indu correspondant auprès du professionnel ou de l'établissement à l'origine du non-respect de ces règles. La notion de contentieux de recouvrement de l'indu est entendue au sens strict puisque la CPAM ne peut poursuivre un professionnel de santé dans ce cadre que pour des « sommes qui ont été versées aux assurés sociaux. » « L'action en recouvrement de l'indu, qui est ouverte à l'organisme de prise en charge en cas d'inobservation de la Nomenclature générale des actes professionnels et d'application de majorations indues, ne peut tendre qu'à la restitution par le praticien concerné des sommes qu'il a perçues à tort. »⁵¹¹

⁵⁰⁹ CCAM : Classification commune des actes médicaux

⁵¹⁰ NGAP : Nomenclature générale des actes professionnels

⁵¹¹ TASS d' Agen, 15 mars 2006, req. n° 05/00056

324. Le contentieux du recouvrement de l'indu se fait sur la base de l'article L. 133-4 du Code de la sécurité sociale relatif à l'inobservation des règles de tarification ou de facturation⁵¹², et donc de la NGAP et de la CCAM. La Nomenclature générale des actes médicaux (NGAP)⁵¹³ est complétée par la Classification commune des actes médicaux (CCAM), nomenclature pour les actes techniques réalisés par les médecins⁵¹⁴. Or, le non-respect de la CCAM et de la NGAP peut conduire à des sanctions (A) et est source d'un important contentieux, notamment à propos de la cotation CS utilisée par certains médecins généralistes (B) ou de la réalisation d'un acte conformément aux données acquises de la science (C).

A. Les sanctions prises sur le fondement du non-respect de la CCAM ou de la NGAP

Le non-respect de la NGAP ou de la CCAM implique une cotation d'acte irrégulière de la part d'un médecin libéral (1) susceptible d'aboutir à une sanction prise par la Caisse primaire d'assurance maladie (2).

1. Une cotation d'acte irrégulière de la part d'un médecin libéral

325. Fil conducteur de l'activité du praticien conventionné avec la sécurité sociale, la NGAP définit les cotations des actes médicaux qu'il effectue et d'où découlent ses honoraires. D'abord « catalogue des actes sensés objectiver la relation entre le patient, le médecin et le payeur »⁵¹⁵, la NGAP a pris une forme juridique grâce à la voie réglementaire. Un arrêté interministériel de 1972, modifié à diverses reprises, fixe la liste, avec leur cotation, des actes professionnels que peuvent avoir à effectuer les médecins⁵¹⁶.

⁵¹² Soc. 31 mars 2003, req. n° 01-21470, *Bull. civ.* V, n° 121 ; *RJS* 2003. 623, n° 934

⁵¹³ Avant la CCAM coexistaient pour tous les professionnels de santé le catalogue des actes médicaux (CDAM) en milieu hospitalier et la Nomenclature général des actes professionnels (NGAP) en milieu libéral. La CCAM ne concerne que les médecins libéraux et établit des cotations d'actes plus précises que celles de la NGAP.

⁵¹⁴ La dernière version (n° 21) de la CCAM a été publiée au Journal officiel le 25 avril 2010 et est applicable à compter du 25 mai 2010 pour les cliniques et au 31 décembre pour les hôpitaux publics.

⁵¹⁵ J.-P. CLAVERANNE et M.-F. CALLU, « Pratiques médicales et nomenclature des actes médicaux : du mal usage à l'escroquerie », *Revue de droit sanitaire et social* 2008, p. 108

⁵¹⁶ Arrêté du 29 mars 1972 Nomenclature des actes professionnels pris en application du décret n° 60-451 du 12 mai 1960 relatif aux soins médicaux dispensés aux assurés sociaux.

Tout acte désigné par une lettre-clef est un coefficient. La lettre est un signe dont la valeur en unité monétaire est établie dans les conditions prévues par les dispositions législatives et réglementaires relatives à la

La NGAP permet ainsi d'identifier la nature des actes effectués par les professionnels et d'en mesurer la valeur grâce aux lettres-clés assorties de coefficients.

326. Un avis du conseil l'UNCAM (Union nationale des caisses d'assurance maladie) du 24 novembre 2004 a complété cette organisation en posant le principe d'une CCAM (Classification commune des actes médicaux). La décision de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie (UNCAM) du 11 mars 2005⁵¹⁷ a distingué deux parties pour cette liste d'actes ou prestations pris en charge ou remboursés. La CCAM est une nomenclature plus précise⁵¹⁸ que la NGAP et regroupe les actes techniques remboursables de médecins libéraux (et non tous les professionnels de santé). Elle s'adresse donc en pratique aux médecins libéraux spécialistes⁵¹⁹.

327. Ces nomenclatures s'imposent pour communiquer aux organismes d'assurance maladie, tout en respectant le secret professionnel, et dans l'intérêt du malade, le type et la valeur des actes techniques effectués en vue du calcul par les organismes de leur participation. Ainsi d'après l'article L. 162-1-7 du Code de la sécurité sociale⁵²⁰, la prise en charge ou le remboursement par l'assurance maladie de tout acte ou prestation réalisé par un professionnel de santé, dans le cadre d'un exercice libéral ou d'un exercice salarié auprès d'un autre professionnel de santé libéral est subordonné à leur inscription sur une liste.

2. Une sanction prise par la Caisse primaire d'assurance maladie

328. Le non-respect de la NGAP ou de la CCAM est la source de nombreuses sanctions prises à l'encontre des professionnels de santé. Une mauvaise cotation d'acte peut ainsi engager la responsabilité d'un praticien, que l'erreur soit liée ou non à une mauvaise utilisation du système informatique permettant de transmettre des informations

détermination des tarifs pour les soins médicaux dispensés aux assurés sociaux K et KC actes de chirurgie et de spécialités pratiqués par le médecin.

⁵¹⁷ Décision du 11 mars 2005 de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie (UNCAM) relative à la liste des actes et prestations pris en charge ou remboursés par l'assurance maladie, JO 30 mars 2005

⁵¹⁸ Mentionnée au livre II de la décision du 11 mars 2005 la CCAM consiste en un tableau d'actes Liste consultable au JO du 30 mars 2005, n° 74, texte n° 4. Le document Dispositions générales regroupe les Livres I et III qui décrivent, entre autres, les modificateurs (article III-2) et les règles d'associations, tandis que le Livre II décrit les actes avec leurs codes et leurs caractéristiques.

⁵¹⁹ D'après l'article III-1 de la décision du 11 mars 2005 de l'UNCAM pré-citée, la NGAP reste en vigueur pour les actes cliniques médicaux.

⁵²⁰ Modifié par la loi n° 2008-330 du 17 décembre 2008, article 42

aux Caisses d'assurance maladie. Une source de sanctions fréquentes est l'obligation énoncée dans le Livre III-Dispositions Diverses article III-3 B de la Classification commune des actes médicaux :

Pour l'association d'actes techniques, le médecin code les actes réalisés et indique, pour chacun d'entre eux, le code correspondant à la règle d'association devant être appliquée.

329. Les annexes aux dispositions générales relatives à la CCAM nous donnent de précieuses indications sur la mise en œuvre de cette cotation ⁵²¹:

L'association de deux actes au plus, y compris les gestes complémentaires, peut être tarifée. L'acte dont le tarif hors modificateurs est le plus élevé, est tarifé à taux plein, le second est tarifé à 50% de sa valeur. Les gestes complémentaires sont tarifés à taux plein. Les suppléments peuvent être codés et tarifés en sus et à taux plein.

330. Nonobstant le motif éventuel d'un mauvais réglage du système informatique de télétransmission, il reste de la responsabilité du médecin « de coder, selon les règles en vigueur, les actes qu'il réalise ». Dans ce cas la Caisse primaire demande au médecin le remboursement de la somme qu'elle a indûment prise en charge ⁵²². Par exemple, le non-respect de la Classification commune des actes médicaux par un ophtalmologiste entraîne le refus par une CPAM de rembourser les actes réalisés ⁵²³ :

les règles de tarification applicables au cas général d'association de deux actes techniques au plus, selon lesquelles l'acte dont le tarif le plus élevé est tarifé à taux plein, le second à 50 %, tout autre acte n'étant pas tarifé, sont impératives et s'opposent à la prise en charge ou au remboursement d'actes dont la tarification ne serait pas conformes aux règles édictées

331. Une modalité de mise en œuvre de cette sanction nous est donnée par la jurisprudence concernant les chirurgiens dentistes. Lors de ce contrôle, la critique formulée à l'encontre d'un professionnel de santé pour non-respect de la NGAP doit prendre en

⁵²¹ CCAM Version 2, Dispositions générales et diverses, Annexe 2 : Règles d'association (article III-3B du Livre III)

⁵²² TASS de Strasbourg, 3 février 2010 Dr Michel Bach c. CPAM du Bas-Rhin, dossier n° 20800282

⁵²³ Civ. 2^{ème}, 8 janvier 2009, req. n° 07-21.429

compte l'état initial des patients et se soucier du résultat pratique du choix du professionnel de santé contrôlé ⁵²⁴.

B. Le contentieux grandissant à propos de la cotation CS utilisée par certains médecins généralistes

Ce contentieux résulte de la mise en place controversée d'une spécialité de médecine générale (1) rendant difficile son intégration dans la classification de la NGAP dans le respect du principe d'égalité devant la loi (2).

1. La mise en place controversée d'une spécialité de médecine générale

332. Le désaccord entre les médecins et les CPAM à propos de la cotation CS par les généralistes ⁵²⁵ provoque un contentieux croissant qui mérite d'être étudié. Une spécialité de médecine générale a été créée en 2002 ⁵²⁶ et vu ses modalités d'application modifiées en 2009 ⁵²⁷, avec comme objectif d'ériger la médecine générale en une discipline universitaire par le biais d'un diplôme d'études spécialisées (DES) ⁵²⁸. « Le troisième cycle des études médicales est ouvert à tous les étudiants ayant validé le deuxième cycle des études médicales. Un arrêté du ministre chargé de l'enseignement supérieur et du ministre chargé de la santé détermine pour une période de cinq ans le nombre d'internes à former par spécialité, en particulier celle de médecine générale, et par subdivision territoriale, compte tenu de la situation de la démographie médicale dans les différentes spécialités concernées et de son évolution au regard des besoins de prise en charge spécialisée. » ⁵²⁹ Un arrêté du 22 septembre 2004 a en effet inscrit la médecine générale dans la liste des

⁵²⁴ Jugement du TI d'Altkirch du 18/05/2006 – 96 DX 1736 ; CA Montpellier 22 mars 2006 – 99 SF 929 ; TGI d'Aix en Provence 6 avril 2006 – 03 RF 4761 ; TI Châtelleraut 18 mai 2006 – 00 DX 594 ; TI Châtelleraut 18 mai 2006 – 00 DX 594 ; CA Nanterre 1^{er} décembre 2006 – 97 RF 27476

⁵²⁵ La différence entre cotation C et cotation CS est explicite dans la Nomenclature générale des actes professionnels.

⁵²⁶ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, article 60, JO 18 janvier 2002, p. 1008

⁵²⁷ Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, article 43, JO 22 juillet 2009, n° 0167, p. 12184

⁵²⁸ Décret n° 2004-67 du 16 janvier 2004 relatif à l'organisation du troisième cycle des études médicales (article 23) ; Arrêté du 30 juin 2004 portant règlement de qualification des médecins (article 1^{er})

⁵²⁹ Code de l'éducation, article L. 632-2 alinéas 1 et 2

diplômes sanctionnant un 3^{ème} cycle d'études médicales spécialisées⁵³⁰. Enfin, un arrêté⁵³¹ de juin 2004 modifié en 2007⁵³² a consacré la reconnaissance de la qualification de spécialiste aux médecins généralistes en exercice par validation des acquis professionnels et de leur formation, appréciée par la commission de qualification constituée par spécialité. L'article 3 de cet arrêté de juin 2004 explique que la demande de qualification est adressée par l'intéressé au conseil départemental de l'ordre dont il relève lorsqu'il est inscrit au tableau de l'ordre. Le détail de la commission chargée de reconnaître la qualification en médecine générale semble aussi conforter l'existence d'une spécialité de médecine générale au même titre que d'autres spécialités, l'article 2 de l'arrêté de juin 2004 indiquant que ces commissions sont composées d' « un président, médecin qualifié dans la discipline intéressée et professeur des universités-praticien hospitalier ou, pour la commission de qualification en médecine générale, enseignant associé en médecine générale ». L'installation d'une commission chargée de reconnaître la qualification en médecine générale semble conforter l'existence d'une spécialité de médecine générale au même titre que d'autres spécialités.

333. Or, la NGAP découlant de l'arrêté du 27 mars 1972⁵³³ et de l'article L. 162-5 du Code de la sécurité sociale distinguent la cotation d'actes de médecine générale (côtés C) et la cotation d'actes de médecine spécialisée (côtés CS). Mais le spécialiste utilise aussi le C quand il cote C2 ou qu'il est rémunéré C1,5 ou C2,5 pour des actes administratifs. Cette lettre clé est un signe dont la valeur en unité monétaire est établie dans les conditions prévues par les dispositions législatives et réglementaires relatives à la détermination des tarifs pour les soins médicaux dispensés aux assurés sociaux⁵³⁴. La distinction entre médecin généraliste ou omnipraticien et médecin spécialiste semble à la base des règles gouvernant les rapports entre l'assurance maladie et les médecins, mais de nombreux médecins ayant obtenu la qualification de médecine générale se font sanctionner

⁵³⁰ Arrêté du 22 septembre 2004 fixant la liste et la réglementation des diplômes d'études spécialisées de médecine (article 1er), JO 6 octobre 2004 n° 233, p. 17076

⁵³¹ Arrêté du 30 juin 2004 portant règlement de qualification des médecins, JO 31 juillet 2004 n° 176, p. 13654

⁵³² Arrêté du 6 avril 2007 modifiant l'arrêté du 30 juin 2004 portant règlement de qualification des médecins, JO 18 avril 2007 n° 91, p. 6960

⁵³³ Arrêté du 27 mars 1972 relatif à la nomenclature générale des actes professionnels des médecins, chirurgiens-dentistes, sages-femmes et auxiliaires médicaux

⁵³⁴ D'après l'article 2 de la NGAP modifié par les décisions UNCAM du 11 mars 2005, du 5 février 2008, du 4 mars 2008, du 8 octobre 2008

par les CPAM sur le fondement de l'illégalité de la cotation CS appliquée aux actes d'un médecin généraliste.

2. L'intégration difficile de la spécialité de médecine générale dans la NGAP

334. Le fondement principal du refus par les CPAM d'accepter la cotation CS est la distinction faite par le Code de la sécurité sociale entre médecins généralistes et spécialistes, comme l'atteste la conclusion séparée de conventions avec l'assurance maladie⁵³⁵. Les opposants à la cotation CS pour les actes des généralistes se fondent aussi sur le principe d'indépendance des législations⁵³⁶ d'après lequel une règle appartenant à une branche donnée du droit n'a pas à interférer sur la légalité d'une situation juridique appréhendée dans le cadre d'une autre branche. Une distinction serait faite entre, d'une part, le droit de la sécurité sociale et, d'autre part, les dispositions du Code de l'éducation et du Code de la santé publique. Alors que le droit de la sécurité sociale régit le fonctionnement d'un service public ainsi que les rapports qu'entretient ce service public avec les tiers, le Code de l'éducation aurait uniquement pour but de sanctionner un titre universitaire et le Code de la santé publique aurait vocation à régler les modalités d'exercice de l'activité et les rapports entre eux et leur clientèle, indépendamment de la question de la prise en charge par la collectivité publique du coût de ces actes.

335. L'article L. 632-4 du Code de l'éducation est invoqué, en tant qu'il énonce à son deuxième alinéa qu'un document est délivré au titulaire du diplôme, « mentionnant la qualification obtenue, soit en médecine générale, soit en spécialité, après la validation du troisième cycle ». Dans un arrêt du 16 juin 2009, le TASS de Laon a déduit de ces dispositions que les relations entre les caisses de sécurité sociale et les médecins sont, en l'état du droit fondées non sur le statut des praticiens mais sur la réalité de leur activité⁵³⁷. Dans sa décision de rejet de la cotation CS, le TASS considère que le terme « consultation au cabinet par le médecin spécialiste qualifié » doit s'entendre comme étant la « consultation au cabinet par le médecin exerçant dans une spécialité, un domaine autre que la médecine générale ».

⁵³⁵ L'article L. 162-5 du Code de la sécurité sociale qui organise les rapports entre les médecins et les organismes d'assurance maladie par des conventions nationales ces conventions nationales sont conclues séparément pour les médecins généralistes et les médecins spécialistes.

⁵³⁶ CE 1^{er} juillet 1959, Sieur Piard, *Lebon* p. 413-414

⁵³⁷ TASS de Laon, 16 juin 2009, Recours : G 170/08

336. Des considérations financières peuvent guider le rejet par un TASS de la cotation CS pour un généraliste spécialisé en médecin générale. D'après le TASS des Hauts de Seine, « si l'application pure et simple de la cotation à un acte médical s'impose lorsqu'il ressort d'une pratique médicale qualifiée de spécialisée depuis l'origine de la nomenclature, il ne saurait en être de même lorsqu'il ressort d'une pratique médicale qualifiée de spécialisée depuis quelques mois, alors, de surcroît, que cette pratique est numériquement intense ; qu'en effet, l'incidence d'une hausse globale des tarifs en cause sur les fonds sociaux ne peut se concevoir sans concertation entre les syndicats de médecins et l'Union Nationale des Caisses d'Assurance Maladie. »⁵³⁸

337. Dans le sens contraire et pourtant à partir des mêmes fondements juridiques, le TASS de Strasbourg a jugé que la distinction entre les cotations C et CS de la NGAP, non modifiée après la loi de modernisation du 17 janvier 2002, « conserve toute sa pertinence au vu de la coexistence actuelle de médecins généralistes ayant obtenu la qualification de spécialiste en Médecine Générale, de médecins généralistes n'ayant pas obtenu la qualification de spécialiste en Médecine Générale et des médecins spécialistes d'autres disciplines »⁵³⁹. La Cour d'Appel de Grenoble a récemment reconnu la légalité de la cotation CS de ses actes par un médecin généraliste spécialisé en médecine générale, car le Code de l'éducation « prévoit les conditions d'accès aux spécialités médicales et l'arrêté du 30 juin 2004 y a expressément inclus la médecine générale »⁵⁴⁰.

338. Un arrêt récent de la Cour de cassation est venu mettre fin à cette polémique en refusant d'accepter la cotation CS de la part de médecins généralistes⁵⁴¹, même si une nouvelle solution sur le fond est attendue de la part de la Cour d'appel de renvoi. La Cour de cassation a jugé que les médecins généralistes n'exerçaient pas, à titre exclusif, une spécialité, et que « les médecins spécialistes ne s'entendent que des praticiens qui, à l'opposé des omnipraticiens, n'interviennent que dans une discipline étroitement circonscrite correspondant à leur qualification. En décidant au contraire que devait être tenu pour un spécialiste pouvant prétendre à la cotation CS, un généraliste intervenant dans tous les domaines de la médecine, les juges du fond ont violé les articles L. 162-5 et

⁵³⁸ TASS des Hauts de Seine, 24 novembre 2008, dossier n° 07-01578/N

⁵³⁹ TASS de Strasbourg, 14 octobre 2009, req. n° 20800011

⁵⁴⁰ CA Grenoble, Chambre sociale, 12 mars 2009, req. n° 08/02667

⁵⁴¹ Civ. 2^{ème}, 8 avril 2010, req. n° J09-13775

L. 162-14-1 du Code de la sécurité sociale ainsi que l'article 2-1 de l'arrêté du 27 mars 1972 »⁵⁴².

339. La sanction émise par les CPAM semble contraire au principe d'égalité devant la loi. Énoncé à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, celui-ci implique que la loi soit la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Le principe d'égalité suppose que deux catégories puissent être regardées comme étant placées dans des situations similaires eu égard aux objectifs de la législation en cause. La solution est consacrée par le Conseil d'Etat⁵⁴³, la Cour de cassation⁵⁴⁴, ainsi que par le Conseil constitutionnel⁵⁴⁵ ou bien encore la Cour de justice des communautés européennes⁵⁴⁶. Le fondement juridique de ce principe est aussi solidement ancré au niveau communautaire, européen et international. Une directive du Conseil⁵⁴⁷ a ainsi rappelé que le droit de toute personne à l'égalité devant la loi et la protection contre la discrimination constitue un droit universel reconnu par la Déclaration universelle des droits de l'homme, par la Convention des Nations unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, par les pactes des Nations unies relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels et par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signés par tous les États membres. La Convention n° 111 de l'Organisation internationale du travail interdit la discrimination en matière d'emploi et de travail. En l'espèce les médecins généralistes ayant obtenu la qualification de spécialistes ne semblent pas traités de la même façon que les médecins des autres spécialités et qui ont aussi obtenu leur qualification.

⁵⁴² L'article 2-1 de l'arrêté du 27 mars 1972 relatif à la nomenclature générale des actes professionnels des médecins, chirurgiens-dentistes, sages-femmes et auxiliaires médicaux prévoit une cotation différente pour les actes des omnipraticiens (C) et des spécialistes (CS).

⁵⁴³ CE 9 mars 1951 Société des concerts du conservatoire, *Rec.* p. 151 ; CE 10 juillet 1995 Contremoulin, *Rec.* p. 293 ; CE 28 février 2000 Union nationale et intersyndicale des enseignants de la conduite, *A.J.D.A.* 2000, p. 661, concl. D. Chauvaux ; CE 13 mars 2002 Union fédérale des consommateurs, *RFDA* 2003, p. 772

⁵⁴⁴ Par exemple Civ. 1^{ère}, 19 mars 2009, req. n°08-14734 ; Soc. 3 octobre 2007, req. n°06-43013

⁵⁴⁵ Par exemple CC n° 79-107 DC, 12 juillet 1979 ; CC n° 79-112 DC, 9 janvier 1980 ; CC n° 81-129 DC, 31 octobre 1981 ; CC n° 82-155 DC, 30 décembre 1982 ; CC n° 84-183 DC, 18 janvier 1985 ; CC n° 2009-578 DC, 18 mars 2009

⁵⁴⁶ CJCE 17 septembre 2002, A.G. Lawrence et autres contre Regent Office Care Ltd, Commercial Catering Group et Mitle Secure Services Ltd., aff. C-230/00, *Rec.* p I-07325 ;

⁵⁴⁷ Directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JOCE 2 décembre 2000, n° L303

C. Le respect des données acquises de la science par les actes cotés

340. Ce contrôle existe aussi pour les actes d'autres professionnels de santé à l'instar du traitement prothétique réalisé par les chirurgiens dentistes : « les coefficients prévus s'appliquent aux réalisations conformes aux données acquises de la science »⁵⁴⁸. Un acte non conforme aux données acquises de la science est donc considéré comme répréhensible. Dans un tel contexte la Cour d'appel d'Aix en Provence a confirmé le jugement d'un Tribunal de grande instance qui avait condamné un chirurgien-dentiste pour ne pas avoir effectué les soins appropriés : le patient souffrant d'hyperesthésie dentinaire, le praticien a procédé à la dévitalisation de 2 dents sans recueillir le consentement éclairé de son patient. Selon l'expert, ces actes n'étaient pas indiqués, les dévitalisations s'effectuant en règle générale lorsqu'il existe des pulpites, c'est-à-dire des phénomènes inflammatoires en relation avec un processus destructif carieux ou une fracture. Ce n'était pas le cas en l'espèce⁵⁴⁹.

341. Cet arrêt montre le caractère concret des contrôles effectués sur l'activité d'un professionnel de santé, ce qui paraît plus efficace et réaliste qu'un contrôle réalisé à partir de simples résultats statistiques. Tout le problème est de mesurer la pertinence d'un tel contrôle qui a lieu souvent après l'acte médical, et alors que l'état du patient, peut, entre temps, avoir changé. Le TASS peut refuser *a posteriori* de prendre en charge un acte non conforme aux données acquises de la science en se fondant sur l'avis d'un expert⁵⁵⁰. Lors de son contrôle, la Cour de cassation vérifie cependant que la contestation porte sur l'inobservation de la nomenclature et non sur « les conditions médicales d'exécution des actes litigieux »⁵⁵¹.

342. Le contrôle de l'inobservation des règles de tarification ou de facturation implique celui des actes médicaux du médecin libéral. Le contentieux du recouvrement de l'indu s'inscrit donc dans une perspective plus large que le simple remboursement de sommes d'argent.

⁵⁴⁸ D'après la Section III de la Nomenclature générale des actes professionnels (NGAP en vigueur depuis la décision UNCAM du 11 mars 2005)

⁵⁴⁹ CA Aix en Provence, 14 février 2006, req. n° 99DX496

⁵⁵⁰ Soc. 3 décembre 1998, req. n° 96-22810, non publié au Bulletin

⁵⁵¹ Soc. 3 décembre 1998, req. n° 97-11042, non publié au bulletin

§2. UN ASPECT DU CONTENTIEUX DU RESPECT DE L'ENTENTE PREALABLE

343. Le contentieux de recouvrement de l'indu porte souvent sur la formalité d'entente préalable ⁵⁵² qui peut être tacite :

le silence gardé pendant plus de quinze jours par cet organisme sur la demande de prise en charge vaut décision d'acceptation. Faute de réponse dans ce délai, son assentiment est réputé acquis.

344. La jurisprudence semble pragmatique en la matière et reconnaît des implications à l'approbation tacite de l'entente préalable. Une nuance doit être cependant apportée car le silence gardé par la caisse ne vaut approbation de la cotation proposée que si l'acte peut être pris en charge au regard de la Nomenclature générale des actes professionnels. A l'inverse, la demande d'entente préalable pour un surplus d'actes est rendue inopérante ⁵⁵³.

345. Dans le même sens, dès lors que les soins délivrés par un professionnel de santé recourent à une technique déclarée non conforme aux données acquises de la science et n'entrent pas dans le cadre des prestations prises en charge par l'assurance maladie, le silence gardé par le service du contrôle médical de l'organisme d'assurance maladie ne vaut pas accord tacite. La demande d'entente préalable étant ainsi inopérante, l'organisme est fondé à demander au professionnel de santé le remboursement des prestations versées conformément aux dispositions de l'article L. 133-4 du code de la sécurité sociale ⁵⁵⁴.

⁵⁵² L'entente préalable est régie par les dispositions de l'article 7 de la première partie de la Nomenclature générale des actes professionnels (NGAP en vigueur depuis la décision UNCAM du 11 mars 2005). L'entente préalable a été modifiée par le décret n° 2001-492 du 6 juin 2001 pris pour application du chapitre II du titre II de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 et relative à l'accusé réception des demandes présentées aux autorités administratives (JO 10 juin 2001) et le décret n° 2001-532 du 20 juin 2001 relatif au régime des décisions implicites prises par les autorités administratives, relevant du Ministère de l'emploi et de la solidarité et portant application des articles 21 et 22 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration (JO 22 juin 2001)

⁵⁵³ Soc. 18 juin 1998, req. n° 96-22428, *Bull.* 1998 V n° 331, p. 251

⁵⁵⁴ Civ. 2^{ème}, 20 décembre 2007, req. n° 06-21459

Cet exemple jurisprudentiel concerne un masseur-kinésithérapeute.

II. LA MISE EN DEMEURE ET LA CONTRAINTE DECIDEES PAR LE DIRECTEUR DE L'ORGANISME

346. L'organisme d'assurance maladie peut mettre en demeure le professionnel de santé. Si la mise en demeure reste sans effet, le directeur de l'organisme peut, après un mois, délivrer une contrainte. Plus précisément, l'article L. 133-4 du Code de la sécurité sociale dispose qu' « en cas de rejet total ou partiel des observations de l'intéressé, le directeur de l'organisme d'assurance maladie adresse, par lettre recommandée, une mise en demeure de l'intéressé de payer dans le délai d'un mois ». Le recours à la mise en demeure a été encadré par la jurisprudence. La Chambre sociale de la Cour de cassation nous éclaire sur l'application de l'article R. 133-2 du Code de la sécurité sociale en matière de contentieux URSSAF⁵⁵⁵. La mise en demeure, qui constitue une « invitation impérative adressée au débiteur d'avoir à régulariser sa situation dans le délai imparti, doit lui permettre d'avoir connaissance de la nature, de la cause et de l'étendue de son obligation ». Il importe à cette fin qu'elle précise, à peine de nullité, la nature et le montant des cotisations réclamées, ainsi que la période à laquelle elle se rapporte⁵⁵⁶.

347. La mise en demeure déclenche une procédure susceptible de faire intervenir les autorités déconcentrées ce qui montre l'ampleur des pouvoirs du directeur d'un organisme de sécurité sociale. Lorsque la mise en demeure reste sans effet, le directeur de l'organisme peut délivrer une contrainte qui, à défaut d'opposition du débiteur devant le tribunal des affaires de sécurité sociale, comporte tous les effets d'un jugement et confère notamment le bénéfice de l'hypothèque judiciaire⁵⁵⁷. Cette délivrance peut se faire par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou peut être notifiée par acte d'huissier⁵⁵⁸ :

A peine de nullité, l'acte d'huissier ou la lettre recommandée mentionne la référence de la contrainte et son montant, le délai dans lequel l'opposition doit être formée, l'adresse du tribunal compétent et les formes requises pour sa saisine.

⁵⁵⁵ URSSAF : Union pour le recouvrement des cotisations de la sécurité sociale et des allocations familiales

⁵⁵⁶ Soc. 12 octobre 1995, req. n° 93-14001, *Bull.* 1995 V n° 273, p. 197

⁵⁵⁷ CSS, article L. 144-17

⁵⁵⁸ CSS, article R. 133-3

348. Cette contrainte peut faire l'objet d'une délégation ⁵⁵⁹. En revanche, est nulle la contrainte si le signataire justifie d'une délégation de pouvoir donnée par le directeur de l'organisme concerné postérieurement à sa délivrance ⁵⁶⁰.

⁵⁵⁹ Soc. 30 mai 2002, req. n° 00-14512, *Bull.* 2002 V n° 185 p. 182

⁵⁶⁰ Soc. 4 mai 2000, req. n° 98-21057, non publié au Bulletin

SECTION III. LE CONTENTIEUX CONVENTIONNEL

349. Les CPAM interviennent pour décider de mettre un médecin libéral hors convention pour violation des engagements prévus par celle-ci⁵⁶¹. Les TASS sont en principe compétents pour statuer sur les litiges relatifs à ces sanctions⁵⁶². Au contraire, la jurisprudence affirme parfois la compétence des tribunaux administratifs⁵⁶³.

350. L'arrêté d'approbation d'une convention conditionne l'existence d'un dispositif de sanctions conventionnelles et met en place le cadre juridique du contentieux envisagé dans la loi de 2002 sur les rapports conventionnels⁵⁶⁴. La Caisse constate d'abord le non respect des dispositions de la convention, l'application répétée de tarifs supérieurs aux tarifs opposables, l'abus de droit à dépassement, la mauvaise utilisation des documents auxquels sont subordonnées la prise en charge ou la constatation des soins par l'assurance maladie ou enfin la non inscription du montant des honoraires perçus ou du code des actes.

351. Notifiée par le directeur de la CPAM, la décision peut faire l'objet d'une contestation par les voies de recours de droit commun ou, dans certains cas, par la voie de l'appel auprès de la Commission paritaire locale⁵⁶⁵ ou de la Commission paritaire

⁵⁶¹ CSS, article L. 162-15-1

⁵⁶² CSS, article L. 162-34 : Les litiges pouvant survenir à l'occasion de la décision d'une caisse primaire d'assurance maladie de placer un professionnel hors de l'une des conventions ou, en ce qui concerne les médecins, du règlement, mentionnés aux sections 1, 2 et 3 du présent chapitre, sont de la compétence des tribunaux des affaires de sécurité sociale.

⁵⁶³ Cf. Deuxième partie, Titre I., Chapitre II., Section liminaire

Soc. 14 octobre 1999 M. Petrequin c. CPAM de Lyon, req. n° 97-21670

Dans cette décision la Chambre sociale de la Cour de cassation fait référence au Tribunal des Conflits qui a jugé, par décision du 20 octobre 1997 rendue sur renvoi, que l'article L. 162-34 du Code de la sécurité sociale devait être appliqué dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 96-345 du 24 avril 1996, ce dont il résulte que les tribunaux administratifs sont demeurés seuls compétents pour connaître des litiges relatifs aux sanctions conventionnelles prononcées à l'égard d'un médecin par les Caisses. Par suite, excède sa compétence le tribunal des affaires de sécurité sociale qui statue sur le recours formé par un médecin contre une sanction prononcée par une Caisse en application de l'article 35 de la Convention nationale des médecins conclue le 21 octobre 1993 et approuvée par arrêté ministériel du 25 novembre 1993.

Soc. 19 juillet 2001, req. n° 00-13503

⁵⁶⁴ Loi n° 2002-322 du 6 mars 2002 portant rénovation des rapports conventionnels entre les professions de santé libérales et les organismes d'assurance maladie (JO 7 mars 2002 p. 4263)

⁵⁶⁵ Lorsqu'un médecin fait l'objet d'une décision de mise hors convention d'une durée inférieure ou égale à un mois ou d'une décision de suspension de la prise en charge des cotisations sociales d'une durée inférieure ou égale à 6 mois.

nationale ⁵⁶⁶. Les modalités et délais de saisine de droit commun ne sont pas interrompus par l'appel auprès d'une de ces deux commissions. Le médecin libéral sanctionné doit donc former un recours juridictionnel à titre conservatoire dans un délai de deux mois, ce qui montre l'importance et l'urgence de son information sur ses droits. Le directeur de la CPAM adresse une copie de la notification de sanction à la Commission paritaire locale. Ces conditions formelles conditionnent largement la légalité des sanctions prises. Par exemple, le non-respect de l'obligation faite aux médecins conventionnés de prescrire en dénomination commune ou en générique est susceptible de justifications d'ordre médical que le médecin doit pouvoir exposer à une instance susceptible d'en apprécier le bien-fondé avant le prononcé d'une sanction éventuelle. Par suite, l'application de la garantie ne peut être limitée à une période transitoire. Il s'agit de la garantie en vertu de laquelle les sanctions conventionnelles ne sont prononcées par la CPAM qu'après avis motivé de la commission conventionnelle paritaire locale qui peut saisir le comité médical paritaire local ⁵⁶⁷.

352. En cas de non-respect de la convention de 2005, le médecin libéral encourt la suspension du droit permanent à dépassement, du droit de pratiquer des honoraires différents (après décision du Conseil de l'Ordre et en cas de non-respect du tact et de la mesure), du droit de pratiquer des dépassements autorisés plafonnés (en cas de non-respect des limites de dépassements fixées par la convention), suspension (de un, trois, six ou douze mois) de la ou des participations des caisses à la prise en charge des avantages sociaux pour les médecins en bénéficiant, application d'une contribution financière (en cas de non-respect des références médicales opposables) et enfin suspension temporaire (trois jours, une semaine, un, trois, six ou douze mois ou pour la durée de la convention) de la possibilité d'exercer dans le cadre conventionnel. La mise hors convention de trois mois ou plus entraîne la suppression de la participation des caisses aux avantages sociaux pour une durée égale à celle de la mise hors convention. De plus le professionnel est automatiquement placé hors convention lorsqu'une sanction définitive d'interdiction de donner des soins aux assurés sociaux ou d'exercer a été prononcée contre lui ou lorsqu'une juridiction a prononcé à l'égard du médecin une peine effective d'emprisonnement.

⁵⁶⁶ Lorsqu'un médecin fait l'objet d'une décision de mise hors convention d'une durée supérieure à 6 mois ou d'une décision de suspension de la prise en charge des cotisations sociales d'une durée supérieure à 6 mois.

⁵⁶⁷ CE 28 mai 2003, req. n° 249527

SECTION IV. LE MEDECIN LIBERAL POURSUIVI PAR LA CPAM DEVANT LA SECTION DES ASSURANCES SOCIALES DU CONSEIL DE L'ORDRE (CONTENTIEUX DU CONTROLE TECHNIQUE)

La CPAM peut poursuivre le médecin libéral devant la Section des assurances sociales du Conseil de l'Ordre dans le cadre du contentieux du contrôle technique (I), la saisine de la SAS obéissant à des conditions bien particulières (II) tout comme la procédure devant la Section des assurances sociales (III).

I. LA SECTION DES ASSURANCES SOCIALES, UNE JURIDICTION SPECIALE CONNAISSANT DE FAÇON PARTICULIERE DES REGLES DEONTOLOGIQUES PORTANT SUR LA SECURITE SOCIALE

353. L'exercice de la médecine est soumis à des règles déontologiques dont le service public de sécurité sociale assure la sanction. Les premières sont édictées sous la forme d'un règlement d'administration publique inséré dans le Code de déontologie des médecins⁵⁶⁸, lui-même inséré dans le Code de santé publique, et exposent les devoirs du praticien dans ses relations avec patients, confrères et autres praticiens des professions de santé, alors que le Code de la sécurité sociale régit les relations entre les professionnels de santé et les caisses d'assurance maladie.

354. La pratique de la médecine est tellement intégrée à la Sécurité Sociale que la nécessité de traiter de façon particulière les règles déontologiques participant à l'effectivité du service public de sécurité sociale a été caractérisée dans le contexte du contrôle technique.

355. Dès lors, deux juridictions – toutes deux relevant de l'ordre administratif - peuvent intervenir au sein d'un ordre professionnel dans le cadre d'une procédure disciplinaire intégrant les étapes de saisine de la juridiction : instruction de l'affaire, audience et enfin délibéré.

⁵⁶⁸ Décret n° 2003-881 du 15 septembre 2003 modifiant l'article 77 du décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 portant Code de déontologie médicale intégré aux articles R. 4127-1 à R. 4127-112 du Code de la santé publique

356. Le professionnel de santé peut se retrouver sous le coup d'une procédure disciplinaire devant les chambres disciplinaires de première instance compétentes en matière de discipline générale ou en matière de sécurité sociale⁵⁶⁹. La SAS est donc chargée du contentieux du contrôle technique, c'est-à-dire du contentieux disciplinaire relatif aux fautes, fraudes, abus et tous faits relevés à l'occasion des soins dispensés aux assurés sociaux, et relève essentiellement du Code de la sécurité sociale⁵⁷⁰.

II. LA SAISINE DE LA SECTION DES ASSURANCES SOCIALES

Seules certaines autorités peuvent saisir la SAS (§1) dans le respect de conditions de forme (§2) et de l'indépendance des procédures (§3).

§1. AUTORITES SAISSANTES

357. Le service du contrôle médical joue un rôle essentiel dans cette saisine. Son indépendance se vérifie dans les conditions de saisine de la Section des assurances sociales (SAS) en cas de comportement déviant d'un professionnel de santé. Le contrôle de la « déviance » est à l'image de « l'orthopédie »⁵⁷¹ que l'administration veut infliger aux personnels de santé libéraux. Cette saisine peut se faire conjointement avec la Caisse primaire, uniquement par le service médical ou uniquement par la CPAM. Dans les faits la caisse primaire s'associe à la saisine faite par le service médical lorsque sont en jeux des questions d'indu à l'assurance maladie.

358. Les organismes d'assurance maladie, les caisses de mutualité agricole, les autres organismes assureurs, les syndicats des professionnels de la santé, les conseils départementaux des ordres peuvent saisir les juridictions du contentieux disciplinaire⁵⁷². Cette possibilité de saisine est libéralement entendue par le Conseil d'Etat puisque la plainte d'une CPAM auprès de la SAS est recevable si les faits se rapportent au traitement

⁵⁶⁹ Mais aussi devant le juge pénal dans le cas extrêmes d'une infraction au Code pénal

⁵⁷⁰ Aux articles L. 145-1 et s. et R. 145-1 et s. du Code de la sécurité sociale pour les médecins, chirurgiens-dentistes et sages-femmes

⁵⁷¹ M. FOUCAULT, *Surveiller et Punir*, Gallimard, réed. 2006

⁵⁷² CSS, article R. 145-18

d'assurés affiliés auprès d'un autre organisme⁵⁷³. Les SAS peuvent aussi être saisies par les directeurs régionaux des affaires sanitaires et sociales, par l'inspection du travail, par les services de l'emploi, les médecins-conseil⁵⁷⁴.

§2. FORME DE LA SAISINE ET PROCEDURE

359. Les juridictions du contentieux du contrôle technique sont saisies par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée au secrétariat du Conseil régional, interrégional, conseil central intéressé dans les trois ans suivants les faits⁵⁷⁵. Les plaintes et les mémoires sont déposés au secrétariat de la Section des assurances sociales du conseil et doivent être accompagnées de copies certifiées conformes. En cas d'impossibilité d'envoyer les documents ceux-ci sont disponibles au secrétariat de la SAS⁵⁷⁶. Les copies des plaintes et des mémoires sont adressées par lettres recommandées avec demande d'avis de réception aux intéressés, et ceux-ci sont invités à produire leurs observations dans le délai fixé par le président de la juridiction⁵⁷⁷.

360. La saisine de la SAS par le service du contrôle médical est réalisée par le médecin-Conseil national en ce qui concerne le régime agricole et, en ce qui concerne les autres régimes, par les médecins-conseils chefs de service des échelons départementaux ou pluridépartementaux du contrôle médical, les médecins-conseils responsables du service du contrôle médical d'une caisse ou enfin d'un organisme de sécurité sociale. Les conditions de saisine de la SAS sont plus restrictives que dans le contentieux disciplinaire classique. D'après l'article R. 145-18 du Code de la sécurité sociale, la saisine du juge est limitée à certaines autorités, telles que les organismes sociaux, les syndicats de praticiens, les caisses de mutualité sociale agricole ou les autres organismes assureurs, les conseils de l'ordre intéressé, les directeurs régionaux des affaires sanitaires et sociales, les médecins conseils des services du contrôle médical ou enfin aux chefs de services régionaux de l'inspection du travail, de l'emploi et de la politique sociale agricoles ou leurs représentants.

⁵⁷³ CE 4 novembre 2002, req. n° 224529, *GP* 14 août 2009 n° 226, p. 8

⁵⁷⁴ CSS, article R. 145-18 alinéa 2

⁵⁷⁵ CSS, article R. 145-17

⁵⁷⁶ CSS, article R. 145-19 alinéas 1 et 4

⁵⁷⁷ CSS, article R. 145-19

§3. INDEPENDANCE DES PROCEDURES

361. L'action engagée devant la Section des assurances sociales ne préjudicie pas à toute autre action disciplinaire engagée devant le Conseil de l'Ordre des médecins⁵⁷⁸, en application du principe de l'indépendance des procédures. Les mêmes faits peuvent donc être poursuivis devant des juridictions différentes.

362. Un médecin peut également être attiré parallèlement devant les juridictions civiles dans le cadre d'une action en responsabilité, et dans le cadre d'une action pénale⁵⁷⁹, ou au titre de sanctions conventionnelles⁵⁸⁰, ou poursuivi par le directeur de l'organisme dans le cadre de la procédure de l'article L. 162-1 14 du CSS. La juridiction disciplinaire n'a pas à surseoir à statuer dans l'attente de la solution donnée au titre de ces litiges, même pour ce qui concerne la matière pénale. Les qualifications d'une juridiction ne lient d'ailleurs pas une autre juridiction.

III. LA PROCEDURE DEVANT LA SECTION DES ASSURANCES SOCIALES DU CONSEIL DE L'ORDRE DES MEDECINS

La procédure devant la SAS du Conseil de l'Ordre des médecins est encadrée par le Code de la santé publique, à commencer par la composition de la SAS (§1) mais aussi l'article 6§1 de la CESDH (§2). Définie à partir de la compétence de la SAS (§3), cette procédure aboutit à un panel de sanctions (§4).

§1. COMPOSITION DE LA SECTION DES ASSURANCES SOCIALES DU CONSEIL DE L'ORDRE DES MEDECINS EN PREMIERE INSTANCE

363. Juridiction de première instance, la SAS du Conseil régional est présidée par un membre des juridictions administratives qui est nommé par le vice-président du Conseil d'Etat. Deux présidents suppléants peuvent être nommés⁵⁸¹ en plus des assesseurs

⁵⁷⁸ CSP, article L. 4126-5

⁵⁷⁹ CSP, article L. 4126-5

⁵⁸⁰ CSS, article L. 162-15-1

⁵⁸¹ CSS, article L. 145-6

membres de l'ordre des médecins⁵⁸². Les juridictions du contrôle technique doivent aussi comprendre un nombre égal d'assesseurs représentant les organismes de sécurité sociale dont au moins un praticien-conseil nommé par l'Etat pour les médecins⁵⁸³. La composition de la SAS semble donner des garanties d'impartialité et d'indépendance grâce à la présence de magistrats et d'assesseurs nommés par l'Etat.

§2. DROITS PROCEDURAUX DEVANT LA SECTION DES ASSURANCES SOCIALES

Le Conseil d'Etat a fini par admettre que l'article 6§1 de la CESDH s'applique aux procédures disciplinaires⁵⁸⁴ conformément à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Ecrite et contradictoire (A), la procédure devant la SAS répond à des conditions d'indépendance (B) tandis que l'assistance et la représentation des parties doivent être garanties (C).

A. Indépendance de la Juridiction

364. L'organisation des juridictions du contentieux du contrôle technique satisfait aux exigences d'impartialité et d'indépendance des juridictions lorsqu'elles sont saisies par un organisme de sécurité sociale ou un praticien du contrôle médical, eu égard à la nature des contestations portées devant les SAS des conseils régionaux et du Conseil national de l'Ordre des médecins, aux conditions de désignation des assesseurs ainsi qu'aux modalités d'exercice de leurs fonctions qui les soustraient à toute subordination hiérarchique⁵⁸⁵.

B. Une procédure écrite et contradictoire

365. La procédure devant la SAS du Conseil régional et national de discipline est contradictoire⁵⁸⁶ et écrite⁵⁸⁷. Les formes prévues par la convention des organismes

⁵⁸² CSS, article R. 145-6 alinéa 2

⁵⁸³ CSS, article L. 145-6, R.145-4, R. 145-5, R. 145-6

⁵⁸⁴ CE Ass. 14 février 1996 Maubleu, *JCP G* 1996, II, 22669

⁵⁸⁵ CE 14 janvier 1998, req. n° 184735, *TPS* 1998 comm. 133

⁵⁸⁶ CSS, article L. 145-8

⁵⁸⁷ CSS, article R. 145-15

d'assurance maladie doivent être respectées lors du contentieux du contrôle disciplinaire, au risque de rendre nulle la décision de sanction pour vice de forme ou de procédure. Une nouvelle mise en garde est par exemple une formalité substantielle⁵⁸⁸ lorsque la Caisse engage une nouvelle procédure fondée sur les mêmes griefs à la suite d'une première mesure de mise hors convention.

366. Tout placement d'un médecin hors convention doit être précédé d'une mise en garde adressée au médecin par le comité médical local. Du point de vue procédural, l'enquête préalable diligentée par l'organisme à l'origine de la saisine ou le déroulement de la saisine de la Section des assurances sociales du conseil de l'ordre sont sans influence sur la procédure suivie devant la juridiction, dès lors que celle-ci a respecté le principe du contradictoire⁵⁸⁹.

367. Le président de la juridiction du contentieux disciplinaire peut par ordonnance donner acte des désistements, ne pas statuer sur une requête ou rejeter des conclusions entachées d'irrecevabilité⁵⁹⁰.

C. Assistance et représentation devant la juridiction

368. Les intéressés peuvent se faire assister ou représenter devant les juridictions du contentieux disciplinaire soit par un administrateur ou représentant légal pour les organismes de sécurité sociale, ou par un conseil de leur profession⁵⁹¹. En revanche un inspecteur du contentieux d'une CPAM ne peut régulièrement représenter celle-ci lors de l'audience au cours de laquelle la SAS du Conseil national de l'Ordre des médecins a pris la décision attaquée⁵⁹².

⁵⁸⁸ CE 14 janvier 1994, req. n° 105686, *RJS* 1994 n° 456

⁵⁸⁹ CE 24 janvier 1996, req. n° 154942, *RJS* 1996 n° 334

⁵⁹⁰ CSS, article L. 145-9

⁵⁹¹ CSS, article R. 145-20

⁵⁹² CE 20 octobre 1993, req. n° 133678, *RJS* 1994 n° 83

§3. COMPETENCE DE LA SECTION DES ASSURANCES SOCIALES DU CONSEIL DE L'ORDRE DES MEDECINS

La compétence de la SAS répond à des conditions matérielles (A) et territoriales (B).

A. Compétence matérielle de la Section des assurances sociales

Elle porte sur les personnes poursuivies (A) ainsi que les faits réprimés (B).

1. Personnes poursuivies devant la Section des assurances sociales du Conseil de l'Ordre des médecins

369. Le contentieux du contrôle technique de la Sécurité sociale a pour objet de réprimer disciplinairement les fautes commises par certains médecins libéraux (mais aussi d'autres professionnels de la santé) à l'occasion de soins dispensés aux assurés sociaux⁵⁹³, que le médecin soit conventionné au non. Le comportement d'un praticien hospitalier relève d'ailleurs également de la compétence de la Section des assurances sociales sans que ce praticien hospitalier puisse tirer une quelconque protection de l'article L. 4124-2 du Code de la santé publique⁵⁹⁴.

2. Les faits réprimés : les fautes, fraudes, faits intéressant l'exercice de la profession, relevés à l'encontre des médecins à l'occasion de soins dispensés aux assurés sociaux

370. Le contentieux du contrôle technique concerne toutes les fautes, fraudes, faits intéressant l'exercice de la profession relevés à l'encontre des médecins à l'occasion de soins dispensés aux assurés sociaux⁵⁹⁵. Le contentieux du contrôle technique est soumis en première instance à une section du Conseil régional de discipline des médecins⁵⁹⁶. Il n'y

⁵⁹³ J. PRALUS-DUPUY, « Les tendances contemporaines de la répression disciplinaire », *Revue de science criminelle* 2000, p. 545

⁵⁹⁴ L'article L. 4124-2 du Code de la santé publique est relatif à la protection des médecins, chirurgiens-dentistes ou sages-femmes chargés d'un service public et inscrits au tableau de l'ordre, à l'occasion des actes de leur fonction publique.

⁵⁹⁵ D'après les articles R. 145-1 [pharmaciens] et R. 145-8 [médecins] du Code de la sécurité sociale

⁵⁹⁶ CSS, article R. 145-1

pas d'énumération des faits susceptibles d'être appréhendés par la Section des assurances sociales ce qui semble être une entorse importante au principe *nulla poena sine lege*. Seule la pratique permet de lister les différentes hypothèses rencontrées de façon récurrente devant la SAS.

371. Il est par exemple certain que la question cruciale des honoraires abusifs au sens de l'article L. 145-2 du Code de la sécurité sociale est visée. Le Conseil d'Etat les a définis comme les honoraires réclamés pour un acte facturé sans avoir jamais été réalisé, pour un acte surcoté, pour un acte réalisé dans des conditions telles qu'alors même qu'il a été effectivement pratiqué il équivaut à une absence de soins, ou encore ceux dont le montant est établi sans tact ni mesure⁵⁹⁷. La SAS doit rechercher si les honoraires qu'elle a jugés abusifs remplissaient ces conditions⁵⁹⁸ ou si les interventions présentaient « clairement une difficulté particulière »⁵⁹⁹. La notion de « tact et mesure » paraît particulièrement vaste et imprécise, et étend le domaine d'investigation des autorités de contrôle. La Section des assurances sociales va dès lors être amenée à examiner chaque acte médical. Ce contrôle a lieu par définition après l'acte médical et on peut remettre en cause le pouvoir de la Section des assurances sociales de qualifier un acte médical de faute au sens de l'article L. 145-1 du Code de la sécurité sociale, alors qu'elle manque d'éléments pour les apprécier.

372. Les honoraires dus aux médecins libéraux pour les soins dispensés aux assurés sociaux étant déterminés d'après une nomenclature générale des actes professionnels (NGAP) établie par le pouvoir réglementaire⁶⁰¹, la prise en charge par les organismes de sécurité sociale de ces actes professionnels est réalisée strictement dans le cadre de cette nomenclature.

[La Section des assurances sociales] tient des dispositions de l'article L. 145- 1 du Code de la Sécurité Sociale, le pouvoir " d'interpréter, en tant que besoin, les dispositions de la nomenclature générale des actes professionnels ", comme l'a rappelé la Section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des Médecins dans sa décision du 24 avril 2003⁶⁰⁰.

⁵⁹⁷ CE 17 novembre 2008, req. n° 301553

⁵⁹⁸ CE 24 octobre 1998, req. n° 288051

⁵⁹⁹ CE 21 novembre 2003, req. n° 211362

⁶⁰⁰ CA Reims, 21 novembre 2007, req. n° 06/01152

⁶⁰¹ CSS, article R. 162-52

373. La Section des assurances sociales a en effet affirmé⁶⁰² :

il appartient aux sections des assurances sociales appelées à se prononcer sur le comportement d'un praticien au regard des dispositions de l'article L 145-1 du code de la sécurité sociale d'interpréter, en tant que besoin, les dispositions de la nomenclature générale des actes professionnels; qu'elles sont, dès lors, compétentes pour se prononcer sur une plainte fondée sur la méconnaissance des obligations qui découlent pour æ praticien des dispositions de la nomenclature et peuvent statuer sur cette plainte sans qu'il y ait lieu de surseoir à statuer pour soumettre au tribunal des affaires de sécurité sociale une question préjudicielle concernant l'interprétation de cette nomenclature ;

374. Un exemple concerne les surcotations d'actes par un médecin comme le montre un extrait d'arrêt du Conseil d'Etat : l'étude des dossiers révèle une grande liberté du médecin en cause « à l'égard des cotations de la nomenclature, notamment dans les dossiers 18, 33, 57, 61, 66 et 71, où, au regard des examens pratiqués, il y a surcotation »⁶⁰³. Les honoraires abusifs aussi être identifiés en cas de surcotation d'un acte par exemple lorsqu'un médecin a appliqué à la valeur de la lettre clef de la Nomenclature des actes professionnels, un coefficient supérieur à celui correspondant aux actes réellement exécutés⁶⁰⁴.

375. L'interdiction temporaire du droit de donner des soins aux assurés sociaux peut aussi être formulée contre un médecin qui a méconnu l'article 5 des dispositions générales de la NGAP qui faisaient obstacle à ce qu'un médecin reçoive en son cabinet plusieurs patients simultanément, soignés dans des locaux distincts, et ne se consacre pas exclusivement au seul patient traité pendant toute la durée de la séance d'acupuncture, y compris pendant le temps de repos entre la pose et le retrait des aiguilles⁶⁰⁵. Le manquement d'un praticien peut aussi consister en une omission relative à la participation obligatoire à une action d'évaluation et d'amélioration de la qualité de la pratique professionnelle^{606/607}.

⁶⁰² Section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des médecins, 24 avril 2003, dossier n° 3605

⁶⁰³ CE 12 juin 2002, req. n° 204607

⁶⁰⁴ CE 31 janvier 1968 Caisse Primaire de Sécurité Sociale de la région parisienne, req. n° 71191

⁶⁰⁵ CE 3 octobre 2003, req. n° 230314

⁶⁰⁶ CE 15 mai 2006, req. n° 280212

376. Un acte peut aussi être sanctionné s'il a été réalisé pendant une période d'interdiction d'exercice⁶⁰⁸. Dans ce cas, le médecin doit rembourser les prestations versées par l'organisme de sécurité sociale en application de l'article L. 145-3 du Code de la sécurité sociale.

B. Compétence territoriale

377. La SAS compétente est celle du conseil dans le ressort duquel le praticien exerce sa profession⁶⁰⁹.

§4. LA SANCTION INFLIGEE PAR LA SECTION DES ASSURANCES SOCIALES

Différentes sanctions sont possibles (A) dans le respect du principe de non cumul des peines (B).

A. Le prononcé de la sanction

378. Aux termes de l'article L. 145-2 du Code de la sécurité sociale, les sanctions susceptibles d'être prononcées notamment par la SAS du Conseil national de l'Ordre des médecins ou des chirurgiens-dentistes ou des sages-femmes sont :

- l'avertissement ;
- du Code de la sécurité sociale,
- le blâme, avec ou sans publication ;
- l'interdiction temporaire ou permanente, avec ou sans sursis, du droit de donner des soins aux assurés sociaux, avec ou sans publication ;
- dans le cas d'abus d'honoraires, le remboursement à l'assuré du trop-perçu ou le reversement aux organismes de sécurité sociale du trop-remboursé, même s'il n'est

⁶⁰⁷ Les dispositions de la convention nationale des médecins généralistes et des médecins spécialistes de 2005 traduisent le souhait des partenaires conventionnels d'atteindre un objectif global de télétransmission des feuilles de soins supérieur à 90 % en privilégiant le recours aux mesures incitatives mais n'ont ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à ce que les organismes de sécurité sociale compétents puissent prononcer des sanctions à l'encontre des praticiens qui manqueraient à l'obligation de fournir le service de la télétransmission des feuilles de soins. La sanction décidée par une CPAM de suspendre d'un an sa participation au financement de ses cotisations sociales est donc jugée légale par le Conseil d'Etat : CE 2 octobre 2009, req. n° 319316

⁶⁰⁸ CE 16 mai 2007, req. n° 268275

⁶⁰⁹ CSS, article R. 145-17 alinéa 2

prononcé aucune des sanctions prévues ci-dessus.

379. Si le jugement le prévoit ou dans le cas d'une interdiction temporaire ou permanente du droit de donner des soins, la sanction prononcée par les juridictions du contentieux disciplinaire doit faire l'objet d'une publication ⁶¹⁰. Les modalités de publicité de sanctions prises par la juridiction du contentieux du contrôle technique ne peuvent pas être modifiées par une convention nationale ⁶¹¹.

380. Le médecin qui contrevient à la sanction disciplinaire en dispensant des soins, est tenu de reverser à l'organisme de sécurité sociale le montant de toutes les prestations médicales remboursées à l'assuré social ⁶¹².

B. La question de l'application du principe de non cumul des peines

381. Nous savons que les mêmes faits peuvent donner lieu à la fois à des poursuites devant la Section des assurances sociales et devant la Section disciplinaire de l'ordre. Lorsque les juridictions du contentieux disciplinaire prononcent des sanctions différentes, seule la sanction la plus forte est mise à exécution, lorsqu'elles ont été prononcées à l'occasion des mêmes faits ⁶¹³. Il semble toutefois que ce principe de non cumul des peines ne s'impose qu'à l'égard de la SAS ⁶¹⁴, mais pas à l'égard de la Section disciplinaire de l'ordre.

382. En toute hypothèse, ce principe de non cumul des peines ne s'applique pas à une juridiction pénale, ou à toute autre juridiction que la Section disciplinaire de l'ordre. Il a donc une portée très limitée.

⁶¹⁰ CSS, article L. 145-2

⁶¹¹ CE 8 juillet 1998, req. n° 189244

⁶¹² CSS, article L. 145-3

⁶¹³ CSS, article L. 145-2

⁶¹⁴ D'après l'article L. 145-2 alinéa 9 du Code de la sécurité sociale, les sanctions prévues au présent article ne sont pas cumulables avec les peines prévues à l'article L. 4124-6 du Code de la santé publique [c'est-à-dire les peines disciplinaires prononcées par la chambre disciplinaire de première instance] lorsqu'elles ont été prononcées à l'occasion des mêmes faits. Si les juridictions compétentes prononcent des sanctions différentes, la sanction la plus forte peut être seule mise à exécution.

C. Recours contre la sanction

La sanction peut faire l'objet d'un appel (1) puis d'un pourvoi (2).

1. Appel

383. En appel les contestations relatives au contrôle technique sont portées devant la SAS du Conseil national de l'Ordre des médecins⁶¹⁵. La juridiction d'appel du contentieux disciplinaire de l'ordre des médecins est présidée par un conseiller d'Etat, nommé par le ministre de la justice, elle est composée d'assesseurs membres de l'ordre et des organismes de sécurité sociale⁶¹⁶. L'appel, formé dans les trente jours qui suivent la notification de la décision attaquée, est suspensif.

2. Pourvoi

384. Les décisions rendues par les Sections des assurances sociales de chaque Conseil national de l'ordre sont susceptibles de recours uniquement devant le conseil d'Etat par voie de recours en cassation⁶¹⁷. Depuis l'arrêt Bouguen⁶¹⁸, le Conseil d'Etat s'estime compétent pour statuer sur certaines décisions des ordres professionnels. A cette occasion, le Conseil d'Etat a précisé que le législateur, en créant ces ordres, avait voulu faire de l'organisation et du contrôle de l'exercice de ces professions un service public. Le recours en cassation n'est en principe pas suspensif mais le Conseil d'Etat peut ordonner le sursis à exécution d'une décision⁶¹⁹. Le Conseil d'Etat n'exerce en tant que juge de cassation aucun contrôle du *quantum* de la peine.

⁶¹⁵ CSS, article L. 145-1

⁶¹⁶ CSS, article L. 145-7 alinéa 1

⁶¹⁷ CSS, article L. 145-5

⁶¹⁸ CE Ass. 2 avril 1943 Bouguen, req. n° 72210, *Lebon* p 86, *GAJA*

⁶¹⁹ CE 12 janvier 1987, req. n° 82419, Inédit au recueil *Lebon*

SECTION V. LE MEDECIN LIBERAL POURSUIVI DEVANT LA CHAMBRE DISCIPLINAIRE DU CONSEIL DE L'ORDRE

Nous avons vu qu'une caisse locale a par nature qualité pour saisir une Section des assurances sociales en vue de la poursuite du médecin libéral ⁶²⁰. Il en est de même de la poursuite du praticien devant la chambre disciplinaire du Conseil de l'ordre (I) en vue de la répression du médecin libéral devant la Section disciplinaire d'un Conseil de l'ordre (II).

I. LES ORGANISMES DE SECURITE SOCIALE, ACTEURS DANS LE DECLENCHEMENT DE LA PROCEDURE DISCIPLINAIRE

L'introduction de la poursuite par l'organisme de sécurité sociale (§1) est suivie d'une phase contentieuse (§2).

§1 L'INTRODUCTION DE LA POURSUITE PAR L'ORGANISME DE SECURITE SOCIALE

Les organismes de sécurité sociale peuvent porter plainte devant la Chambre disciplinaire du Conseil de l'ordre (A) : le contenu de la plainte n'a pas à répondre à l'impératif de l'égalité des peines (B) mais une conciliation entre médecins libéraux et organisme de sécurité sociale reste possible (C).

A. Les organismes de sécurité sociale auteurs de plaintes disciplinaires.

385. Si le contentieux disciplinaire classique ne concerne en principe pas les organismes de sécurité sociale, ceux-ci apparaissent au stade du déclenchement du contentieux disciplinaire. En effet, d'après l'article R. 4126-1 du Code de la santé publique :

⁶²⁰ CE 4 novembre 2002, req. n° 224529

une plainte peut être formée devant la chambre disciplinaire de première instance par les autorités de l'Etat ⁶²¹, un syndicat ou une association de praticien, mais aussi par le biais du Conseil départemental ou national de l'Ordre au profit des patients ou encore les caisses de sécurité sociale et les services du contrôle médical, les associations de défense des droits des patients, des usagers du système de santé ou des personnes en situation de précarité.

386. Un particulier ne peut donc pas saisir directement le Conseil régional de l'Ordre des médecins, mais seulement porter une **réclamation** devant le conseil départemental, qui a l'obligation de transmettre avec un avis le dossier au Conseil régional compétent. Le particulier reste tiers à la procédure et n'a pas accès au dossier du praticien.

387. Les organismes de sécurité sociale interviennent donc en amont du contentieux disciplinaire à l'occasion de la procédure de conciliation, par l'intermédiaire des directeurs des organismes locaux d'assurance maladie. De plus, les directeurs des organismes de sécurité sociale concernés sont tenus ⁶²², de communiquer à l'Ordre compétent les informations qu'ils auront recueillies dans le cadre de leur activité et qui sont susceptibles de constituer un manquement à la déontologie médicale de la part d'un professionnel de santé inscrit à l'Ordre. L'Ordre fait ensuite connaître à l'organisme qui l'a saisi, dans les trois mois, les suites qu'il y a apportées. Une fois ces informations communiquées, le conseil départemental formule un avis qui est transmis au Conseil national mais n'est pas susceptible de recours : les conclusions dirigées contre des actes pris par le conseil départemental de l'Ordre des médecins à l'occasion de la transmission des plaintes formées par la CPAM et qui sont présentées avant que le juge disciplinaire ait été saisi sont irrecevables ⁶²³.

⁶²¹ L'article R. 4126.1, 2°) du Code de la santé publique mentionne en effet le ministre chargé de la santé, le préfet du département au tableau duquel est inscrit le praticien intéressé, le préfet de la région ou le directeur de l'agence régionale de l'hospitalisation dans le ressort de laquelle exerce le praticien intéressé, le procureur de la République du tribunal de grande instance dans le ressort duquel le praticien est inscrit au tableau.

Les décisions de sanctions disciplinaires prises par l'autorité hiérarchique sur le fondement de dispositions statutaires ou contractuelles à l'encontre de praticiens exerçant dans les établissements de santé sont transmises par le directeur de l'établissement au directeur de l'Agence régionale de l'hospitalisation (ARH) intéressé.

⁶²² CSS, article L. 162-1-19 créé par la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 - article 56

⁶²³ CE 21 avril 1989, req. n° 99718

B. Le contenu de la plainte formée par les organismes de sécurité sociale n'a pas à répondre à l'impératif de légalité des peines

388. La plainte de l'organisme doit être motivée et se fonder sur une incrimination prévue par les textes. En réalité, le contenu de la plainte, au tout début de la procédure contentieuse, est problématique dès lors que les organismes de sécurité sociale affirment que les dispositions de l'article 7 alinéa 1 de la CEDSH relatif au principe de légalité⁶²⁴ ne s'appliquent pas explicitement à la matière disciplinaire. Il est vrai que l'article 7 ne s'applique en principe qu'en droit pénal puisqu'il fait référence à la notion d'infraction qui correspond au comportement actif ou passif prohibé par la loi et passible selon sa gravité d'une peine principale, soit criminelle, soit correctionnelle, soit de police, éventuellement assortie de peines complémentaires ou accessoires ou de mesures de sûreté⁶²⁵. La CEDH semble donc exclure son application en dehors de la matière pénale⁶²⁶.

389. La Cour de Strasbourg a pourtant affirmé que la garantie de l'article 7, élément essentiel de la prééminence du droit, occupe une place primordiale dans le système de protection de la Convention et qu'il découle de son objet et de son but qu'on doit l'interpréter et l'appliquer de manière à assurer une protection effective contre les poursuites, les condamnations et sanctions arbitraires⁶²⁷.

390. Le Conseil d'Etat a pour sa part affirmé que le principe de légalité des délits ne s'applique pas aux sanctions susceptibles d'être infligées aux membres des professions réglementées. Un revirement a toutefois été amorcé depuis un arrêt d'octobre 2009 qui vient d'affirmer que :

le principe de légalité des délits s'applique aux sanctions susceptibles d'être infligées aux membres des professions réglementées, y compris celles revêtant un caractère disciplinaire⁶²⁸. Il est en revanche constant que les sanctions infligées doivent être prévues par des textes légaux ou réglementaires.

⁶²⁴ « Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. »

⁶²⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 7^{ème} édition, 1998, p. 456

⁶²⁶ CEDH 7 juillet 1989 *Tre Traktörer Aktiebolag c. Suède*, req. n° 10873/84 (paragraphe 46)

⁶²⁷ CEDH 22 novembre 1995 *S.W. c. Royaume-Uni*, Série A, n°335-B (paragraphe 34)

⁶²⁸ CE 12 octobre 2009, req. n° 311641

391. La question du contenu et de la motivation de la plainte reste problématique au regard du respect des droits de la défense, surtout si l'on considère que les juridictions disciplinaires ne sont pas liées par les termes de cette plainte⁶²⁹. En l'état actuel, la pratique des organismes de sécurité sociale porte atteinte aux droits de la défense, au moins lorsque les plaintes s'appuient sur des faits imprécis, ou généraux. Cette pratique n'étant pas sanctionnée par les juridictions, il est à craindre qu'elle perdure.

C. La conciliation possible avec l'organisme de sécurité sociale

392. L'existence d'un accord entre le plaignant et l'Ordre⁶³⁰ renforce encore l'implication de l'organisme dans le processus de poursuite, et semble propre à éviter le déclenchement d'une procédure de sanction. Depuis le décret du 25 mars 2007⁶³¹, lorsqu'une plainte est formée devant le conseil départemental ou national de l'Ordre, le président de ce conseil départemental tente une conciliation et transmet la plainte à la chambre disciplinaire de 1^{ère} instance en cas d'échec⁶³².

393. La saisine du conciliateur n'est cependant recevable qu'après épuisement des procédures internes de traitement des réclamations, et il ne doit pas y avoir de procédure contentieuse en cours. Les deux seuls cas de saisine directe d'un conciliateur sont conventionnelles et concernent l'impossibilité pour un assuré de déclarer un médecin traitant⁶³³ ainsi que le délai d'obtention de rendez vous chez le médecin correspondant⁶³⁴.

⁶²⁹ CE 29 avril 2002, req. n° 214659

⁶³⁰ Prévu à l'article L. 4123-2 du Code de la santé publique

⁶³¹ Décret n° 2007-434 du 25 mars 2007 relatif au fonctionnement et à la procédure disciplinaire des conseils de l'ordre des médecins, des chirurgiens-dentistes, des sages-femmes, des pharmaciens, des masseurs-kinésithérapeutes et des pédicures-podologues et modifiant le Code de la santé publique (dispositions réglementaires)

⁶³² CSP, article L. 4123-2

⁶³³ Convention 12 juin 2005 des médecins généralistes et des médecins spécialistes, article 1.1.2 : Modalités de choix du médecin traitant : Le médecin traitant peut être médecin généraliste ou spécialiste. Chaque assuré de 16 ans ou plus adresse à sa caisse un imprimé intitulé « Déclaration de choix du médecin traitant », complété avec le praticien qu'il a choisi. Le médecin signifie son accord en cosignant l'imprimé précité. **Le conciliateur de la caisse d'affiliation du patient peut être saisi par ce dernier lorsque celui-ci ne parvient pas à accomplir cette démarche.** L'assuré peut changer à tout moment de médecin traitant.

⁶³⁴ Convention 12 juin 2005 des médecins généralistes et des médecins spécialistes, article 1.2.1 alinéa 2 : Le conciliateur de la caisse d'affiliation du médecin peut être saisi par le patient qui estime que les délais d'obtention de rendez-vous ne correspondent pas aux critères déterminés à l'alinéa précédent. L'objet de cette conciliation est de favoriser la mise en œuvre d'une réponse adaptée à l'état de santé des patients.

394. Une plainte peut par exemple être formée par un patient contre un médecin qui aurait demandé des honoraires abusifs. Le conseil départemental doit identifier auprès du patient et du praticien le cadre dans lequel les honoraires ont été réclamés et convoquer le patient ainsi que le praticien si l'incompréhension persiste ⁶³⁵.

395. Devenue obligatoire ⁶³⁶, cette procédure de conciliation peut aboutir à un accord. C'est seulement si cet accord semble impossible que le patient formalise une plainte à laquelle le conseil départemental s'associera ou non compte tenu des éléments recueillis. Le conseil départemental a uniquement un rôle de conciliation, d'autant plus qu'il n'a pas de pouvoir disciplinaire.

§2. PHASE CONTENTIEUSE : L'ORGANISME AUTEUR DE LA PLAINTE DEVANT LE CONSEIL REGIONAL PEUT ETRE CONVOQUE

396. Les conseils régionaux ou interrégionaux sont les chambres disciplinaires de première instance ⁶³⁷. La procédure est contradictoire et les appels sont formés devant la Chambre disciplinaire nationale des médecins. L'appel est suspensif.

397. L'implication des organismes est d'autant plus renforcée dans le processus de poursuite que l'auteur de la plainte devant le Conseil régional peut être convoqué et entendu à l'audience, sans que la procédure suivie devant la Section disciplinaire du Conseil national de l'ordre en soit affectée. Pour justifier cette solution le Conseil d'Etat rappelle que si l'auteur de l'appel et, s'il y a lieu, ceux qui ont été partie devant le Conseil régional sont convoqués à l'audience ⁶³⁸, ces dispositions ne font pas obstacle à ce que toute autre personne dont l'audition lui paraît utile soit convoquée à l'audience par la Section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes ⁶³⁹.

⁶³⁵ Rapport adopté lors de la session du Conseil national de l'Ordre des médecins de décembre 2005

⁶³⁶ Depuis l'article 1^{er} de l'Ordonnance n° 2005-1040 du 26 août 2005 relative à l'organisation de certaines professions de santé et à la répression de l'usurpation de titres et de l'exercice illégal de ces professions (JO 27 août 2005, p. 13923), ainsi que l'article 58 de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie (JO 17 août 2004, p. 14598)

⁶³⁷ CSP, article L. 4124-1

⁶³⁸ Aux termes de l'article 25 du décret du 26 octobre 1948 modifié

⁶³⁹ CE 17 décembre 1990, req. n° 118732

II. LA REPRESSION DU MEDECIN LIBERAL DEVANT LA SECTION DISCIPLINAIRE D'UN CONSEIL DE L'ORDRE

La répression du médecin libéral devant la Section disciplinaire d'un Conseil de l'ordre concerne des faits liés à l'objectif de santé publique (§1) et mène au prononcé d'une sanction (§2).

§1. LES FAITS POURSUIVIS PAR LES ORGANISMES CONCERNENT L'OBJECTIF DE SANTE PUBLIQUE

L'objectif de santé publique est rattaché à l'activité du praticien en tant qu'acteur économique (A) et à l'intérêt du patient (B).

A. Les faits réprimés portant sur l'activité du praticien, en tant qu'acteur économique

Ces faits concernent l'interdiction de faire de la publicité pour les professionnels de santé (1), l'acceptation d'une donation par un patient (2) ou encore le respect de l'omnivalence du diplôme du médecin libéral (3).

1. L'interdiction de faire de la publicité pour les professionnels de santé

398. Le Code de la santé publique régit l'installation d'une plaque professionnelle par un médecin, notamment les informations figurant sur la plaque⁶⁴⁰, sous peine de sanction disciplinaire. Par exemple justifie une sanction disciplinaire le fait de faire figurer une qualification inexistante sur sa plaque professionnelle⁶⁴¹. De même l'installation par un chirurgien dentiste d'un panneau de dimension importante en face de sa plaque professionnelle constitue une mesure de publicité justifiant la sanction disciplinaire de l'avertissement assortie du paiement des frais d'instance⁶⁴².

⁶⁴⁰ CSP, article R. 4127-80

⁶⁴¹ CE 18 novembre 1966 Chabaud, req. n° 66417

⁶⁴² CE 11 février 2004 M. Delyfer, req. n° 249891

399. De manière générale le fait de se prêter à des manœuvres publicitaires constitue une faute disciplinaire et justifie la sanction d'interdiction temporaire d'exercice de la médecine, à l'instar d'un praticien qui aurait fait appel à deux étudiants pour faire connaître ses méthodes thérapeutiques d'amaigrissement et qui aurait laissé paraître deux articles sur ses méthodes dans des revues féminines à grand tirage⁶⁴³.

2. L'acceptation d'une donation d'un patient

400. Le principe est qu'un médecin ne peut profiter d'une donation faite par son patient au cours de la maladie dont il est décédé⁶⁴⁴.

3. Le respect de la limite à l'omnivalence du diplôme d'un professionnel de santé

401. Le médecin ayant choisi de n'exercer que dans le domaine pour lequel l'Ordre des médecins lui a attribué une qualification spécifique doit exercer exclusivement son activité à ce domaine. A défaut, il encourt des sanctions disciplinaires⁶⁴⁵. Le médecin⁶⁴⁶ ou le dentiste⁶⁴⁷ qui sort de ses attributions se rend ainsi coupable d'exercice illégal de sa profession.

402. Cette sanction disciplinaire ne protège en réalité que l'emploi du titre de médecin et non de médecine. Une personne exerçant la « médecine chinoise » peut librement utiliser ce terme, avec la réserve qu'elle n'établisse pas de diagnostic ou qu'elle ne pratique pas d'actes médicaux⁶⁴⁸. Une telle sanction prise à l'encontre d'un professionnel de santé s'articule avec le principe de la libre prestation de services énoncé aux articles 49 et 50 du Traité instituant la communauté européenne (TCE)⁶⁴⁹. Or pour la

⁶⁴³ CE 2 octobre 1974 Sieur Chung-Seh-Tung, req. n° 90298

⁶⁴⁴ CSP, article R. 4127-52 ; Code Civil, article 909

⁶⁴⁵ CE 3 novembre 1967, req. n° 67822

⁶⁴⁶ CSP, article L. 4161-1

⁶⁴⁷ CSP, article L. 4161-2

⁶⁴⁸ Civ. 1^{ère}, 16 octobre 2008, req. n° 07-17789, D. 2008

⁶⁴⁹ Article 56 TUE (ex-article 49 TCE) : Dans le cadre des dispositions visées ci-après, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation.

Chambre criminelle, c'est sans méconnaître ce principe que les juges fondent la condamnation d'un ressortissant français qui se livrait de manière habituelle en France à une activité qui l'amenait à élaborer des diagnostics et à participer à des traitements. En effet, en réservant l'exercice de la médecine aux personnes titulaires des diplômes, certificats ou titres⁶⁵⁰, les articles L. 4161-1⁶⁵¹ et L. 4161-5⁶⁵² du Code de la santé publique applicables sans distinction à tous les prestataires exerçant sur le territoire français sont justifiés par la protection de la santé publique, mesure impérieuse d'intérêt général dont l'application est proportionnée. Le praticien sort de ses attributions légales s'il prête son concours à des personnes dépourvues de qualité pour exercer la médecine⁶⁵³.

403. Le respect de la limite à l'omnivalence du diplôme doit être particulièrement observé dans le cadre d'un remplacement. Le remplacement est par exemple susceptible de mener à des sanctions disciplinaires dans le cas où un médecin remplacé soit choisit un remplaçant qui n'a pas la qualification et l'expérience requises, soit n'éclaire pas complètement celui-ci sur les soins préalablement donnés par lui⁶⁵⁴.

Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission, peut étendre le bénéfice des dispositions du présent chapitre aux prestataires de services ressortissants d'un État tiers et établis à l'intérieur de la Communauté.

Article 57 TUE (ex-article 50 TCE) : Au sens du présent traité, sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes. Les services comprennent notamment:

des activités de caractère industriel

des activités de caractère commercial

des activités artisanales

les activités des professions libérales

Sans préjudice des dispositions du chapitre relatif au droit d'établissement, le prestataire peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer, à titre temporaire, son activité dans le pays où la prestation est fournie, dans les mêmes conditions que celles que ce pays impose à ses propres ressortissants

⁶⁵⁰ CSP, article L. 4131-1, 1° et 2°

⁶⁵¹ L'article L. 4161-1 du Code de la santé publique définit les cas d'exercice illégal de la médecine.

⁶⁵² L'article L. 4161-5 du Code de la santé publique énonce les peines encourues en cas d'exercice illégal de la médecine.

⁶⁵³ Crim. 2 décembre 2003, req. n° 03-81334, *Bull. crim.* 2003, n° 227, p. 920

⁶⁵⁴ Civ. 1^{ère}, 12 juillet 1976 Lebrat c. Epoux Blanc, req. n° 75-10315

B. Les faits réprimés au nom de l'intérêt du patient

Ces faits concernent le non-respect du secret professionnel (1), l'exigence d'un but médical de l'acte médical (2) et le consentement du patient à l'acte médical (3) ou l'encadrement de l'interruption volontaire de grossesse (4).

1. le non-respect du secret professionnel

404. Une sanction disciplinaire peut être infligée à un professionnel de santé qui ne respecte pas le secret professionnel et plus précisément le droit à l'accès à l'information pour un patient⁶⁵⁵, le secret de la vie privée et des informations médicales⁶⁵⁶ ou l'hébergement des données de santé.

405. Le secret médical est aussi une source de conflits en droit des assurances ce qui a permis de souligner l'importance du consentement du patient lors de la divulgation d'informations médicales, même si la juge peut le contourner par des mesures d'instruction. Le droit au respect de la vie privée et au secret des informations pour toute personne prise en charge par un professionnel, établissement, réseau de santé ou tout organisme participant à la prévention et aux soins⁶⁵⁷ est complété par l'obligation pour tout médecin de respecter le secret professionnel institué dans l'intérêt des patients dans les conditions établies par la loi⁶⁵⁸.

406. Dès lors viole ces textes l'arrêt qui, en présence d'un litige opposant un assuré à un assureur qui refuse sa garantie en raison de l'éthylisme à l'origine de l'affection dont souffre l'assuré, oppose l'absence de commencement de preuve, pour refuser d'ordonner une mesure d'instruction destinée à vérifier les dires de l'assureur et les éléments en sa possession alors que l'assureur ne peut produire un document couvert par le secret médical intéressant le litige, qu'à la condition que l'assuré ait renoncé au bénéfice de ce droit, et qu'il appartient au juge en cas de difficulté d'apprécier, au besoin après une mesure d'instruction, si l'opposition de l'assuré tend à faire respecter un intérêt légitime⁶⁵⁹.

⁶⁵⁵ CSP, article L. 1111-2

⁶⁵⁶ CSP, article L. 1110-4

⁶⁵⁷ CSP article L. 1110-4

⁶⁵⁸ Décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 portant Code de déontologie médicale, article 4 devenu l'article R. 4127-4 du Code de la santé publique

⁶⁵⁹ Civ. 2^{ème}, 2 juin 2005, req. n° 04-13.509, *Bull.* 2005, II, n° 142

2. L'exigence d'un but médical de l'acte médical

407. Un médecin qui effectue un acte médical sans but thérapeutique encourt des sanctions disciplinaires prononcées par le Conseil régional de l'Ordre des médecins⁶⁶⁰, à l'instar d'un médecin qui ne respecte pas le principe de la raison proportionnée⁶⁶¹. A l'inverse les masseurs-kinésithérapeutes peuvent exercer leur art dans un but thérapeutique ou non⁶⁶². Si c'est le cas une ordonnance médicale est nécessaire, sous peine de sanction disciplinaire⁶⁶³

3. Le consentement du patient à l'acte médical

408. Le médecin qui refuse de réaliser des soins dans le cadre de la clause de conscience doit transmettre au médecin qu'il désigne les informations utiles à la poursuite de ces soins, sous peine de sanctions disciplinaires⁶⁶⁴. Un médecin peut par exemple refuser de pratiquer une interruption volontaire de grossesse en application de cette clause de conscience.

409. Dans le même sens, le fait pour un médecin d'appeler ses confrères adhérents à l'organisation syndicale qu'il dirige à ne dispenser, même en cas d'urgence, aucun soin constitue un manquement à une obligation fondamentale s'imposant à tout médecin, sans que sa qualité de responsable syndical puisse l'en affranchir⁶⁶⁵. Dans tous les cas le médecin ne peut pas refuser des soins pour des motifs discriminatoires, sous peine de sanctions disciplinaires⁶⁶⁶. Un médecin a le devoir de refuser de pratiquer un acte médical s'il n'est pas fondé sur un but médical ou s'il fait courir aux malades des risques injustifiés eu égard au résultat escompté, sous peine de sanctions civiles, disciplinaires et pénales.

⁶⁶⁰ CSP, article R. 4127-41

⁶⁶¹ CSP, article R. 4127-40

⁶⁶² CSP, article L. 4321-1

⁶⁶³ CSP, article R. 4321-3

⁶⁶⁴ CSP, article R. 4127-47

⁶⁶⁵ CE 4 mai 2001, req. n° 205248

⁶⁶⁶ CSP, article R. 4127-7

4. L'encadrement de l'Interruption volontaire de grossesse (IVG)

410. Le médecin qui pratique une IVG, dans les délais légaux, mais en dehors d'un établissement d'hospitalisation public ou privé agréé est coupable d'une faute justifiant une sanction disciplinaire, et ce même s'il n'a pas exigé d'honoraires en rémunération ⁶⁶⁷.

§2. LES SANCTIONS

Les différentes sanctions prises (A) font émerger le problème de leur proportionnalité (B).

A. Les différentes sanctions prises

411. En vertu du principe de légalité, seules les sanctions prévues par la loi peuvent être infligées ⁶⁶⁸. Les sanctions disciplinaires sont :

- l'avertissement;
- le blâme;
- l'interdiction temporaire ou permanente, avec ou sans sursis, d'exercer une, plusieurs ou la totalité des fonctions médicales;
- l'interdiction, avec ou sans sursis, d'exercer pendant trois années au plus;
- la radiation du tableau ⁶⁶⁹.

B. L'émergence du problème de leur proportionnalité

412. Les sanctions prises par la Section disciplinaire sont quasiment similaires à celles prises par la Section des assurances sociales même si leurs fondements juridiques sont différents. L'avertissement, le blâme, l'interdiction temporaire avec ou sans sursis ou l'interdiction permanente d'exercer une ou plusieurs fonctions, l'interdiction temporaire d'exercer la médecine, qui ne peut excéder trois années, et la radiation du tableau de l'ordre sont les peines encourues par le professionnel de santé poursuivi devant la Section disciplinaire d'un Conseil de l'Ordre.

⁶⁶⁷ CE 4 novembre 1983, req. n° 26143

⁶⁶⁸ CE 1^{er} juin 1953 *Beloeuvre*, *Rec. CE* 1953, p. 255

⁶⁶⁹ CSP, article L. 4124-6

413. Les deux premières de ces peines (avertissement et blâme) comportent, en outre, la privation du droit de faire partie du conseil départemental, du Conseil régional ou du conseil interrégional et du Conseil national, de la chambre disciplinaire de première instance ou de la chambre disciplinaire nationale de l'ordre pendant une durée de trois ans et les suivantes, la privation de ce droit à titre définitif ⁶⁷⁰.

414. Les conséquences de ces sanctions sur la carrière d'un professionnel de santé posent la question de leur proportionnalité. La disproportion alléguée entre la gravité de la faute et l'importance de la sanction ne relève pas du contrôle du juge de cassation. Ainsi, la juridiction ordinaire a un pouvoir discrétionnaire de la sanction infligée, cette question relevant d'un domaine comparable à celui de l'appréciation des juges du fond ⁶⁷¹.

C. La mise en cause du caractère exécutoire de la sanction du médecin libéral

Le caractère exécutoire de cette sanction porte préjudice au médecin libéral (1) tout comme les règles entourant le sursis à exécution de cette peine (2).

1. L'exécution de la sanction au détriment du médecin libéral

415. Une confusion ou incompréhension peut naître en raison du caractère exécutoire de la sanction disciplinaire. En principe toute décision de la Section disciplinaire est exécutoire dès sa notification, sauf mention contraire de la décision ⁶⁷².

416. L'information du praticien de santé par la notification conditionne dès lors la mise en œuvre de la sanction. De plus le médecin qui continue son activité au mépris d'une mesure de suspension se rend coupable d'exercice illégal de la médecine ⁶⁷³. A l'inverse l'appel contre les décisions des chambres disciplinaires de première instance a un effet suspensif ⁶⁷⁴ sauf lorsque la chambre est saisie en cas d'urgence ⁶⁷⁵. Le Conseil d'Etat déduit de cette disposition que dans le cas où le requérant se désiste de l'appel qu'il a formé

⁶⁷⁰ CSP, article L. 4124-6

⁶⁷¹ CE 31 mai 1991 Denis, req. n° 74109

⁶⁷² D'après l'article 30 du Décret n° 48-1671 du 26 octobre 1948 relatif au fonctionnement des conseils de l'ordre des médecins, des chirurgiens-dentistes et des sages-femmes et de la Section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins

⁶⁷³ Crim.10 novembre 1987, n° 87-81.288, *Bull. Crim.* 1987 n° 398 p. 1048

⁶⁷⁴ CSP, article L. 4122-3, V

⁶⁷⁵ CSP, article L. 4113-14

contre une sanction prononcée à son encontre par le Conseil régional de l'Ordre des médecins, la sanction devient exécutoire, non à la date du délibéré de la décision de la Section disciplinaire qui lui donne acte de son désistement, mais à la date à laquelle ladite décision devient elle-même exécutoire. Par suite, l'effet suspensif de l'appel à l'encontre de la sanction prononcée par le Conseil régional de l'ordre des médecins ne cesse qu'à compter de la date à laquelle la décision du juge mettant fin à l'instance d'appel devient exécutoire⁶⁷⁶. En revanche, en l'absence de désistement, la sanction disciplinaire semble prendre effet immédiatement après l'expiration du délai d'appel⁶⁷⁷.

417. De manière générale l'exercice de la médecine dans des conditions contraires à la déontologie, constitue une faute justifiant des sanctions disciplinaires, même si le simple fait d'exercer en vertu d'un contrat critiqué par le conseil départemental n'est pas en soi une faute disciplinaire⁶⁷⁸. L'Ordre des médecins veille au respect des principes de moralité, de probité et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine. Tout médecin qui contrevient aux règles de la profession encourt des sanctions disciplinaires⁶⁷⁹.

2. Le sursis à l'exécution au détriment du médecin libéral

418. La règle de la confusion des peines propre à la matière pénale ne s'applique pas en matière disciplinaire. La confusion de deux peines différentes est là encore laissée à la discrétion de la juridiction disciplinaire. Ainsi, une deuxième sanction ne peut prendre effet qu'à l'expiration de l'accomplissement de la première sanction⁶⁸⁰.

⁶⁷⁶ CE 26 janvier 1996, req. n° 167966, *A.J.D.A.* 1996 p. 335

⁶⁷⁷ TASS de Strasbourg, 12 janvier 2005 Dr Guy Grunebaum c. CRAM d'Alsace, dossier n° 20400936

⁶⁷⁸ CSP, article L. 4124-1

⁶⁷⁹ CSP, article L. 4121-2

⁶⁸⁰ CE 23 novembre 1988, req. n° 68165

SECTION VI. LES MESURES D'URGENCE

Les mesures d'urgence font éventuellement intervenir le service du contrôle médical (I) ou un représentant de l'Etat puis une décision ordinaire (II) sous le contrôle du juge administratif (III)

I. L'INTERVENTION DU SERVICE DU CONTROLE MEDICAL

419. Une procédure spécifique est prévue en cas de constat de la dangerosité de la pratique des professionnels de santé (par exemple le médecin libéral) à l'exception des pharmaciens d'officine, et est explicitée par une circulaire de la CNAMTS de 2007 ⁶⁸¹. Les circonstances de découverte du danger par le service du contrôle médical peuvent être de deux ordres, c'est-à-dire soit au cours d'une analyse d'activité déclenchée dans le cadre des missions du service du contrôle médical quel qu'en soit le motif, soit en cas d'alerte directe par une plainte, une dénonciation, après vérification des faits et de leur gravité ⁶⁸². Une procédure de routine peut ainsi mener à la mise en œuvre par le service du contrôle médical, de pouvoirs exceptionnels. Toute personne peut aussi être à l'origine d'un contrôle du service médical à la suite d'un signalement.

420. Le service médical dispose d'importants pouvoirs en cas d'urgence. La circulaire 2/97 de la CNAMTS opère ainsi une distinction entre les degrés de l'urgence et la procédure suivie ⁶⁸³. Les pratiques nécessitant une « mesure de sauvegarde d'urgence » sont celles menant au danger de mort, de mutilation, d'infirmité permanente, la pratique dangereuse étant la conséquence d'une violation d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi, le règlement ou les données actuelles de la science. Une garantie peut être identifiée dans l'obligation, pour le service médical, d'informer le Préfet du département par lettre recommandée avec demande d'avis de réception après discussion collégiale sous la responsabilité du Directeur régional du service du contrôle médical. Le Président du Conseil Départemental de l'Ordre, le Directeur de la CPAM et le Directeur

⁶⁸¹ Circulaire CNAMTS 13 juin 2007, Ref. : Cir-25/2007

⁶⁸² Définies à l'article L. 315-1 du Code de la sécurité sociale

⁶⁸³ Circulaire CNAMTS, 15 janvier 1997, Ref : CABDIR n° 2/97

coordinateur régional de la gestion du risque doivent aussi être informés. Cette obligation d'information est complétée par une obligation de justification de la mesure de sauvegarde adressée au Médecin Inspecteur de la Santé Publique. La mesure de sauvegarde d'urgence revêt donc un caractère exceptionnel et officiel.

421. En cas de dangerosité moins immédiate, le service du contrôle médical doit s'employer à rechercher des preuves de la réalité de la pratique dangereuse. Les pouvoirs du service du contrôle médical sont largement définis par la circulaire de 2007⁶⁸⁴. La recherche de preuves doit être mise en œuvre par tout moyen mis à la disposition du service du contrôle médical dans le cadre de ses missions. La procédure à l'encontre du professionnel de santé apparaît comme étant inquisitoire. D'après la circulaire de 2007, « cette recherche de preuve doit être mise en œuvre par tout moyen mis à la disposition du service du contrôle médical dans le cadre de ses missions. » Concrètement le service du contrôle médical « doit déclencher ou poursuivre l'analyse d'activité du professionnel en cause, en l'orientant sur l'obtention des preuves caractérisant les pratiques dangereuses ». Le pouvoir du service médical consiste donc dans le déclenchement d'investigations sur l'activité du médecin libéral.

II. L'INTERVENTION DU REPRESENTANT DE L'ETAT PUIS D'UNE DECISION ORDINALE EN APPLICATION DU CODE DE LA SANTE PUBLIQUE

Le Préfet peut prendre des mesures d'urgence (§1) avant que le dossier ne soit transmis au Conseil de l'Ordre (§2).

§1. L'INTERVENTION DU REPRESENTANT DE L'ETAT

422. Aux termes de l'article L. 4113-14 du Code de la santé publique, en cas d'urgence, lorsque la poursuite de son exercice par un médecin, un chirurgien-dentiste ou une sage-femme expose ses patients à un danger grave, le représentant de l'Etat dans le département prononce la suspension immédiate du droit d'exercer pour une durée maximale de cinq mois. D'après ce même article le représentant de l'Etat dans le département saisit sans délai le Conseil régional ou interrégional lorsque le danger est lié à

⁶⁸⁴ Circulaire CNAMTS, 13 juin 2007, Ref. : Cir-25/2007

une infirmité ou un état pathologique du professionnel, ou la chambre disciplinaire de première instance statue dans un délai de deux mois à compter de sa saisine.

423. Le Code de la santé publique trouve ici seule application au détriment de l'article L. 221-6 du Code de la consommation qui permet au préfet de prendre, en cas d'urgence, les mesures qui s'imposent. Le Conseil d'Etat a affirmé récemment que les dispositions de l'article L. 221-8 du Code de la consommation, qui prévoient qu'en cas d'urgence les mesures prévues à l'article L. 221-6 peuvent être prises « y compris pour des produits ou services soumis à des dispositions législatives particulières, ne donnent pas compétence au préfet pour suspendre l'exercice de sa profession pour un médecin, dès lors que les dispositions de l'article L. 4113-14 du Code de la santé publique permettent au préfet de prononcer cette suspension en cas d'urgence. »⁶⁸⁵

424. Comme l'indique une circulaire de 2007⁶⁸⁶, les directeurs des CPAM, des CRAM, des URCAM, des CGSS ainsi que les médecins-conseils doivent, en cas d'urgence, saisir le Préfet du département par lettre recommandée avec demande d'avis de réception après discussion collégiale sous la responsabilité du Directeur. Si le médecin en cause exerce ses fonctions dans un établissement de santé, il convient de saisir le Directeur de l'agence régionale de l'hospitalisation (ARH) en lieu et place du Préfet. Une circulaire de 2007⁶⁸⁷ a rappelé que la CNAMTS est aussi impliquée puisque la procédure de saisine du Préfet (ou du directeur de l'ARH) ne doit pas être utilisée sans une information préalable de la CNAMTS.

§2. L'INTERVENTION D'UNE DECISION ORDINALE

425. En principe⁶⁸⁸, la décision ordinaire est prise par le Conseil régional ou interrégional ou la chambre disciplinaire de première instance qui statue dans un délai de deux mois à compter de sa saisine. En l'absence de décision dans ce délai, l'affaire est portée devant le Conseil national ou la chambre disciplinaire nationale, qui statue dans un délai de deux mois. Le professionnel de santé peut donc être suspendu de son droit d'exercer pendant au maximum 4 mois, en raison d'une décision du Préfet. La mesure de

⁶⁸⁵ CE 25 septembre 2009, req. n° 311597

⁶⁸⁶ Circulaire CNAMTS, 13 juin 2007, Ref : CIR-25/2007

⁶⁸⁷ Circulaire CNAMTS, 13 juin 2007, Ref : CIR-25/2007

⁶⁸⁸ CSP, article L. 4113-14 alinéa 2

suspension prend fin automatiquement si aucune décision n'a été prise à l'issue de ces 4 mois. La décision du représentant de l'Etat s'articule donc avec celle du juge disciplinaire et on peut considérer que les deux décisions se suivent dans le temps sans se cumuler.

III. LE CONTROLE DU JUGE ADMINISTRATIF COMME SECURITE POUR LE MEDECIN

Le juge administratif a les moyens de contrôler la mesure de suspension prise à l'encontre du médecin (§1) mais la définition lacunaire de l'urgence fait perdre de l'efficacité à ce contrôle (§2).

§1. LE CONTROLE DE LEGALITE DE LA MESURE DE SUSPENSION

426. La saisine du Préfet ne semble pas considérée comme un acte administratif susceptible de recours, malgré les conséquences qu'elle peut avoir. Les mesures provisoires visant à l'interdiction temporaire de l'exercice d'une activité, qualifiées généralement de suspensions, apparaissent « comme de véritables sanctions »⁶⁸⁹. Le principe selon lequel une même faute ne peut donner lieu à plusieurs sanctions est général en droit disciplinaire, mais connaît ici une limite.

427. Le Code de la santé publique prévoit⁶⁹⁰ que la mesure de suspension prend fin de plein droit lorsque la décision de l'instance ordinaire est intervenue ou lorsqu'il n'a pas été procédé à l'audition du médecin dans un délai de deux mois, sauf si l'absence de cette formalité est le fait de l'intéressé lui-même.

428. Le seul recours possible est celui du médecin libéral à l'encontre de la décision du Préfet du département ou celle du directeur de l'ARS. Le médecin dont le droit d'exercer a été suspendu peut exercer ce recours devant le tribunal administratif, qui statue en référé dans un délai de quarante-huit heures.

⁶⁸⁹ J. PRALUS-DUPUY, « Cumul et non-cumul de sanctions en droit disciplinaire », *Recueil Dalloz* 1993, p. 135

⁶⁹⁰ CSP, article R. 4113-111 alinéa 2

429. Le Code de la santé publique prévoit ⁶⁹¹ que la mesure de suspension prend fin de plein droit lorsque la décision de l'instance ordinaire est intervenue ou lorsqu'il n'a pas été procédé à l'audition du médecin dans un délai de deux mois, sauf si l'absence de cette formalité est le fait de l'intéressé lui-même.

430. L'intervention du juge administratif est une garantie pour le médecin (ou le professionnel de santé) sanctionné puisque la décision de suspension va être contrôlée. En appel la Cour administrative d'appel statue sur la légalité de cette décision au regard de la gravité des dysfonctionnements relevés, de la conformité de la pratique professionnelle aux usages médicaux les plus établis ou des constatations effectuées lors de missions d'inspection diligentées ⁶⁹². Le juge administratif contrôle aussi l'existence d'une motivation de la décision préfectorale (ou du directeur de l'ARS) étant donné que la mesure de suspension est « au nombre des décisions dont la motivation est obligatoire » et que l'article 3 de la loi du 11 juillet 1979 dispose que la motivation exigée doit être écrite et comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision ⁶⁹³.

431. Cette exigence de motivation des actes administratifs est très présente dans la jurisprudence administrative, même antérieure à la loi de 1979. Le commissaire du gouvernement HEUNMANN expliquait déjà que le juge devait rechercher les véritables raisons de la motivation des actes : « L'effort de la juridiction administrative doit tendre à faire prévaloir la vérité sur les apparences, à restituer aux actes leur nature véritable. Ceci est un élément indispensable de moralité administrative et de vérité juridique » ⁶⁹⁴.

§2. LA DEFINITION LACUNAIRE DE L'URGENCE

432. Une difficulté réside dans l'imprécision de la définition de l'urgence. La circulaire de 2007 ⁶⁹⁵ décrit une pratique « réelle, dangereuse » et « qui nécessite la mise en œuvre de mesures de sauvegarde d'urgence ». La pratique est définie d'après son résultat ce qui permet une comparaison avec le droit pénal et la notion d'exposition à un risque.

⁶⁹¹ CSP, article R. 4113-111 alinéa 2

⁶⁹² CAA Douai 11 février 2008, req. n° 08DA00078

⁶⁹³ CAA Nantes 29 août 2008, req. n° 08NT01819

⁶⁹⁴ CE 24 juin 1960 Société Frampar, *Rec.* 412, concl. HEUMANN ; *R.D.P.* 1960

⁶⁹⁵ Circulaire CNAMTS, 13 juin 2007, Ref : CIR-25/2007

L'article 223-1 du Code pénal incrimine le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement⁶⁹⁶. Dans les deux cas, en droit disciplinaire et en droit pénal, l'élément constitutif de l'infraction est l'exposition à un risque, mais l'incertitude et la subjectivité dominant pour l'appréciation de la réalité de cette exposition en matière disciplinaire.

433. De plus le droit disciplinaire n'applique pas la règle *nullum crimen sine lege* ou principe de légalité des délits et des peines reconnus en droit pénal. Ce principe figure à l'article 7 alinéa 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁶⁹⁷ (ConvEDH) qui dispose que nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. Or ce principe n'est pas applicable en droit disciplinaire comme l'a récemment rappelé le Conseil d'Etat : le requérant « ne saurait invoquer la méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines, qui n'est pas applicable en matière disciplinaire »⁶⁹⁸. Dans le même sens le Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes a rejeté le moyen tiré de la violation du principe de légalité considérant que ce moyen « ne pouvait être utilement présenté devant la juridiction administrative »⁶⁹⁹.

434. Cela explique que le comportement dangereux du professionnel de santé ne soit pas précisément incriminé. La difficulté pour le Préfet ou le directeur de l'ARH (plutôt ARS depuis HPST) sera de déterminer si la violation d'une obligation de sécurité ou de prudence a constitué une prise de risque, ou si c'est la situation dangereuse qui permet de déterminer rétroactivement qu'il y a eu violation d'une obligation de sécurité ou de résultat. La définition traditionnelle des infractions formelles et matérielles se fonde sur la nécessité d'un résultat pour établir la consommation de l'infraction mais les mesures d'urgence prises à l'encontre des professionnels de santé et l'article 223-1 du Code pénal mènent à identifier une troisième catégorie d'infraction : « Ni formelles, ni matérielles »,

⁶⁹⁶ L'exposition d'autrui à de tels risques est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 Euros d'amende

⁶⁹⁷ Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée à Rome le 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 3 novembre 1953 et ratifiée par la France le 3 mai 1974

⁶⁹⁸ CE 20 mars 2005, req. n° 254244

⁶⁹⁹ Décision du Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes du 18 mai 2000, résumée dans l'arrêt de la CEDH du 18 décembre 2008, Vaillant c. France, n° 30609/04 (paragraphe 11)

les infractions de mise en danger ont une consistance propre. « Sont des infractions de risque celles qui comportent un élément de définition légale qui impose au juge, pour établir leur consommation, la vérification concrète d'une situation de hausse des probabilités de réalisation de l'atteinte effective au bien juridique protégé par l'incrimination pénale »⁷⁰⁰.

⁷⁰⁰ CHACORNAC J., « Le risque comme résultat dans les infractions de mise en danger : les limites de la distinction des infractions matérielles et formelles », *Revue de science criminelle* 2008, p. 849

CONCLUSION CHAPITRE II

435. La poursuite du médecin libéral par la Caisse primaire est sous tendue par des règles complexes de compétence juridictionnelle. Le principal enjeu est tarifaire mais implique l'examen des actes médicaux réalisés par le médecin libéral.

436. Les procédures et le panel de sanctions sont nombreux, et le plus souvent initiées par le directeur de la Caisse primaire. En réalité, le principe de légalité, mais aussi l'information et le respect des droits de la défense du médecin libéral posent problème. Le contrôle juridictionnel devient dès lors le seul rempart pouvant protéger les droits du médecin libéral, en particulier en cas d'urgence.

CONCLUSION TITRE I

437. Les organismes de sécurité sociale ont en main de nombreuses procédures de sanction du médecin libéral. Après l'analyse de son activité par des moyens statistiques, le service du contrôle médical déclenche éventuellement une procédure ciblée des actes médicaux effectués. Les droits du médecin libéral doivent être respectés dès ce stade de la procédure en raison de l'enjeu des résultats de l'enquête du contrôle médical. Droit à l'information et droit au recours apparaissent comme les clefs de la légalité des futures sanctions, mais aussi de la défense du médecin libéral.

438. Ensuite, les procédures coercitives elles-mêmes obéissent à des règles strictes mais parfois à la limite des droits fondamentaux du médecin libéral tant celui-ci apparaît démuni face au pouvoir des organismes de sécurité sociale.

TITRE II.

LA PROTECTION DU MEDECIN LIBERAL AU REGARD DE SES LIBERTES FONDAMENTALES

Des règles protectrices sont prévues au cours de la phase de contrôle diligentée par le service public de sécurité sociale (Chapitre I) ainsi que la phase contentieuse (Chapitre II). Les libertés fondamentales du médecin libéral sont résolument à l'épreuve au cours de la procédure susceptible de le sanctionner.

CHAPITRE I. LES REGLES PROTECTRICES AU COURS DE LA PHASE DE CONTROLE DILIGENTEE PAR LE SERVICE PUBLIC DE SECURITE SOCIALE

Les droits de la défense du médecin libéral sont applicables dès la phase de contrôle (Section I) et mises en œuvre dans la procédure administrative (Section II) alors qu'une exigence de motivation s'impose aux décisions prises par le service public de sécurité sociale (Section III), la sanction administrative ayant ensuite un impact sur ce procès ultérieur (Section IV).

SECTION I. L’AFFIRMATION DES DROITS DE LA DEFENSE AU PROFIT DU MEDECIN LIBERAL

439. Le principe des droits de la défense, qui s’applique même en l’absence de texte, porte classiquement sur les mesures individuelles d’une certaine gravité, reposant sur l’appréciation d’une situation personnelle⁷⁰¹. Il s’agit en réalité d’un principe dont la teneur est affirmée depuis longtemps par la jurisprudence administrative. Le Conseil d’Etat a précisé dès 1913, qu’en ce qui concerne les juridictions disciplinaires, même si les règles de procédure ne sont pas écrites dans un texte général, l’on doit cependant appliquer à ces procédures, « les règles essentielles des formes judiciaires »⁷⁰². Par la suite, il a été déterminé que le principe du contradictoire et le principe des droits de la défense sont des principes généraux du droit⁷⁰³. Le Conseil Constitutionnel déclare que « le principe constitutionnel des droits de la défense s’impose à l’autorité administrative sans qu’il soit besoin, pour le législateur, d’en rappeler l’existence »⁷⁰⁴. Ainsi, dans toute procédure, chaque partie doit pouvoir faire connaître tout ce qui est nécessaire au succès de sa demande ou de sa défense. La CNAM elle-même a rappelé dans une recommandation que le « principe du contradictoire doit être respecté tout au long de la procédure »⁷⁰⁵.

440. L’affirmation des droits de la défense constitue une garantie du caractère contradictoire et donc « équitable » d’une procédure de contrôle. L’exigence du principe des droits de la défense, que l’on peut décrire comme un principe du dialogue est retranscrite dans le Code de la sécurité sociale. En effet, l’article L. 315-1, IV, alinéa 1^{er} du Code de la sécurité sociale précise les garanties fondamentales du praticien contrôlé, puisqu’il dispose que : « La procédure d’analyse de l’activité se déroule dans le respect des droits de la défense ». Les articles R. 315-1, R. 315-1-1 et R. 315-1-2 du Code de la sécurité sociale organisent le respect de ces droits de la défense.

⁷⁰¹ B. MARTIN LAPRADE, « application des pénalités pour mauvaise foi », *R.J.F.*, juin 1979, *Etudes et doctrine*, p. 192

⁷⁰² CE 20 juin 1913 Tery, *Rec.* p. 736

⁷⁰³ CE 16 janvier 1976 Gate, *Lebon* p. 39

⁷⁰⁴ CC n° 97-395 DC, 30 décembre 1997

⁷⁰⁵ CNAMTS/DDRI-DPAS/Août 2000 p. 44

SECTION II. LA MISE EN ŒUVRE DES DROITS DE LA DEFENSE DANS LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE

La procédure administrative est ponctuée par l'obligation d'information du médecin libéral (I) et éventuellement rappelée par l'avocat auquel le médecin a droit (II) tandis que l'action du service public de sécurité sociale répond à une exigence d'impartialité (III).

I. L'INFORMATION DU MEDECIN LIBERAL TOUT AU LONG DE LA PROCEDURE DE CONTROLE DILIGENTEE PAR L'ORGANISME DE SECURITE SOCIALE

L'information du médecin libéral est établie par le Code de la sécurité sociale (§1) mais également issue de la loi du 12 avril 2000 (§2).

§1. UNE INFORMATION DU MEDECIN LIBERAL ETABLIE PAR LE CODE DE LA SECURITE SOCIALE

441. Le médecin libéral bénéficie d'un droit à l'information lorsqu'il fait l'objet d'un contrôle. A défaut, la procédure serait totalement irrégulière. Par exemple, lorsque le service du contrôle médical vérifie le respect des références professionnelles et des recommandations de bonne pratique mentionnées à l'article L. 162-12-15, il informe de ses conclusions le professionnel concerné ⁷⁰⁶.

442. Plus particulièrement, lorsque le service du contrôle médical procède à l'analyse de l'activité d'un médecin libéral en application du IV de l'article L. 315-1 ⁷⁰⁷, le service informe le médecin concerné de ses conclusions à l'issue de cette analyse. En effet, à ce stade, lorsque le service du contrôle médical constate le non-respect de règles législatives, réglementaires ou conventionnelles régissant la couverture des prestations à la charge des organismes de sécurité sociale, il en avise également la caisse ⁷⁰⁸. Cette dernière

⁷⁰⁶ CSS Article R. 315-1

⁷⁰⁷ CSS Article R. 315-1-1

⁷⁰⁸ CSS, article R. 315-1-2

notifie alors au médecin les griefs retenus à son encontre, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

443. Dans le délai d'un mois qui suit la notification des griefs, l'intéressé peut demander à être entendu par le service du contrôle médical. Lors de l'entretien, le médecin libéral contrôlé peut se faire assister par un membre de sa profession⁷⁰⁹ ou par un avocat. Préalablement à l'entretien, le service du contrôle médical communique au médecin contrôlé l'ensemble des éléments nécessaires à la préparation de cet entretien⁷¹⁰.

444. Cet entretien fait l'objet d'un compte-rendu qui est adressé, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, au médecin dans un délai de quinze jours. A compter de sa réception, ce dernier dispose d'un délai de quinze jours pour renvoyer ce compte-rendu signé, accompagné d'éventuelles réserves. A défaut, il est réputé approuvé⁷¹¹. A l'expiration de ce délai la caisse informe dans un délai de trois mois le médecin des suites qu'elle envisage de donner aux griefs initialement notifiés. A défaut, la caisse est réputée avoir renoncé à poursuivre le médecin contrôlé⁷¹².

445. L'information dont bénéficie le professionnel de santé doit être loyale et complète. L'entretien doit permettre le dialogue qu'exigent les textes. La CPAM doit à cette occasion produire les documents sur lesquels elle fonde ses griefs, dans leur intégralité. Lorsque l'analyse de l'activité du professionnel de santé révèle *in fine* le non-respect de dispositions législatives ou réglementaires régissant la prise en charge des frais médicaux, les procédures de poursuites sont mises en œuvre⁷¹³.

446. Notons que l'obligation pesant sur les organismes est maintenant générale. Ainsi dans un autre domaine, le Code de la sécurité sociale met à la charge des Caisses Primaires d'Assurance Maladie une obligation d'information préalable à l'égard de l'employeur lors des procédures de reconnaissance du caractère professionnel d'un accident, d'une maladie ou de leur rechute. En effet, l'alinéa 1er de l'article R. 441-11 du Code de la sécurité sociale dispose que : « la Caisse Primaire assure l'information de la victime, de ses ayants droit et de l'employeur, préalablement à sa décision, sur la procédure

⁷⁰⁹ CSS, article D.315-1

⁷¹⁰ CSS, article D. 315-2

⁷¹¹ CSS, article D. 315-2

⁷¹² CSS, article D. 315-3

⁷¹³ CSS, article R. 315-1

d'instruction et sur les points susceptibles de leur faire grief ». La jurisprudence a d'ailleurs interprété ce texte en précisant l'intensité et le contenu de cette obligation d'information préalable qui pèse sur les Caisses Primaires à l'égard de l'employeur : « Vu l'article R 441-11 alinéa 1^{er} du Code de la sécurité sociale Attendu qu'il résulte du texte susvisé que la Caisse primaire d'assurance maladie, avant de se prononcer sur le caractère professionnel d'un accident ou d'une maladie, doit informer l'employeur de la fin de la procédure d'instruction, des éléments recueillis susceptibles de lui faire grief, de la possibilité de consulter le dossier et de la date à laquelle elle prévoit de prendre sa décision »⁷¹⁴. Le non respect du principe du contradictoire est sanctionné par l'inopposabilité à l'employeur de la décision de prise en charge de l'accident, de la maladie ou de leur rechute⁷¹⁵.

§2. UNE INFORMATION DU MEDECIN LIBERAL EGALEMENT ISSUE DE LA LOI N° 2000-321 DU 12 AVRIL 2000

447. L'article 24 de la loi du 12 avril 2000⁷¹⁶ a vocation à s'appliquer dans les relations entre organismes de sécurité sociale et médecins libéraux. En effet, l'article 24 de la loi du 12 avril 2000, dispose qu'« exception faite des cas où il est statué sur une demande, les décisions individuelles qui doivent être motivées en application des articles 1^{er} et 2 de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public n'interviennent qu'après que la personne intéressée a été mise à même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales. Cette personne peut se faire assister par un conseil ou représenter par un mandataire de son choix. » ;

448. Et l'article 1^{er} de la de la loi du 12 avril 2000, dispose bien que « sont considérés comme autorités administratives au sens de la présente loi les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics à caractère administratif,

⁷¹⁴ Soc. 19 décembre 2002, *Jurisp. Soc.* UIMM n° 2003-669, p. 52-58; Soc. 6 février 2003, req. n° 01-21.367; Civ. 2^{ème}, 13 mai 2003, req. n° 01-21.176

⁷¹⁵ Soc. 19 décembre 2002, *Jurisp. Soc.* UIMM n° 2003-669, p. 52-58

⁷¹⁶ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations

les organismes de sécurité sociale et les autres organismes chargés de la gestion d'un service public administratif » ;

449. L'article 1^{er} de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 (auquel fait référence l'article 24 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000) dispose que « les personnes physiques ou morales ont le droit d'être informées sans délai des motifs des décisions administratives individuelles défavorables qui les concernent. A cet effet, doivent être motivées les décisions qui : - restreignent l'exercice des libertés publiques ou, de manière générale, constituent une mesure de police ; - infligent une sanction ».

450. Il est important de souligner que l'article L. 115-3 du Code de la sécurité sociale impose aussi aux organismes de sécurité sociale de faire connaître les motifs de leurs décisions individuelles dans les conditions prévues par la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979. En effet, d'après l'article L. 115-3 du Code de la sécurité sociale « sont fixées par la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 les conditions dans lesquelles les organismes de sécurité sociale doivent faire connaître les motifs de leurs décisions individuelles ».

451. Dès lors, un organisme de sécurité sociale, conformément à l'article 24 de la loi du 12 avril 2000, avant de prendre sa décision de poursuivre un médecin libéral est tenu :

- de mettre à même ce médecin « de présenter des observations écrites »
- l'avertir, avant de prendre sa décision, qu'il pouvait « se faire assister par un conseil ou représenter par un mandataire de son choix ».

II. LE DROIT A UN AVOCAT DANS LA PHASE ADMINISTRATIVE DE LA PROCEDURE

452. Le droit d'être assisté et représenté par un avocat devant toute personne chargée d'une délégation de service public a été consacré par la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971⁷¹⁷. Le médecin libéral peut bien entendu opposer un tel droit au service public de sécurité sociale. Ainsi, l'article 6 de la loi dispose : « Les avocats peuvent assister et représenter autrui devant les administrations publiques ». Six années plus tard, la

⁷¹⁷ WOOG J.-C., *Pratique Professionnelle de l'avocat*, Litec, 3ème éd. p. 168, n° 1.6.1.4

directive 77/249 du 22 mars 1977 mentionne expressément à son article 4 le droit à un avocat devant les « autorités publiques ».

453. Par la suite, la Cour de cassation⁷¹⁸ comme le Conseil d'Etat⁷¹⁹ ont conforté le droit de l'usager à l'assistance d'un avocat devant une personne chargée d'une délégation de service public. Le Conseil national des Barreaux n'a pas manqué de d'affirmer à l'article 6 du Règlement Intérieur National (R.I.N.) de la profession d'avocat que ce dernier « assiste et représente ses clients en Justice, et à l'égard de toute administration ou personne chargée d'une délégation de service public, sans avoir à justifier de mandat ». Il s'agit là d'une exigence démocratique. Comme l'a rappelé le Conseil de l'Europe⁷²⁰.

454. L'affirmation d'un tel droit du médecin libéral résulte d'un constat : les relations de ce dernier avec une personne chargée d'une délégation de service public sont par nature déséquilibrées. En effet, le gestionnaire d'un service public bénéficie de prérogatives de puissance publique. Les décisions des autorités titulaires de prérogatives de puissance publique sont par exemple revêtues de la force exécutoire, en vertu du privilège du préalable. Il en résulte que le consentement de la personne dont les droits et obligations sont modifiés n'a pas à être recueilli⁷²¹.

455. Le Juge et le Législateur ont pris conscience de la nécessité de concilier le privilège du préalable avec l'impératif de préserver un minimum les droits de l'administré, et donc du médecin libéral. La seule manière était d'encadrer la procédure qui précède la décision.

456. Le juge a aussi voulu un dialogue préalable afin, pourquoi pas, d'inciter l'administré à adhérer à la décision. Ce « rééquilibrage dans un sens favorable aux citoyens. »⁷²² est général depuis cinquante ans. C'est ainsi comme nous l'avons indiqué, que la loi du 12 avril 2000 dispose à son article 24 que « les décisions individuelles qui doivent être motivées (...) n'interviennent qu'après que la personne intéressée a été mise à

⁷¹⁸ Soc. 7 mai 1991, req. n° 89-14848

⁷¹⁹ Avis CE, 5 juin 2002, req. n° 242862 et CE 29 octobre 2008, req. n° 304426

⁷²⁰ Conseil de l'Europe, Recommandation (2000) du Comité des Ministres aux Etat membres sur la liberté d'exercice de la profession d'avocat

⁷²¹ L'autorité titulaire de prérogatives de puissance publique n'est pas un juge, mais la décision qu'elle prend aura le goût et la couleur d'un jugement. Nous touchons là à ce que le Professeur Xavier LAGARDE désigne comme « les procédures sans procès » in *Ouvrage Collectif, Droit Processuel*, Dalloz, 2ème Ed., p. 987

⁷²² O. FOUQUET, « Sanction des erreurs commises dans la procédure d'imposition », *R.J.F.*, 1991, mars, Conclusions, p. 156

même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales ». La loi dispose aussi que « cette personne peut se faire assister par un conseil ou représenter par un mandataire de son choix ». Une procédure de contrôle a un caractère traumatisant. Dans cette épreuve, le médecin libéral sait qu'il peut être assisté par un professionnel aguerri.

III. L'EXIGENCE D'IMPARTIALITE DE L'ACTION DU SERVICE PUBLIC DE SECURITE SOCIALE

Le défaut d'impartialité entraîne la nullité d'une sanction (§1) et a des conséquences sur le reste de la procédure répressive menée à l'encontre du médecin libéral (§2).

§1. LE DEFAUT D'IMPARTIALITE COMME CAUSE DE NULLITE DE LA SANCTION

457. Tout contrôleur a le devoir d'être impartial. Un défaut d'impartialité ne peut qu'entraîner la nullité du contrôle pratiqué. Ce défaut d'impartialité est également susceptible de caractériser un détournement de pouvoir. La Cour de cassation, a jugé dans un arrêt du 14 mai 2008 que le défaut d'impartialité d'un enquêteur était une cause possible de nullité de la procédure⁷²³. A ce titre le Code de la santé publique érige un principe général d'indépendance qui incombe à tout praticien. Le principe d'impartialité découle du principe d'indépendance. L'impartialité est aussi un principe général du droit. C'est une obligation qui s'impose à tous les organismes administratifs⁷²⁴. Elle est un principe de fonctionnement des organes administratifs⁷²⁵. C'est enfin une obligation professionnelle pour les fonctionnaires.

458. Il ressort, par ailleurs, d'un arrêt récent de la haute juridiction, que « l'exigence d'impartialité s'impose aux rapporteurs qui ont pour mission de procéder à une instruction

⁷²³ Crim. 14 mai 2008, req. n° 08-80483

⁷²⁴ CE 7 juillet 1965 Fédération nationale des transports routiers, *Rec.* CE 1965, p. 413

⁷²⁵ Sur l'impartialité des jurys de concours, C. MONIOLLE, note sous CE 20 octobre 1999 req. n° 181732, Bailleul : Dr. Adm. 2000, comm. 13. – V.JCl. Fonctions publiques, Fasc.240, A.TAILLEFAIT

objective et contradictoire de l'affaire et dont le rapport, obligatoire, est déterminant du sort ultérieur réservé aux poursuites par la formation de jugement »⁷²⁶. La Cour de cassation vérifie, désormais, dans le cadre d'une procédure disciplinaire, non seulement l'impartialité du juge amené à statuer, mais elle s'attache également à vérifier l'impartialité des personnes chargées de la procédure antérieure à la phase de jugement. Au surplus, il ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat, qu'une suspicion d'impartialité à l'égard d'un professionnel chargé, dans le cadre d'une procédure disciplinaire, de rendre un avis avant toute décision au fond, entache de nullité la sanction prise sur la foi d'un tel avis⁷²⁷.

459. Le Conseil d'Etat a, par ailleurs, précisé la définition extensive qu'il entendait conférer à la notion d'impartialité, en jugeant qu'un conflit ayant opposé, dans le passé, un tiers proche de la personne contrôlée, à un tiers proche du fonctionnaire chargé de ce contrôle, entachait cette procédure d'irrégularité, ce contrôle ne pouvant plus « être regardé par les tiers comme ayant présenté toutes les garanties d'impartialité requises »⁷²⁸.

460. L'ensemble de ces jurisprudences vient appliquer aux enquêteurs et aux autorités de contrôle l'exigence fondamentale d'impartialité. Cela signifie que lorsqu'il est prouvé que le contrôleur n'a pas fait preuve d'impartialité comme la loi l'exige, l'enquête ou le contrôle que ce dernier aura effectué ne pourra pas être opposé à la personne qui a été contrôlée.

461. Il en va de même lorsqu'il peut être déduit, compte tenu d'éléments extérieurs à ce contrôle, que l'autorité chargée de cette procédure pouvait avoir des raisons de ne pas se montrer impartiale, et ce sans que cette impartialité ne soit elle-même prouvée. Dans ce cadre, le contrôle sera considéré comme nul, c'est-à-dire comme n'ayant jamais existé. La Cour de cassation pose le principe selon lequel si le défaut d'impartialité d'un enquêteur peut constituer une cause de nullité de la procédure, c'est à la condition que ce grief ait pour effet de porter atteinte au caractère équitable de la procédure ou de compromettre l'équilibre des droits des parties.

⁷²⁶ Civ. 1^{ère}, 2 avril 2009, req. n° 08-12.246

⁷²⁷ CE 31 mars 2008, req. n° 280750

⁷²⁸ CE 1^{er} décembre 2008, req. n° 292166

§2. L'IMPACT DU RESPECT DE L'IMPARTIALITE SUR LE RESTE DE LA PROCEDURE REPRESSIVE

462. Il est important de souligner que dans la classification des contentieux administratifs, le contentieux du contrôle technique est un contentieux répressif⁷²⁹. Les droits de la personne poursuivie doivent être protégés avec l'attention nécessaire à toute mesure répressive, dans un souci de préservation des libertés fondamentales.

463. L'exigence d'impartialité, si elle n'est pas respectée, peut rejaillir sur la solution du procès qui suivra la procédure administrative. La question est cruciale lorsqu'une juridiction se fonde sur un rapport, une enquête, qui a été rédigé par une personne qui n'était pas impartiale. En effet, la Cour européenne a admis que les exigences de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme s'appliquent à la procédure avant-jugement c'est-à-dire la phase d'instruction. La cour a affirmé, dans un arrêt *Imbrioscia*, le principe selon lequel : « L'article 6 a pour finalité principale, au pénal, d'assurer un procès équitable devant un tribunal compétent pour décider du bien-fondé de l'accusation, mais il n'en résulte pas qu'il se désintéresse des phases qui se déroulent avant la procédure de jugement », les garanties du procès équitable « peuvent aussi jouer un rôle avant la saisine du juge du fond si et dans la mesure où leur inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès »⁷³⁰. Cette jurisprudence a, depuis, été confirmée notamment dans une affaire *Kerojärvi*⁷³¹.

464. L'administration doit respecter les garanties de l'article 6§1 dès le début de l'enquête administrative puis durant les phases de la procédure qui conduisent au jugement. La procédure est contrôlée dans son ensemble par la Cour européenne. En effet, l'article 6§1 ne s'applique pas, par principe, à la procédure avant-jugement mais dans le cas où cela a une incidence sur le procès alors il s'appliquera à l'ensemble de la procédure.

465. Ainsi, dans l'hypothèse où la procédure a été viciée de manière irrémédiable (et ce quelque soit le stade de la procédure), la Cour européenne constate que la procédure « dans son ensemble » n'est pas équitable pour conclure à une violation de l'article 6§1.

⁷²⁹ CE 15 janvier 1997, CPAM Laon, Juris-Data n° 1997-050045 ; *Dr. Adm.* 1997, comm.141 ; *RJS* 1997, n° 447- X. PRETOT, Les grands arrêts du droit de la Sécurité sociale : Dalloz, 2^{ème} éd. p. 359

⁷³⁰ CEDH 24 novembre 1993 *Imbrioscia c. Suisse*, req. n° 13972/88 (paragraphe 36)

⁷³¹ CEDH 19 juillet 1995 *Kerojärvi*, *JCP* 1996, I, 1910 (paragraphe 42)

SECTION III. L'EXIGENCE DE MOTIVATION DES DECISIONS PRISES PAR LE SERVICE PUBLIC DE SECURITE SOCIALE

Cette exigence de motivation est issue du droit administratif et de la loi de 1979 relative à la motivation des actes administratifs (I) et de la règle *idem est non esse et non significari* (II).

I. L'EXIGENCE DE MOTIVATION DES DECISIONS PRISES A L'ENCONTRE DU MEDECIN LIBERAL ISSUE DU DROIT ADMINISTRATIF ET DE LA LOI N° 79-587 DU 11 JUILLET 1979 RELATIVE A LA MOTIVATION DES ACTES ADMINISTRATIFS

466. L'exigence de motivation est affirmée dès la phase amiable de contestation de la sanction par le Code de la sécurité sociale⁷³² ce qui va dans le sens de l'exigence par la loi des décisions de justice⁷³³, et concerne les décisions juridictionnelles.

467. La loi peut prévoir que certaines décisions doivent être portées à la connaissance de la personne à qui elles font par nature grief, mais aussi que l'information apportée permette d'apprécier la portée et la régularité de la décision prise. La loi instaure alors que la décision doit être motivée. Dans une telle circonstance, l'information sur la prise d'une décision ne peut être valable que si sa motivation est suffisante, afin d'en permettre la compréhension (*et éventuellement la contestation*). A défaut, la décision est irrégulière ou à tout le moins inopposable à la personne à qui elle fait grief. A ce titre lorsqu'une décision relève du champ d'application de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs, comme les sanctions prises par les organismes de sécurité sociale, le texte prévoit à son article 3 que « la motivation exigée par la présente loi doit être écrite et comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision ».

468. D'une manière générale, la jurisprudence affirme que lorsqu'une décision doit être motivée, cette dernière ne peut régulièrement produire d'effet qu'à la condition que la

⁷³² L'obligation de motivation des décisions de commission de recours amiable est imposée par les articles L. 115-3 et R. 142-4 du Code de la sécurité sociale dont les conditions sont fixées par la loi du 11 juillet 1979.

⁷³³ Code de procédure civile, article 455 ; CPP, article 485 et 593, Code de justice administrative, article L. 9

totalité des motifs de droit et de fait soit portée à la connaissance de la personne à qui elle fait grief⁷³⁴. Les motifs doivent être suffisamment développés et explicites⁷³⁵. L'organisme prenant une décision doit donner des explications circonstanciées et concrètes⁷³⁶. A ce titre, l'organisme prenant une décision ne peut se contenter d'une motivation stéréotypée.

469. Le médecin libéral est donc en droit d'attendre de l'organisme qu'il lui explique concrètement en quoi chaque litigieux ou critiqué serait irrégulier. A défaut, toute poursuite ne peut qu'être irrégulière.

II. L'EXIGENCE DE MOTIVATION DECISION PRISE A L'ENCONTRE DU MEDECIN LIBERAL ET L'APPLICATION DE LA REGLE IDEM EST NON ESSE ET NON SIGNIFICARI

Toute autorité, et en particulier un organisme de sécurité sociale, doit respecter ces règles (§1), en application du Code de la sécurité sociale (§2).

§1. L'INFORMATION DE LA MOTIVATION DE LEURS ACTES PAR LES AUTORITES ET EN PARTICULIERS PAR LES ORGANISMES DE SECURITE SOCIALE

470. Toute autorité prenant un acte, est tenue d'informer valablement les personnes à qui cet acte fait par nature grief, sauf à ce que cet acte ne produise aucun effet de droit à leur égard. Il est donc nécessaire de porter à la connaissance de d'un médecin libéral qu'une décision lui faisant grief a été prise, étant compris que cette information doit être utile pour être valable. Ainsi, la règle *Idem est non esse et non significari* (ne pas être ou ne pas être signifié, c'est tout un) pose qu'un acte faisant grief ne peut être opposé à la personne à qui il fait grief, sans que cette personne ait au préalable été valablement informée de l'existence de cet acte.

⁷³⁴ CE 9 juin 1971 Lefort, *Rec.* 438

⁷³⁵ CE Ass. 27 février 1948 Soc. des laboratoires du Boc, 2ème espèce, *Rec.* 101 ; CE 27 janvier 1950, Billard, *Rec.* 58

⁷³⁶ CE Section II.4 juillet 1981 Belasli, *Rec.* p. 322

471. Le Conseil d'Etat a affirmé ce principe dans de nombreux cas⁷³⁷. A ce titre, l'autorité qui entend opposer la décision qu'elle a adoptée, doit établir qu'elle a pris des mesures assurant l'information de la personne à qui cette décision est opposée. La preuve de la délivrance d'une telle information est généralement établie par l'envoi de la décision prise en recommandé avec accusé de réception.

472. L'application de ce mécanisme peut être transposée à celui de la prise de la décision d'un organisme de sécurité sociale à l'encontre d'un médecin. L'information délivrée doit être utile, suffisante et complète pour être valable. Il est important de souligner que l'article 1^{er} de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 dispose expressément que les organismes de sécurité sociale sont des autorités administratives. A défaut d'information valable, les décisions des organismes de sécurité sociale doivent être déclarées irrégulières ou inopposables à l'égard de ces personnes à qui ces décisions font par nature grief.

§2. L'APPLICATION DE CES REGLES PAR LE CODE DE LA SECURITE SOCIALE

473. La règle *Idem est non esse* s'impose aux organismes de sécurité sociale, même en l'absence de texte. Par exemple, la Cour de cassation affirme que lorsqu'une Caisse primaire revient sur une décision individuelle sans avoir informé au préalable l'assuré, la seconde décision ne produit aucun effet de droit. La Cour de cassation, se fondant sur le fait que les rapports de l'assuré avec la Caisse sont indépendants de ceux qui existent entre cet organisme et l'employeur, affirme qu'une décision gracieuse est inopposable à l'employeur lorsque la Commission de Recours Gracieux a fait droit, sans en informer l'employeur, à la réclamation de la victime tendant à ce que la décision initiale de refus de prise en charge soit reconsidérée. Il est donc certain que la règle *Idem est non esse*, qui transcende notre droit, s'impose aux organismes de sécurité sociale, même en l'absence de texte.

474. Le Code de la sécurité sociale, mettant en œuvre la règle *Idem est non esse*, prévoit d'ailleurs expressément que certaines décisions prises par les organismes de sécurité sociale doivent être motivées. Par exemple, comme nous l'avons déjà indiqué, l'article L. 115-3 du Code de la sécurité sociale dispose que « sont fixées par la loi n° 79-

⁷³⁷ CE 28 novembre 1952 Mme Lefranc, *Rec.* p. 534 : révocation d'un fonctionnaire ; CE 28 octobre 1988, Mlle Gallien, *Rec.* p. 606 : mise à la retraite d'un fonctionnaire

587 du 11 juillet 1979 les conditions dans lesquelles les organismes de sécurité sociale doivent faire connaître les motifs de leurs décisions individuelles ».

475. D'autres textes prévoient que les décisions prises par les organismes de sécurité sociale doivent être motivées. Tel est aussi le cas notamment de l'article R. 434-35 du Code de la sécurité sociale – relatif à l'attribution des rentes - qui dispose que « la décision motivée est immédiatement notifiée par la Caisse à la victime ou à ses ayants droit par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Le double de cette décision est envoyé à la Caisse Régionale et à l'employeur au service duquel est survenu l'accident ».

476. La lettre ministérielle du 7 novembre 1986 n° 86.467, commentant le texte, précise : « III – La communication à l'employeur de la notification attributive de rente. L'article R. 434-35 prévoit que la décision motivée est immédiatement notifiée par la Caisse à la victime ou à ses ayants droit par lettre recommandée avec demande d'avis de réception et que le double de cette décision est envoyé à la Caisse Régionale et à l'employeur au service duquel est survenu l'accident. L'avis du médecin conseil constitue un élément essentiel de la motivation de la décision. Cet avis doit figurer sur la notification et comprendre tous les renseignements nécessaires à la bonne information des parties, sauf ceux qui auraient un caractère particulièrement confidentiel. ». Le Code de la sécurité sociale exige donc que l'employeur soit informé de la décision concernant l'attribution d'une rente à son salarié ;

477. Sur le fondement de l'article 1315 du Code Civil, il appartient à la CPAM d'établir qu'elle s'est libérée de cette obligation établie par le Code la Sécurité Sociale et qui découle de la règle *Idem est non esse*. A défaut d'apporter la preuve de cette communication la décision doit être déclarée irrégulière. La preuve d'un envoi postal est établie par un envoi en recommandé avec accusé de réception. La jurisprudence estime à juste titre que l'envoi avec accusé de réception n'est dans ce cas pas requis *ad validatem* mais *ad probationem* : A ce titre, il appartient aux organismes prenant ces décisions d'établir la réalité et la date de cette information ⁷³⁸.

478. Le défaut d'information constituerait enfin un moyen simple et efficace d'empêcher toute contestation. Le comportement d'un organisme pourrait aussi être sanctionné au regard du droit à un procès équitable, en ce qu'il constitue un moyen simple

⁷³⁸ voir par exemple, CE Sect. 14 mai 1971 Mme Morlet, *Rec.* p. 364 ; CE 23 septembre 1987 Soc. Ambulances 2000, *Rec.* p. 288, *RFDA* 1987, p. 1002 ; CE 13 janvier 1988 Mme Joly, *DA* 1988, n° 88 ; CE 23 juin 1986 Soc. Plamag, *Rec.* p. 173 ;

et efficace d'entraver toute contestation de la régularité des poursuites. Le service public de sécurité sociale, qui assure son service dans l'intérêt général, dispose de prérogatives qui la soumettent au principe de Légalité. Par exemple, le fait de pouvoir attribuer une rente à un salarié, et d'en faire mécaniquement supporter les conséquences financières à son employeur par l'intermédiaire de la Caisse régionale d'assurance maladie, est une prérogative de puissance publique. Pour ce qui concerne un médecin traitant libéral, l'effectivité du principe de Légalité exige que l'information donnée par le service public de sécurité sociale concernant les poursuites soit suffisante. Par là, l'absence de motivation pourrait aussi atteindre au droit à un procès équitable affirmé par l'article 6§1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

SECTION IV. L'IMPACT DE LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE SUR LE PROCES ULTERIEUR

479. L'article 6§1 ne permet pas de sanctionner le caractère inéquitable des procédures de contrôle, qui a un caractère administratif, et non pas judiciaire. Or, le respect des garanties de procédure consacrées par l'article 6, vise l'instance devant un tribunal⁷³⁹. Toutefois, les conséquences d'une procédure de contrôle peuvent avoir un effet sur l'équilibre du procès qui suit. Cette preuve utilisée dans le procès peut porter atteinte à l'équilibre du procès lui-même.

480. C'est en tout cas ce qui résulte de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. A la lecture des arrêts, on s'aperçoit que pour vérifier si le procès revêt un caractère équitable, la Cour de Strasbourg ne distingue pas la phase administrative de la phase judiciaire⁷⁴⁰. Le contrôle de la Cour de Strasbourg - sur le fondement de l'article 6§1, porte sur ce qui précède le procès⁷⁴¹.

481. La solution a été réaffirmée à l'occasion de l'affaire *Miaillhe c. France* portant sur le fonctionnement de la Commission des infractions fiscales. Les exigences de l'article 6§1 s'appliquent bien à la procédure suivie devant cette Commission des infractions fiscales : « l'absence de débat contradictoire préalablement à l'avis de la C.I.F. peut, dans certains cas, susciter la crainte de voir le contribuable placé dans une position plus difficile. Il reste qu'il ne s'agit que de l'intervention préalable d'un organe consultatif »⁷⁴². La procédure est alors observée dans sa totalité « dans son ensemble », comme l'affirme la Cour dans l'affaire *Le Meignen c. France* : « un délai important s'écoula entre le dépôt de la plainte par les services fiscaux et la citation du requérant, ce qui lui permit de préparer sa défense, [et que] rien n'empêchait [à] ce dernier de demander à la juridiction de jugement qu'elle ordonne des mesures d'informations supplémentaires. Mais surtout, le requérant disposa à tous les degrés de juridiction de la possibilité de discuter contradictoirement des pièces à charge, possibilité à laquelle les juges du fond

⁷³⁹ CEDH 18 mars 1997, *Montovanelli c. France*, *Recueil* 1997-II, n° 21497/13

⁷⁴⁰ CEDH 29 août 1997, *AP, MP et PP c. Suisse*, *Recueil* 1997-V, n° 19958/92

⁷⁴¹ CEDH 26 septembre 1996, *Miaillhe c. France*, *Recueil* 1996-IV, n° 18978/91

⁷⁴² CEDH 26 septembre 1996, *Miaillhe c. France*, *Recueil* 1996-IV, n° 18978/91

prêtèrent une attention particulière -preuve en est le déroulement de l'instance pénale elle-même -mais également la vérification scrupuleuse par ces derniers des conditions de mise en oeuvre des droits de la défense de l'intéressé au cours de la phase administrative de la procédure. Dans ces conditions, la Cour considère que la procédure, dans son ensemble, a revêtu un caractère équitable »⁷⁴³.

482. Dès lors l'affirmation des droits de la défense pour le contrôle du médecin libéral participe à l'effectivité du caractère équitable du procès qui suit : la preuve obtenue dans une procédure de contrôle irrégulière ne pourra être utilisée.

483. Il est vrai que le Conseil d'Etat a précisé, à cet égard que les conditions dans lesquelles s'est déroulée l'enquête préalable à la procédure juridictionnelle, notamment le fait que la caisse n'aurait pas communiqué toutes les pièces en sa possession, sont sans influence sur la procédure suivie devant le juge disciplinaire, dès lors que l'enquête a respecté le principe du contradictoire⁷⁴⁴. Mais dans l'hypothèse où cette enquête serait irrégulière, les conclusions qui en découlent ne pourraient être utilisées par le Juge. On imagine aisément que l'issue du litige sera largement influencée par cette solution.

⁷⁴³ CEDH 11 janvier 2000, Le Meignen c. France, n° 41544/98

⁷⁴⁴ CE 24 janvier 1996 Miliani, req. n° 154942

CONCLUSION CHAPITRE I

484. Au cours de la phase de contrôle diligentée par le service public de sécurité sociale, le médecin libéral est protégé par les droits de la défense qui constituent une garantie du caractère équitable du contrôle. Les droits de la défense sont concrètement mis en œuvre par le droit à l'information du médecin tout au long de la procédure. Ce droit à l'information est primordial puisqu'il permet au médecin de présenter des observations écrites et plus simplement de connaître ses droits alors que la matière juridique n'est pas sa première spécialité.

CHAPITRE II. LA DEFENSE DU MEDECIN LIBERAL PENDANT LA PHASE CONTENTIEUSE

Pendant la phase contentieuse, les règles de fond font défaut au médecin libéral (Section I) tandis que les droits procéduraux sont liés au droit à un procès équitable (Section II).

SECTION I. LES REGLES DE FONDS FAISANT DEFAUT AU MEDECIN LIBERAL

Le principe *non bis in idem* semble inefficace en pratique à protéger le médecin libéral (I) alors que le Conseil d'Etat refuse de contrôler le caractère proportionné ou non de la sanction (II).

I. UN PRINCIPE NON BIS IN IDEM INEFFICACE EN PRATIQUE A PROTEGER LE MEDECIN LIBERAL

L'inapplicabilité du principe *non bis in idem* en droit disciplinaire (§1) va pourtant de pair avec le principe d'indépendance des poursuites disciplinaires et pénales (§2), et le principe de confusion des peines (§3).

§1. LA NON APPLICABILITE DU PRINCIPE NON BIS IN IDEM EN DROIT DISCIPLINAIRE

Cette question a été tranchée par la jurisprudence nationale (A) et européenne et communautaire (B).

A. La jurisprudence nationale

485. En principe, la jurisprudence interdit de poursuivre et de réprimer plusieurs fois de suite des mêmes faits. Ainsi, la Cour de cassation a prohibé l'exercice du pouvoir

disciplinaire de l'employeur pour des mêmes faits⁷⁴⁵. Il s'agit là du principe *non bis in idem*. Le médecin libéral ne bénéficie pas de ce principe, puisque des organes différents le poursuivent. Et la jurisprudence n'a rien entrepris – au contraire – pour limiter les cas de pluralité de poursuites. En pratique c'est la même personne qui poursuit : la caisse primaire, mais devant différents organes, capable de prononcer par ailleurs des sanctions très comparables (amendes, interdiction d'exercer), ou strictement identiques.

486. Ainsi, deux types de procédures disciplinaires existent à l'encontre d'un professionnel de santé sur le fondement du Code de la santé publique (contentieux disciplinaire classique) et du Code de la sécurité sociale (contentieux du contrôle technique). Deux procédures sont menées à propos d'un même fait et peuvent même être assorties de poursuites pénales. Il est vrai, les sanctions prononcées par la Section des assurances sociales et par la Section disciplinaire du Conseil de l'Ordre des médecins ne sont cumulables lorsqu'elles ont été prononcées à l'occasion des mêmes faits que si « lesdites sanctions ont pour fondement la méconnaissance par l'intéressé de deux législations différentes »⁷⁴⁶. Si les deux sections ont prononcé des sanctions différentes, seule la plus forte sera exécutée.

487. Le Code de la santé publique dispose⁷⁴⁷ que l'exercice de l'action disciplinaire ne met obstacle ni aux poursuites que le ministère public ou les particuliers peuvent intenter devant les tribunaux répressifs dans les termes du droit commun, ni à l'action disciplinaire devant l'administration dont dépend le médecin, ni aux instances qui peuvent être engagées contre les médecins en raison des abus qui leur seraient reprochés dans leur participation aux soins médicaux prévus par les lois sociales, ni aux actions civiles en réparation d'un délit ou d'un quasi-délit.

488. Le Code de la santé publique érige donc en principe la non applicabilité du principe *non bis in idem*.

489. Michel Degoffe cite⁷⁴⁸ l'exemple du fait reproché au médecin qui peut être à la fois une faute déontologique passible des sanctions du Conseil de l'Ordre et une infraction

⁷⁴⁵ Soc. 31 octobre 1989, req. n° 86-43.744, *Bull. Soc.* 1989 V n° 629 p. 379

⁷⁴⁶ CE 23 novembre 1988, req. n° 68165

⁷⁴⁷ CSP, article L. 4126-5

⁷⁴⁸ M. DEGOFFE, *Droit de la sanction non pénale*, Paris, Economica, 2000, p. 78

aux règles de la Sécurité sociale justiciable des sections d'assurances sociales⁷⁴⁹ pour souligner que la règle *non bis in idem* ne peut dans cette hypothèse être invoquée⁷⁵⁰. De plus la circonstance que la Section disciplinaire du Conseil national d'un ordre professionnel ait jugé que des faits reprochés du point de vue déontologique à un professionnel étaient amnistiés n'est pas un obstacle à ce que la Section des assurances sociales de ce conseil estime que les faits identiques à raison desquels l'intéressé est passible de sanctions au titre de la législation que cette section est chargée d'appliquer, ont le caractère d'agissements contraires à la probité et à l'honneur professionnel et qu'ils échappent donc à l'amnistie⁷⁵¹. L'amnistie disciplinaire est donc autonome par rapport à la poursuite du médecin devant la Section des assurances sociales.

490. La pluralité d'autorités compétentes semble être source de cumul de sanctions disciplinaires, mais les actions répressives du contentieux disciplinaire classique et du contentieux du contrôle technique ne présentent pas une identité de cause et d'objet ce qui empêche d'appliquer la règle *non bis in idem*⁷⁵². Le contentieux disciplinaire classique concerne la déontologie tandis que le contentieux du contrôle technique est lié aux règles de sécurité sociale.

B. La jurisprudence communautaire et européenne

491. La Cour européenne des droits de l'homme a consacré le principe *non bis in idem* en affirmant à l'appui de l'article 4§1 du Protocole n°7⁷⁵³ ratifié par la France le 1^{er} novembre 1988 que nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat. En France la Cour de cassation a considéré que la règle *non bis in idem* ne trouve à s'appliquer, selon les réserves faites par la France en marge de ce Protocole, que pour les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière

⁷⁴⁹ CE 15 février 1961 Caisse primaire de sécurité sociale du Gard

⁷⁵⁰ J. MOURGEON, « La répression administrative », *LGDJ* 1967, p. 302

⁷⁵¹ CE 13 octobre 2003, req. n° 204782

⁷⁵² J. PRALUS-DUPUY, « Cumul et non-cumul de sanctions en droit disciplinaire », *Recueil Dalloz* 1993, p. 135

⁷⁵³ Protocole n° 7 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signé à Strasbourg le 22 octobre 1984 et ratifié par la France le 1^{er} novembre 1988

pénale⁷⁵⁴. Le pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques va dans ce sens d'une application de la règle *non bis in idem* à la matière pénale en énonçant que nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays⁷⁵⁵. La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a quant à elle reconnu la règle *non bis in idem* comme principe fondamental du droit communautaire⁷⁵⁶ et défini la triple condition d'identité des faits, d'unité de contrevenant et d'unité de l'intérêt juridique protégé⁷⁵⁷.

492. L'application de la règle *non bis in idem* à la matière pénale n'est pourtant pas si évidente. Dans un arrêt *Van Esbroeck*⁷⁵⁸ la CJCE constate que les termes employés par Convention d'application des Accords de Schengen⁷⁵⁹ (CAAS) se distinguent de ceux employés dans le Pacte des Nations Unies de 1966 et dans le Protocole n° 7 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁷⁶⁰. La CAAS se réfère à la notion de sanction tandis que les deux textes suivants utilisent la notion d'infraction, ce qui implique la pertinence du critère de la qualification juridique des faits. Dans ses conclusions⁷⁶¹, l'avocat général affirme qu'il convient de rejeter également le critère du bien juridique protégé, car il apparaît si lié aux choix légitimes des politiques pénales internes qu'il permettrait de réprimer plusieurs fois un même comportement. L'avocat général *Damaso* rappelle que, aux fins de la CAAS, ce qui est exigé n'est pas l'identité des qualifications juridiques, mais uniquement celle des faits. Jusqu'à maintenant la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a

⁷⁵⁴ Crim. 1^{er} mars 2000, req. n° 99-86.299, *Bull. crim.* 2000 n° 98, p. 290

⁷⁵⁵ Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) adopté à New-York le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 2200 A (XXI) et entré en vigueur après la ratification par 35 États le 23 mars 1976, article 14 (point 7)

⁷⁵⁶ CJCE 15 octobre 2002 *Limburgse Vinyl Maatschappij et autres contre Commission*, aff. C-238/99 P (point 59)

⁷⁵⁷ CJCE 7 janvier 2004 *Aalborg Portland et autres c. Commission*, aff. C-204/00 P (point 338)

⁷⁵⁸ CJCE 9 mars 2006 *Van Esbroeck*, aff. C-436/04 (point 28)

⁷⁵⁹ Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes

⁷⁶⁰ Protocole n° 7 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signé à Strasbourg le 22 octobre 1984 et ratifié par la France le 1^{er} novembre 1988

⁷⁶¹ Conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer *Damaso* présentées le 20 octobre 2005 : CJCE 9 mars 2006 *Van Esbroeck*, aff. C-436/04 (points 46-48),

reconnu la règle *non bis in idem* comme principe fondamental du droit communautaire⁷⁶² et défini la triple condition d'identité des faits, d'unité de contrevenant et d'unité de l'intérêt juridique protégé⁷⁶³. La question de l'extension de la règle *non bis in idem* se pose en matière disciplinaire dans la mesure où plusieurs procédures (disciplinaire, pénale et de sécurité sociale) peuvent aboutir à la même sanction, c'est-à-dire l'interdiction temporaire d'exercer une profession.

§2. L'INDEPENDANCE DES POURSUITES DISCIPLINAIRES ET PENALES

493. Les poursuites disciplinaires sont aussi indépendantes des poursuites pénales. Dès 1987 la Chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que la juridiction correctionnelle n'a aucune qualité pour examiner la légalité d'une sanction ordinaire qui n'est susceptible de recours que devant le Conseil d'Etat⁷⁶⁴. De plus s'il appartient au juge disciplinaire d'ordonner, le cas échéant, toute mesure d'instruction en vue de compléter son information, il ne peut, sans méconnaître sa compétence, subordonner sa décision sur l'action disciplinaire à l'intervention d'une décision définitive du juge pénal⁷⁶⁵.

494. Dans le même sens les poursuites ne sont pas interdépendantes et l'existence de poursuites pénales n'empêche pas le juge disciplinaire de se prononcer sur les mêmes faits⁷⁶⁶. Un médecin a ainsi bénéficié d'un acquittement à la suite de poursuites pénales, mais été condamné par la Section des assurances sociales à la sanction d'interdiction de donner des soins aux assurés sociaux pendant 3 mois. L'amnistie d'une condamnation pénale n'empêche pas non plus le prononcé d'une sanction disciplinaire⁷⁶⁷. Le corollaire du cumul de peines est donc la possibilité accrue pour un professionnel de santé d'être sanctionné. Les procédures disciplinaires et pénales sont indépendantes mais la Cour de cassation a envisagé une hypothèse de liaison du contentieux en considérant que l'action disciplinaire ne peut être conditionnée par la solution de l'action pénale que lorsque le fait poursuivi pénalement s'identifie de façon précise avec le comportement reproché sur le

⁷⁶² CJCE 15 octobre 2002 *Limburgse Vinyl Maatschappij et autres contre Commission* ; aff. C-238/99 P (point 59)

⁷⁶³ CJCE 7 janvier 2004 *Aalborg Portland et autres c. Commission*, aff. C-204/00 P (point 338)

⁷⁶⁴ Crim.10 novembre 1987, n° 87-81.288, *Bull. Crim.* 1987 n° 398 p. 1048

⁷⁶⁵ CE 28 janvier 1994 *Conseil départemental de l'ordre des médecins de Meurthe-et-Moselle*, req. n° 126512

⁷⁶⁶ CE 28 septembre 1988 *Silvert*, req. n° 88195

⁷⁶⁷ CE 11 juillet 1988, req. n° 54310

plan disciplinaire et lorsqu'un doute peut exister sur la réalité du fait et sur l'intention coupable ⁷⁶⁸.

§3. L'APPLICATION DU PRINCIPE DE CONFUSION DES PEINES

495. La question se pose ensuite de l'application du principe de confusion des peines au droit disciplinaire. L'article 132-3 du Code pénal prévoit le système du non-cumul des peines en affirmant que lorsque plusieurs peines de même nature sont encourues, il ne peut être prononcé qu'une seule peine de cette nature dans la limite du maximum légal le plus élevé. Chaque peine prononcée est réputée commune aux infractions en concours dans la limite du maximum légal applicable à chacune d'entre elles. Il y a ainsi « absorption des peines encourues les unes par les autres jusqu'à concurrence de la plus forte » ⁷⁶⁹. Le Conseil d'Etat a jugé que le principe de confusion des peines appliqué par le droit pénal ne joue pas en droit disciplinaire. Saisi successivement de deux plaintes pour des faits différents, le Conseil régional du Languedoc-Roussillon puis, en appel, la Section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins ont pu prononcer, à l'encontre du requérant, deux sanctions distinctes ⁷⁷⁰. Pourtant si le juge pénal ordonne, à titre de peine accessoire, l'interdiction temporaire maximale d'exercer la profession, l'instance disciplinaire peut tenir compte du fait que la sanction disciplinaire encourue d'interdiction d'exercer ne se distinguerait pas, dans ses conséquences pratiques, d'une sanction pénale ⁷⁷¹. Le Conseil d'Etat a en l'espèce tenu compte tenu de ce qu'une peine n'entraînant pas interdiction d'exercer serait inappropriée eu égard à la gravité des faits et considéré que les juges du fond n'ont méconnu ni le principe d'indépendance des poursuites disciplinaires et des poursuites pénales, ni la portée juridique de ces poursuites. Le droit disciplinaire se distingue ici résolument du droit pénal, malgré la similitude de l'effet des sanctions encourues.

496. On le voit, le médecin libéral ne bénéficie pas de la règle non bis in idem. Il s'agit d'une situation qui devra évoluer parce que manifestement attentatoire au Libertés

⁷⁶⁸ Jurisprudence relative à l'action disciplinaire à l'encontre d'un avocat : Civ. 1^{ère}, 1^{er} mai 1984, req. n° 83-12721

⁷⁶⁹ D. BECHERAOUÏ, « Le contentieux de la confusion des peines », *Revue de science criminelle* 2002, p. 531

⁷⁷⁰ CE 7 décembre 1984 Subrini, req. n° 41743

⁷⁷¹ CE 24 juillet 1987 Conseil départemental de l'Ordre des médecins de l'Ariège, req. n° 67969

Fondamentales. Cette situation est d'autant plus curieuse qu'en particulier comme nous l'avons vu la Cour européenne des droits de l'homme a consacré le principe *non bis in idem*, et qu'il est indéniable que le médecin libéral fait l'objet de poursuites dans un cadre répressif, même s'il n'est pas nécessairement strictement pénal.

II. LE REFUS DU CONSEIL D'ETAT DE CONTROLER LE CARACTERE PROPORTIONNE OU NON DE LA SANCTION

497. La sanction prononcée à l'encontre du médecin libéral doit être proportionnée. En effet, l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen a proclamé que la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires. Ce principe de la proportionnalité de la sanction s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition, qu'elle soit de nature pénale ou administrative.

498. Le Conseil d'Etat a ainsi jugé qu'en retenant une échelle variable selon les revenus des médecins, indépendante de la nature de l'infraction constatée et de son coût pour l'assurance maladie, les auteurs de l'arrêté attaqué ont institué un régime de sanctions qui pourrait être, dans nombre de cas, manifestement disproportionné, et qui justifie l'annulation des dispositions relatives aux sanctions en cas de méconnaissance des références médicales opposables⁷⁷². La proportionnalité de la sanction est d'autant plus importante qu'elle ne peut être examinée que par les juges du droit. Le Conseil d'Etat a rappelé en 2003 « qu'il n'appartient pas au juge de cassation de contrôler la proportionnalité de la sanction aux manquements retenus »⁷⁷³.

499. Ce refus de contrôle de proportionnalité pose en réalité problème à la CEDH car de nombreux aspects des contestations relatives à des « droits et obligations de caractère civil » échappent à son contrôle, dont l'examen des faits et l'appréciation de la proportionnalité entre faute et sanction⁷⁷⁴. On peut donc attendre une évolution de la jurisprudence à ce sujet.

⁷⁷² CE 1^{ère} et 4^{ème} sous-sections réunies, 28 juillet 1999, req. n° 202606

⁷⁷³ CE 5 mars 2003, req. n° 230496

⁷⁷⁴ CEDH 10 février 1983 *Albert et Le Compte c. Belgique*, n°7299/75 et 7496/76 (paragraphe 60)

SECTION II. LES DROITS PROCEDURAUX DU MEDECIN LIBERAL LIES AU DROIT A UN PROCES EQUITABLE

500. La jurisprudence s'est forgée à partir des contestations de sanctions prises à l'encontre des professionnels de santé. Ces sanctions sont très diverses selon la nature du contentieux. Au-delà de cette diversité, les recours contre les sanctions sont encadrés par des mêmes conditions de forme. Les réclamations formées contre les décisions prises par les organismes de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole de salariés ou de non-salariés sont soumises à une commission de recours amiable composée et constituée au sein du conseil d'administration de chaque organisme⁷⁷⁵. La saisine de cette commission est enfermée dans le délai de deux mois à compter de la notification de la décision contre laquelle les intéressés entendent former une réclamation et cette notification doit comporter la mention de ce délai, sans quoi la forclusion ne peut être opposée aux intéressés. Ce délai est diminué à un mois à compter de la notification de la mise en demeure en ce qui concerne le recouvrement des indus liés à l'inobservation des règles de tarification ou de tarification⁷⁷⁶, ainsi que des pénalités financières décidées par le directeur d'un organisme local d'assurance maladie⁷⁷⁷. Cette précision des conditions de forme pour la contestation d'une sanction part des droits procéduraux élémentaires du médecin (I), l'article 6§1 étant applicable à la contestation du médecin libéral (II), avant de caractériser les exigences du droit à un procès équitable (III).

I. DEVELOPPEMENT LIMINAIRE : LES DROITS PROCEDURAUX ELEMENTAIRES GARANTIS PAR LES CONVENTIONS INTERNATIONALES AU DELA DE L'ARTICLE 6§1

Le principe communautaire du droit à un recours effectif (§1) est assorti de l'effectivité de toute contestation (§2).

⁷⁷⁵ CSS, article R. 142-1

⁷⁷⁶ Les règles de tarification ou de facturation concernées sont décrites à l'article L. 133-4 du Code de la sécurité sociale.

⁷⁷⁷ Ces pénalités financières sont détaillées à l'article L. 162-1-14 du Code de la sécurité sociale.

§1. LE PRINCIPE COMMUNAUTAIRE DU DROIT A UN RECOURS EFFECTIF

501. La CJCE vérifie s'il existe bien un recours juridictionnel effectif devant les juridictions nationales pour les droits issus du droit communautaire⁷⁷⁸. Les États ont ainsi le devoir d'éliminer les obstacles procéduraux qui pourraient entraver la bonne application du droit communautaire. « Les juridictions compétentes en droit national, par conséquent également les tribunaux administratifs, [doivent] garantir l'exercice des droits et qu'il ne soit pas fait obstacle à cet exercice par des dispositions administratives en matière procédurale »⁷⁷⁹.

§2. L'ARTICLE 13 DE LA CESDH GARANTIT L'EFFECTIVITE DE TOUTE CONTESTATION

502. La Cour de Strasbourg a précisé que « l'article 13 garantit l'existence en droit interne d'un recours permettant de s'y prévaloir des droits et libertés de la Convention, tels qu'ils peuvent s'y trouver consacrés. Cette disposition a donc pour conséquence d'exiger, pour les plaintes que l'on peut estimer défendables au regard de la Convention ou de ses Protocoles, un recours interne habilitant l'instance nationale compétente à connaître du contenu du grief et à offrir le redressement approprié, même si les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant à la manière de se conformer aux obligations que leur fait cette disposition »⁷⁸⁰. La Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 distingue par exemple le droit à un recours effectif (article 8) du droit à un procès équitable (article 10). La Convention européenne des droits de l'homme procède de même (article 6 et article 13).

503. La Cour de Strasbourg indique ainsi que le recours « ne doit pas être entravé de manière injustifiée par les actes ou omissions des autorités de l'État défendeur »⁷⁸¹. La Cour de Strasbourg déclare dans l'arrêt *Jokela contre Finlande* que « nonobstant le silence de l'article 1 du Protocole n° 1 en matière d'exigences procédurales, les procédures applicables en l'espèce doivent aussi offrir [...] une occasion adéquate d'exposer sa cause

⁷⁷⁸ CJCE 15 mai 1986, Johnson c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, aff. C-222/84

⁷⁷⁹ CJCE 11 septembre 2003 Georgios Orfanopoulos, aff. C-482/01

⁷⁸⁰ CEDH 25 octobre 2001, Saggio c. Italie, n° 41879/98

⁷⁸¹ CEDH 25 octobre 2001, Saggio c. Italie, n° 41879/98

aux autorités compétentes afin de contester effectivement les mesures portant atteinte aux droits garantis par cette disposition. Pour s'assurer du respect de cette condition, il y a lieu de considérer les procédures applicables d'un point de vue général »⁷⁸². Une décision d'une autorité titulaire de prérogatives de puissance publique ne peut avoir de légitimité en l'absence d'un débat contradictoire et respectueux du principe de l'égalité des armes, qui permette de discuter du fond comme de la forme de la décision.

II. L'APPLICABILITE DE L'ARTICLE 6§1 DE LA CESDH A LA CONTESTATION DU MEDECIN LIBERAL

Cette applicabilité est possible au regard de la matière (§1) ainsi que des pouvoirs dont sont investis les organes chargés de réprimer le médecin libéral (§2).

§1. APPLICABILITE DE L'ARTICLE 6§1 DE LA CESDH AU REGARD DE LAMATIERE

504. Le Doyen Serge Guinchard note que le champ d'application de l'article 6§1 est un « univers en expansion »⁷⁸³. En ce qui concerne le médecin libéral, les décisions touchant au droit d'exercer la médecine doivent pouvoir être contestées dans le cadre d'un procès équitable (A), tout comme celles ayant un caractère répressif (B), l'article 6§1 s'appliquant aussi au contentieux de la responsabilité de l'Etat (C) à l'exception d'une contestation qui ne relèverait pas du champ d'application de l'article 6§1 (D).

⁷⁸² CEDH 21 mai 2002, *Jokela c. Finlande*, *Recueil* 2002-IV, n° 8856/95

(voir, par exemple, CEDH 24 octobre 1986, *AGOSI c. Royaume-Uni*, série A n° 108, p. 19, § 55, et CEDH 22 septembre 1994, *Hentrich c. France*, série A n° 296-A, p. 21, § 49)

⁷⁸³ S. GUINCHARD, *Le procès équitable*, Cinquantième anniversaire de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Bruylant, 2002, p. 186

A. Les décisions touchant au droit d'exercer la médecine doivent pouvoir être contestées dans le cadre d'un procès équitable

505. Il ressort de la jurisprudence constante de la Cour qu'un contentieux disciplinaire, dont l'enjeu est le droit de continuer à pratiquer la médecine à titre libéral, donne lieu à des contestations sur des droits de caractère civil au sens de l'article 6§1.

506. Dès 1978, dans l'arrêt *König contre Allemagne*⁷⁸⁴, la Commission avait attribué un « caractère civil » au « droit d'exploiter sa clinique et celui d'exercer sa profession de médecin ». Un conflit ayant un objet patrimonial porte sur un droit ou une obligation de caractère civil et relève de ce fait du champ d'application de l'article 6§1. Par exemple, une licence revêt un caractère patrimonial. L'existence de rapports directs entre l'octroi de la licence et l'ensemble de l'activité commerciale du requérant impose que l'article 6 s'applique au recours⁷⁸⁵. « L'intervention étatique ne suffirait pas à établir l'inapplicabilité de l'article 6§1 »⁷⁸⁶. « Si la contestation oppose un particulier à une autorité publique, il n'est pas décisif que celle-ci ait agi comme personne privée ou en tant que détentrice de la puissance publique. En conséquence pour savoir si une contestation porte sur la détermination d'un droit de caractère civil, seul compte le caractère du droit qui se trouve en cause »^{787/788}. Ainsi, « pour que l'article 6§1 s'applique à une contestation, il n'est pas nécessaire que, comme l'ont admis la majorité de la Commission et le Gouvernement, les deux parties au litige soient des personnes privées »⁷⁸⁹. L'arrêt *König contre Allemagne* en déduit que « si la contestation oppose un particulier à une autorité publique, il n'est pas décisif que celle-ci ait agi comme personne privée ou en tant que détentrice de la puissance publique » et « seul compte le caractère du droit » en cause pour savoir si une contestation porte sur la détermination d'un droit de caractère civil.

⁷⁸⁴ CEDH 28 juin 1978, *König c. Allemagne*, n° 6232/73

⁷⁸⁵ CEDH 23 octobre 1985, *Bentham c. Pays-Bas*, Série A, n° 97, n° 8848/80

⁷⁸⁶ CEDH 24 juin 1993, *Schuler-Zraggen c. Suisse*, Série A, n° 263, n° 14518/89

⁷⁸⁷ CEDH 28 juin 1978, *König c. Allemagne*, Série A, n° 27, n° 6232/73

⁷⁸⁸ « Nonobstant les aspects de droit public signalés par le Gouvernement, les intéressés ne se voyaient pas seulement concernés dans leurs rapports avec l'administration en tant que telle, mais aussi atteints dans leurs moyens d'existence ; ils invoquaient un droit subjectif de caractère patrimonial résultant des règles précises de la législation nationale susmentionnée (voir, mutatis mutandis, l'arrêt CEDH 24 juin 1993, *Schuler-Zraggen c. Suisse*, n° 14518/89, série A, n° 263, paragraphe 46) » CEDH 19 mars 1997, *Paskhalidis c. Grèce*, *Recueil* 1997 II, n° 20416/92

⁷⁸⁹ CEDH 16 juillet 1971, *Ringeisen c. Autriche*, n° 2614/65

B. Les décisions ayant un caractère répressif doivent pouvoir être contestées dans le cadre d'un procès équitable

507. L'article 6§1 est invocable devant les juridictions compte tenu de l'assimilation des mesures ayant un caractère répressif à la matière pénale. Les sanctions prises contre les médecins libéraux semblent bien correspondre à ce champ d'application. Notons que le Conseil Constitutionnel a pour sa part assimilé les sanctions ayant un caractère répressif aux sanctions pénales dans une décision du 30 décembre 1982⁷⁹⁰. Il a affirmé que le contrôle de la conformité d'un texte à la Déclaration des Droits de l'homme et du Citoyen de 1789 s'étend « à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le Législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle ».

508. A la suite de l'arrêt *Bendenoun contre France*⁷⁹¹ rendu par la Cour de Strasbourg le Conseil d'État a affirmé l'applicabilité de l'article 6§1 à toute matière portant sur des mesures à caractère répressif, de telles mesures étant assimilables par leurs effets à la matière pénale. Le Conseil d'État a ainsi affirmé dans l'Avis *S.A.R.L. Auto-industrie Méric* du 31 mars 1995⁷⁹² que les principes que fixe ledit article 6 sont applicables à la contestation de mesures, dès lors qu'elles présentent le caractère d'une punition tendant à empêcher la réitération des agissements qu'elles visent et n'ont pas pour objet la seule réparation pécuniaire d'un préjudice.

509. La Cour de cassation affirme également que la matière répressive relève de l'article 6§1⁷⁹³. Le juge du fond ne peut « exercer le pouvoir qui lui est ainsi conféré qu'en étant mis en mesure par la partie qui conteste l'application de la sanction, d'apprécier le principe et le montant de celle-ci »⁷⁹⁴.⁷⁹⁵

510. Pour la Cour de Strasbourg, la notion d'« accusation en matière pénale » évoquée à l'article 6§1 a pour la Cour de Strasbourg un caractère autonome⁷⁹⁶. La Cour de

⁷⁹⁰ CC n° 82-155 DC, 30 décembre 1982

⁷⁹¹ CEDH 24 février 1994, *Bendenoun c. France*, Série A, n° 284, n° 12547/86

⁷⁹² Avis CE, 31 mars 1995 ministre c. S.A.R.L. Auto-industrie Méric, req. n° 164008, *R.J.F.*, 1995, mai, n° 623

⁷⁹³ Com., 29 avril 1997 PB, Ferreira, n° 1068, *J.C.P.*, G., 1997, n° 43, II, Jurisprudence, 22 935, p. 464, note F. SUDRE ; Com., 20 octobre 1998, n° 1560 D, Charnallet, *R.J.F.*, 1999, janvier, n° 87

⁷⁹⁴ Com., 1^{er} juillet 2003 DGI c. Gallotte, n° 1097 F-D, *R.J.F.*, 2003, décembre, n° 1473

⁷⁹⁵ Com., 22 février 2000, n° 488 P, Ferrière, *R.J.F.*, 2000, mai, n° 737

⁷⁹⁶ CEDH 29 août 1997, AP, MP et PP c. Suisse, *Recueil* 1997-V, n° 19958/92

Strasbourg a admis que certaines sanctions puissent être assimilées aux sanctions pénales⁷⁹⁷. Par exemple, pour déterminer si une pénalité fiscale relève de la matière pénale au sens de l'article 6§1 de la CEDH, la Cour utilise des critères issus de la décision *Bendenoun* de 1994.

511. Est assimilable à la matière pénale une mesure qui :

- concerne tous les citoyens,
- ne tend pas à la réparation pécuniaire d'un préjudice,
- est une norme de caractère général dont le but est à la fois préventif et répressif a une certaine « ampleur »⁷⁹⁸.

512. La sanction prise à l'encontre d'un médecin libéral remplit bien ces conditions. Cette sanction concerne tous les citoyens dès lors que tout le système de contrôle est soutenu par la volonté de maîtriser les dépenses de santé au nom de l'intérêt général. Elle ne tend pas à la réparation pécuniaire d'un préjudice mais plutôt à la restitution d'un indu ou à la mise en œuvre d'une peine liée à un comportement proscrit. Enfin son but à la fois préventif (dissuader par le risque d'une sanction) et répressif a une certaine ampleur au regard de son impact sur l'activité du médecin contrôlé. La décision de sanction doit donc pouvoir être contestée dans le cadre d'un procès équitable.

513. Par ailleurs la créance étant de nature civile l'article 6§1 a de plus forte vocation à s'appliquer.

C. Application de l'article 6§1 au contentieux de la responsabilité de l'État

514. L'action en réparation a un caractère « patrimonial »⁷⁹⁹ et relève donc du champ d'application de l'article 6§1. La victime d'une faute lourde de l'administration dans l'accomplissement de sa mission peut obtenir réparation du préjudice subi dès lors qu'il établit un lien de causalité entre ce préjudice et la faute qu'il dénonce⁸⁰⁰.

⁷⁹⁷ CEDH 24 février 1994, *Bendenoun* c. France, Série A, n° 284, n° 2547/86

⁷⁹⁸ CEDH 8 juin 1976 *Engel et autres* c. Pays-Bas, Série A, n° 22, n° 5100/71

⁷⁹⁹ CEDH 26 mars 1992, *Éditions Périscope* c. France, Série A, 234-B, n° 11760/85

⁸⁰⁰ CE 7 décembre 1987, req. n° 67150, *R.J.F.*, 1988, février, n° 237

D. Toutefois une contestation qui ne porterait pas sur un droit ne relèverait pas du champ d'application de l'article 6§1

515. L'article 6§1 permet le contrôle de litiges portant sur des « droits et obligations de caractère civil ». Une contestation pourrait ne pas porter sur un droit, c'est-à-dire une « prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par le droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelques choses »⁸⁰¹, mais sur l'opportunité d'une décision⁸⁰². Tel n'est pas le cas de la contestation du médecin libéral à l'encontre de la sanction qui lui est infligée.

§2. APPLICABILITE DE L'ARTICLE 6§1 AU REGARD DE POUVOIRS DONT SONT INVESTIS LES ORGANES CHARGES DE REPRIMER LE MEDECIN LIBERAL

Les conditions d'applicabilité de l'article 6§1 concernent alors les pouvoirs de l'organe chargé d'entendre le médecin libéral (A) et de le réprimer (B).

A. La réaction du médecin libéral

516. L'article 6§1 est applicable à une procédure s'il y a potentiellement procès. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait affrontement de deux prétentions opposées au sens procédural du terme » « La contestation doit être réelle et sérieuse ; elle peut porter aussi bien sur l'existence même d'un droit que sur son étendue ou ses modalités d'exercice; enfin, l'issue de la procédure doit être directement déterminante pour un tel droit »^{803/804}. A tous les stades de la procédure de sanction du médecin libéral, celui-ci doit donc bénéficier de l'applicabilité de l'article 6§1.

B. Les pouvoirs de l'organe chargé de réprimer le médecin libéral

517. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé que le respect de l'article 6 de la Convention suppose que la décision d'une autorité administrative ne remplissant pas

⁸⁰¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 1987, V° « Droit »

⁸⁰² CEDH 18 décembre 1986 *Bozano c. France*, Série A, n° 111, n° 9990/82

⁸⁰³ CEDH 25 octobre 1989, *Jacobsson c. Suède*, Série A, n° 163, n° 10842/84

⁸⁰⁴ CEDH 26 juin 1986, *Van Marle c. Pays Bas*, Série A, n° 101, n° 8543/79

elle-même les conditions de l'article 6§1 subisse le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction⁸⁰⁵. Or parmi les caractéristiques d'un « organe judiciaire de pleine juridiction » figure le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur ainsi que la compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi⁸⁰⁶. En l'absence de pareille compétence, une cour ne saurait passer pour un « tribunal » au sens de la Convention⁸⁰⁷. Pour la CEDH, la Section des assurances sociales d'un Conseil régional de l'ordre des médecins et celles du Conseil national de l'Ordre sont sans équivoque des organes de pleine juridiction⁸⁰⁸. L'applicabilité de l'article 6§1 au contentieux disciplinaire devant les juridictions ordinaires n'est également pas discutable⁸⁰⁹. Toutefois l'article 6§1 n'énonce aucune règle ni aucun principe dont le champ d'application s'étendrait au-delà des procédures contentieuses suivies devant les juridictions, et qui gouvernerait l'élaboration ou le prononcé de décisions, quelle que soit la nature de celles-ci, par les autorités administratives qui en sont chargées par la loi⁸¹⁰. Les seules décisions ayant un caractère juridictionnel sont donc concernées.

III. LES EXIGENCES DU DROIT A UN PROCES EQUITABLE

Certaines exigences sont respectées (§1) tandis que d'autres posent encore problème (§2).

§1. LES EXIGENCES RESPECTEES

Ce sont celles de la publicité de l'audience (A), le respect du contradictoire (B), le droit à un tribunal indépendant et impartial (C) et la motivation d'une décision juridictionnelle (D).

⁸⁰⁵ CEDH 4 mars 2004, *Silvester's Horeca Service c. Belgique*, n° 47650/99, (paragraphe 26)

⁸⁰⁶ CEDH 13 février 2003, *Chevol c. France*, n° 49636/99, (paragraphe 77)

⁸⁰⁷ CEDH 23 octobre 1995, *Schmautzer c. Autriche*, n° 15523/89, (paragraphe 34)

⁸⁰⁸ CEDH 18 juillet 2006, *Cosson c. France*, n° 38498/03, (paragraphe 24)

⁸⁰⁹ CEDH 28 juin 1978, *König c. Allemagne*, n° 6232/73

⁸¹⁰ CE 25 juin 1997, req. n° 171970

A. La publicité de l'audience

Ce principe reconnu en droit français et européen (1) n'a pas une portée absolue (2) mais a tout de même causé la condamnation de la France (3).

1. Un principe reconnu en droit français et européen

518. Pour Xavier Prétot, la procédure applicable, tant en première instance qu'en appel, devant les juridictions du contentieux général de la sécurité sociale procède des principes de la procédure civile à l'instar du principe de publicité de l'audience⁸¹¹. D'une part le juge fait application des règles de droit commun de la procédure civile chaque fois qu'elles ne sont pas écartées par les règles particulières du contentieux général. D'autre part ces règles du contentieux général sont interprétées à la lumière des principes fondamentaux de la procédure civile. Protection contre une justice secrète échappant au contrôle du public, la publicité de l'audience permet l'oralité des débats et conditionne la légalité d'une sanction prise à l'encontre du médecin libéral.

519. Reconnu à l'article 6§1 de la CEDH d'après lequel « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle », le principe de publicité des audiences est essentiel à la procédure menée à l'encontre de professionnels de santé.

520. Au niveau européen, la reconnaissance du principe de publicité des audiences semble être largement acceptée puisqu'elle est reconnue aussi bien pour les débats judiciaires que pour le contentieux disciplinaire classique. Le principe fondamental de publicité des débats judiciaires a ainsi été reconnu dès 1993 dans l'arrêt *Schuler-Zraggen contre Suisse*⁸¹². Ladite publicité « protège la justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public » et « constitue l'un des moyens de contribuer à préserver la confiance dans les cours et tribunaux ». La publicité est associée à la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice.

⁸¹¹ X. PRETOT, « Le juge du contentieux doit veiller au respect du principe de l'oralité des débats », *D.* 2004 p. 2617

⁸¹² CEDH 24 juin 1993, *Schuler-Zraggen c. Suisse*, n° 14518/89, série A, n° 263 (paragraphe 58)

2. L'absence de caractère absolu du principe de publicité des audiences

521. Ce droit à la publicité des audiences ne revêt pas un caractère absolu dans le sens où un requérant peut demander à ce que l'audience ait lieu à huis-clos. Pour la CEDH ni la lettre ni l'esprit de l'article 6§1 n'empêchent d'y renoncer expressément ou tacitement⁸¹³. Une procédure disciplinaire peut donc se dérouler dans le secret avec l'accord de l'intéressé sans enfreindre la Convention. Cette possibilité de demander le secret de l'audience est une protection pour le professionnel de santé, en raison des conséquences que peut avoir la procédure, avant même la sanction.

522. La condamnation de la France par la CEDH en 1995 dans l'arrêt *Diennet contre France* en raison de la non-publicité des audiences en matière disciplinaire semble avoir été suivie d'effet⁸¹⁴ : « il y a eu violation de l'article 6§1 en ce que la cause de l'intéressé n'a pas été entendue publiquement devant le Conseil régional de l'Ile-de-France et la Section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins ».

523. Instituée devant les juridictions ordinaires par un décret de 1993⁸¹⁵, la publicité des audiences conditionne la légalité d'une sanction si elle n'est pas respectée⁸¹⁶. La lettre de convocation du professionnel de santé a dès lors un rôle déterminant pour la publicité de l'audience puisqu'elle indique au justiciable la possibilité de se rendre à cette audience ainsi que les détails pratiques permettant sa venue. Un exemple est donné en matière de contrôle URSSAF. Compte tenu du caractère oral de la procédure, la Cour de cassation est amenée à contrôler que la Cour d'appel a examiné la légalité d'une convocation et a rappelé que l'envoi de conclusions ne peut pas suppléer un défaut de comparution d'une des parties à l'instance⁸¹⁷.

⁸¹³ CEDH 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et de Meyere c. Belgique*, n° 6878/75 et 7238/75 (paragraphe 59)

⁸¹⁴ CEDH 26 septembre 1995, *Diennet c. France*, n° 18160/91

⁸¹⁵ Décret n° 93-181 du 5 février 1993 modifiant le décret n° 48-1671 du 26 octobre 1948 modifié relatif au fonctionnement des conseils de l'ordre des médecins, des chirurgiens-dentistes et des sages-femmes et de la Section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins

⁸¹⁶ Depuis 1948, un décret prévoyait que le rapporteur chargé de l'instruction de l'affaire examine les témoignages écrits, procède s'il y a lieu, à l'interrogatoire du praticien incriminé, à l'audition des témoins et a qualité pour procéder à toutes constatations utiles (article 11), que le praticien mis en cause est convoqué à l'audience tout comme l'autorité ou la personne qui saisit le Conseil régional (article 12), que le président du Conseil régional interroge l'intéressé et qu'enfin le conseil peut décider l'audition de toute personne (article 13).

⁸¹⁷ Soc. 3 novembre 1994, req. n° 92-15249

524. De plus lorsque l'action est intentée en conséquence de faits portés à la connaissance de l'auteur de la plainte par une caisse de sécurité sociale, ou tout autre organisme chargé du contrôle des soins médicaux prévu par les lois sociales, ceux-ci peuvent se faire représenter à l'audience et faire développer les motifs de la plainte soit par un avocat inscrit à un barreau soit par leur médecin.

525. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice⁸¹⁸. Le Code de la santé publique permet aussi de déroger à la publicité des audiences puisque le président peut d'office ou à la demande des parties, après avoir, le cas échéant, pris l'avis du rapporteur, interdire l'accès de la salle pendant tout ou partie de l'audience dans l'intérêt de l'ordre public ou lorsque le respect de la vie privée ou du secret médical le justifie⁸¹⁹.

3. Le respect du principe de publicité lors de la procédure de sanction à l'encontre du médecin libéral

526. Dans ce contexte le juge a un rôle primordial pour veiller à ce que la publicité de l'audience soit possible. Dans la lignée de la Convention européenne des droits de l'homme, la France semble garantir la publicité des audiences.

527. Le Conseil d'Etat a reconnu l'applicabilité de l'article 6§1 à la sanction d'interdiction d'exercer en affirmant que la publicité de l'audience est essentielle dans la mesure où l'interdiction d'exercice revêt le caractère de droit à caractère civil au sens de l'article 6§1⁸²⁰. Cette exigence de publicité de l'audience doit cependant être nuancée en matière disciplinaire, puisqu'elle ne concerne pas la procédure ayant trait à la suspension temporaire du droit d'exercer la profession de médecin en cas d'infirmité ou d'état pathologique dangereux. En effet cette suspension ne présente pas le caractère d'une

⁸¹⁸ CSP, article R. 4126-26

⁸¹⁹ CSP, R. 4126-26

⁸²⁰ CE 26 juillet 1996, req. n° 163585

décision juridictionnelle, mais celui d'un acte administratif. Pour le Conseil d'Etat aucun texte législatif ou réglementaire « n'impose à la Section disciplinaire de siéger en séance publique dans le cas où elle se prononce sur une suspension temporaire du droit d'exercer la profession de médecin »⁸²¹. Ainsi cette exigence n'est pas toujours garantie avant le prononcé de la sanction, lorsque c'est l'administration, et non une juridiction qui la prononce. En revanche la procédure de contestation qui suivra éventuellement sera publique.

528. Pour la Cour de cassation aussi, le juge ne saurait rendre son jugement en l'absence de l'une ou de l'autre des parties sans avoir procédé à une nouvelle convocation des parties selon les formalités prescrites par le Code de la sécurité sociale⁸²². Un arrêt de la Cour de cassation du 2 mars 2004 est venu confirmer cette solution jurisprudentielle à la suite du rejet d'une demande de renvoi formée dans le cadre d'une procédure orale, par un avocat, en raison d'une grève des barreaux sans vérification que le demandeur avait été mis en mesure de se présenter en personne⁸²³. La Cour de cassation rappelle que le droit à un procès équitable prévu par l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales exige que soit assuré l'accès de chacun au juge chargé de statuer sur sa demande. Dès lors encourt la cassation, le jugement d'un Tribunal des affaires de sécurité sociale ayant rejeté l'opposition à une contrainte formée par un demandeur dont l'avocat avait sollicité par fax le renvoi de l'affaire à une autre audience, en raison d'une circonstance exceptionnelle, en se bornant à constater que les parties avaient été régulièrement convoquées, et que le demandeur n'était ni comparant ni représenté sans vérifier que celui-ci avait été mis en mesure de se présenter en personne. En l'espèce, s'agissant d'une procédure orale, l'empêchement de l'avocat justifié par une circonstance exceptionnelle, avait pour conséquence de le priver de toute possibilité de faire valoir son droit en justice⁸²⁴. La Cour de cassation annule la procédure au visa de l'article 6§1 de la CEDH. « Le droit à un procès équitable prévu par l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales exige que soit assuré l'accès de chacun au juge chargé de statuer sur sa demande. »

⁸²¹ CE 20 mars 2000, req. n° 186426

⁸²² Soc.11 mars 1999 Shiff, req. n° 97-17551, *RJS* 4/1999, n° 58

⁸²³ Le litige concernait l'opposition à une contrainte délivrée par la Caisse de mutualité sociale au titre de cotisations réclamées pour une certaine période.

⁸²⁴ Civ 2^{ème}, 2 mars 2004, req. n° 02-30755, *RJS* 5/2004, n° 609; *TPS* 2004, Comm. n° 161

529. Les dispositions favorables du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation semblent avoir permis d'éviter des condamnations de la France.

B. L'exigence du respect du contradictoire

Le respect du contradictoire conditionne la légalité d'une sanction (1) et s'impose aux autorités de contrôle lors de la phase pré contentieuse (2) ainsi que lors du jugement de l'affaire (3).

1. La légalité d'une sanction conditionnée par le respect du contradictoire

530. Le Code de la santé publique lie aussi contradictoire et extension du champ d'examen de l'activité d'un professionnel de santé. « Aucune peine disciplinaire ne peut être prononcée sans que le médecin, le chirurgien-dentiste ou la sage-femme en cause ait été entendu ou appelé à comparaître. »⁸²⁵ Si la Section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins peut légalement se fonder sur des griefs qui n'ont pas été dénoncés dans la plainte ou qui ont été écartés par les premiers juges, c'est à la condition d'avoir au préalable mis l'intéressé en mesure de présenter utilement sa défense sur ces griefs⁸²⁶. Un médecin ne peut cependant invoquer une violation du principe du contradictoire s'il a pu présenter utilement sa défense, alors même que la qualification juridique des faits a été modifiée par le juge d'appel⁸²⁷.

531. La procédure applicable au contentieux général de la sécurité sociale est orale et, à l'instar des règles de procédure civile⁸²⁸, sans représentation obligatoire⁸²⁹. Il s'ensuit que si l'appelant n'est ni comparant ni représenté devant la cour d'appel, celle-ci n'est saisie d'aucun moyen d'appel, l'envoi de conclusions ne pouvant suppléer le défaut de comparution⁸³⁰. Pour que l'oralité des débats soit possible, les parties doivent comparaître ou être représentées avant que le juge ne se prononce sur le litige. Pourtant les juges du

⁸²⁵ CSP article L. 4126-1

⁸²⁶ CE 15 décembre 1993, req. n° 126877

⁸²⁷ CE 11 juillet 1988 Cabotte, req. n° 79673

⁸²⁸ Code de procédure civile, article 931

⁸²⁹ CSS, article R. 142-28

⁸³⁰ Soc. 16 janvier 1992 Chartres c/ Caisse autonome de retraite des géomètres experts et experts agricoles et fonciers, req. n° 89-21716, *Bull. civ.* V, n° 11 ; *D.* 1992, IR p. 71

fond n'ont pas l'obligation de surseoir à statuer lorsque les parties dûment convoquées ne sont pas présentes à l'audience ⁸³¹. A l'inverse la procédure devant la SAS est écrite ⁸³².

532. Le respect de ce principe exclut donc qu'une affaire puisse être régulièrement jugée, si une partie n'a pas été à même de prendre connaissance avec un délai suffisant des mémoires et documents produits par son adversaire et que le juge a pris en considération pour se déterminer.

533. Le principe du contradictoire permet aussi à la Section des assurances sociales de ne pas restreindre son examen aux seuls faits dénoncés dans la plainte et d'étendre son domaine d'investigation. Pour le Conseil d'Etat la SAS du Conseil national de l'Ordre des médecins peut légalement se fonder, pour infliger une sanction à un médecin, sur des griefs qui n'ont été ni dénoncés dans la plainte ni retenus à l'encontre de ce médecin par la SAS du Conseil régional à condition toutefois d'avoir mis au préalable l'intéressé en mesure de présenter utilement sa défense sur ces griefs ⁸³³.

534. S'agissant d'examens d'endoscopie la sanction du Conseil national d'un ordre professionnel est légale tant que l'intéressé a été mis à même de présenter ses observations. En l'espèce, le seul grief dénoncé dans la plainte à l'encontre du médecin et discuté tout au long de la procédure devant les juridictions ordinaires était d'avoir prescrit et effectué de façon répétée des actes qui n'étaient pas médicalement justifiés, en méconnaissance des dispositions du Code de déontologie médicale qui prévoient que le médecin doit limiter ses prescriptions à ce qui est nécessaire. Pourtant la sanction infligée au requérant était fondée, outre sur ce grief, sur un motif tiré de ce que les examens endoscopiques avaient exposé les patients à des risques non négligeables d'accident en méconnaissance de l'article 18 du Code de déontologie médicale qui prévoit que le médecin doit s'interdire de faire courir aux malades des risques injustifiés. En retenant ce grief, la SAS a méconnu le caractère contradictoire de la procédure ⁸³⁴.

⁸³¹ CE 4 juin 1993, req. n° 88171

⁸³² CSS, article R. 145-15

⁸³³ CE 29 mai 2000, req. n° 198510, *GP* 10 mars 2001 n° 69, p. 21

⁸³⁴ CE 30 juin 2000, req. n° 186820, *GP* 10 mars 2001 n° 69, p. 21

2. L'éventuelle censure d'une décision de sanction en l'absence de respect du contradictoire

535. La France semble s'accorder aux exigences du principe du contradictoire dans la mesure où le non-respect du principe du contradictoire tel qu'il est formulé à l'article L. 145-8 du Code de la sécurité sociale permet de censurer une décision de sanction d'un praticien de santé. Par exemple, il appartient à la SAS du Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes, après le rejet ou le refus d'admission par le Conseil d'Etat d'un pourvoi en cassation assorti d'un effet suspensif formé par le praticien contre la décision lui infligeant une sanction, de se saisir de sa propre initiative pour fixer à nouveau la période d'exécution de la sanction lorsque la période d'exécution initialement fixée est dépassée. Les dispositions de l'article L. 145-9 du Code de la sécurité sociale permettent au président de la SAS du Conseil national de l'Ordre de fixer par ordonnance cette période d'exécution sans qu'il soit nécessaire que son ordonnance soit précédée par une audience.

536. En revanche, ces dispositions ne lui permettent pas de déroger au principe du caractère contradictoire de la procédure, rappelé par les dispositions de l'article L. 145-8 du Code de la sécurité sociale. Le Conseil d'Etat va plus loin dans la censure en indiquant précisément dans quel sens la SAS aurait dû statuer pour le respect du contradictoire. Si la SAS pouvait se saisir de sa propre initiative pour fixer à nouveau la période d'exécution de la sanction lorsque la période d'exécution initialement fixée est dépassée⁸³⁵, il lui appartenait d'informer les parties qu'elle fixait à nouveau la période d'exécution de la sanction et de leur impartir un délai pour produire leurs observations écrites⁸³⁶.

3. La légalité de la procédure pré contentieuse conditionnée aussi par le respect du contradictoire

537. Le principe de la contradiction est affirmé à l'article 6§1 de la CEDH. La question se pose dès le contrôle pré contentieux effectué par le service médical, puisque l'article L. 315-1, IV alinéa 1^{er} du Code de la sécurité sociale précise bien que : « la procédure d'analyse de l'activité se déroule dans le respect des droits de la défense ». Le respect des droits de la défense implique le respect du principe du contradictoire. Il ressort des dispositions de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, que

⁸³⁵ CSS article L. 145-9

⁸³⁶ CE 18 février 2010, req. n° 325910

le justiciable doit être mis à même de présenter ses observations préalablement à l'intervention de la décision qui la concerne, dans des conditions lui permettant de le faire utilement mais il ne s'en déduit cependant pas que la procédure selon laquelle ces observations peuvent être présentées doit être réglée dans tous ses éléments par des dispositions écrites⁸³⁷. Cela implique que soient portés à sa connaissance les griefs qui lui sont reprochés ainsi que les motifs devant éventuellement conduire à sa condamnation⁸³⁸. L'important est que le praticien puisse dialoguer utilement. Le délai imparti au professionnel de santé doit être compatible avec les exigences ce qui permet d'affirmer le droit à un délai raisonnable pour la préparation de la défense du professionnel de santé. Le Conseil d'Etat a, par ailleurs, affirmé à maintes reprises sa volonté de soumettre les procédures disciplinaires aux principes énoncés dans l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme⁸³⁹.

538. Au niveau de l'instruction le principe du contradictoire oblige à communiquer les copies des plaintes et des mémoires produits, ainsi que les pièces jointes par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, aux parties intéressées. Celles-ci sont invitées, s'il y a lieu, à produire mémoire ou observations en défense dans le délai fixé par le président de la formation de jugement⁸⁴⁰. L'exigence formelle d'une lettre recommandée ne semble pourtant pas s'imposer au Conseil d'Etat pour qui la SAS n'a pas commis d'erreur du droit en jugeant que la plainte d'une CPAM et du médecin-conseil chef de service de l'échelon local déposée au Conseil régional de l'ordre des médecins était régulière, alors même qu'elle n'avait pas été adressée par lettre recommandée ainsi que le prévoit l'article R. 145-17 du même Code⁸⁴¹. Le Conseil d'Etat interprète aussi largement l'exception de l'article R. 145-19 d'après laquelle lorsque le nombre, le volume ou les caractéristiques des pièces font obstacle à la production de copies, les autres parties ou leurs mandataires en prennent connaissance au secrétariat et peuvent en prendre copie à leurs frais. Une SAS n'a pas entaché sa décision d'erreur de droit en jugeant, pour écarter un moyen tiré de l'irrégularité de la procédure, que des radiographies étaient au nombre des

⁸³⁷ CE 29 octobre 2008, req. n° 304426

⁸³⁸ C. HUGON, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 2^{ème} édition, Litec 2004, p. 103

⁸³⁹ CE 28 juillet 1996, D. 1996, IR.227

⁸⁴⁰ CSS article R. 145-19

⁸⁴¹ CE 5 décembre 2008, req. n° 307610

pièces jointes à des plaintes ou mémoires dont le nombre, le volume ou les caractéristiques font obstacle à la production de copies ⁸⁴².

539. Or, la SAS a jugé que les conditions dans lesquelles s'est déroulé le contrôle réalisé par le médecin-conseil chef de service de l'échelon local et par la Caisse primaire d'assurance maladie sur l'activité du requérant, avant le dépôt de la plainte, sont sans influence sur la régularité de la procédure suivie devant la juridiction ordinales ⁸⁴³. Dans le même sens, pour le Conseil d'Etat, les conditions dans lesquelles se déroule l'enquête préalable à la procédure juridictionnelle sont sans influence sur la régularité de la procédure suivie devant la juridiction ordinaire ⁸⁴⁴. Un médecin sanctionné ne peut contester une sanction au motif que les auditions des témoins patients ont méconnu les droits de la défense et le droit à un procès équitable lors de l'enquête préalable.

4. L'application du contradictoire par la juridiction qui examine la décision de sanction

540. « L'élaboration de la plainte ne pouvant s'assimiler à une instruction pénale » il appartient à la juridiction saisie d'apprécier la valeur probante et la portée des documents qui lui sont soumis par les parties dans le cadre de la procédure juridictionnelle contradictoire qui se déroule devant elle ⁸⁴⁵. La SAS a donc toute latitude pour apprécier le respect ou non des droits de la défense, sans vérifier des conditions de forme.

541. Pour le Conseil d'Etat, les stipulations de l'article 6§1 n'exigent pas que le texte de l'exposé de l'affaire par le rapporteur lors de l'audience de la Section des assurances sociales soit préalablement communiqué aux parties ⁸⁴⁶. Cette solution est la même que pour le contentieux disciplinaire classique. En vertu de l'article 26 du décret du 26 octobre 1948 modifié relatif au fonctionnement des conseils de l'ordre des médecins, des chirurgiens-dentistes et des sages-femmes et de la Section disciplinaire, « Le président de la Section disciplinaire dirige les débats. Le rapporteur présente un exposé des faits (...) » Le rapport établi par le rapporteur désigné par le président de la Section disciplinaire

⁸⁴² CE 5 avril 2004, req. n° 236249

⁸⁴³ Section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des médecins, 26 novembre 2002, n° 3674

⁸⁴⁴ CE 6 juin 2003, req. n° 224124

⁸⁴⁵ Section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des médecins, 26 novembre 2002, n° 3674

⁸⁴⁶ CE 5 mars 2003, req. n° 230496

de ces ordres, qui consiste en un simple examen des faits et peut, d'ailleurs, ne pas être écrit, n'a pas à être nécessairement communiqué aux parties ⁸⁴⁷. Ce rapport n'est donc pas considéré comme une pièce du dossier ce qui explique le refus de le communiquer au praticien poursuivi.

542. En principe, le rapporteur procède à des mesures d'instruction ⁸⁴⁸ qui ont pour objet de vérifier la pertinence des griefs et observations des parties. Pour le Conseil d'Etat les résultats de ces mesures sont versés au dossier pour donner lieu à communication contradictoire ⁸⁴⁹. Dans le même arrêt le Conseil d'Etat refuse de soumettre au principe du contradictoire le rapport établi par le rapporteur. Ce rapport ne peut pas être communiqué aux parties préalablement à l'audience. Si le décret du 26 octobre 1948 a pu légalement prévoir que l'exposé de l'affaire à l'audience est présenté par le membre de la Section des assurances sociales désigné comme rapporteur, le texte de cet exposé, qui peut au demeurant ne pas être écrit, « n'est pas soumis au principe du contradictoire applicable à l'instruction entre les parties ». En l'espèce, « il n'est pas allégué que le rapporteur aurait communiqué avant l'audience le texte de son exposé à l'auteur de la plainte ». Par suite le requérant « n'est pas fondé à soutenir que, faute de lui avoir communiqué préalablement à l'audience le rapport du rapporteur, la Section des assurances sociales aurait méconnu les règles de procédure applicables et notamment les stipulations précitées de l'article 6§1 de la ConvEDH. »

543. Nous savons que l'expertise judiciaire est déterminante en matière médicale, notamment s'agissant des procès en responsabilité médicale. Dans ces conditions, une expertise ordonnée par le juge doit être diligentée de manière contradictoire. En effet, dans l'affaire *Mantovanelli contre France*, la Cour de Strasbourg rappelle que ⁸⁵⁰:

⁸⁴⁷ CE 9 avril 2009 Zerbib, req. n° 178894, *Rec. CE* 1999, p. 133

⁸⁴⁸ En application de l'article 23 du décret n° 48-1671 du 26 octobre 1948 relatif au fonctionnement des conseils de l'ordre des médecins, des chirurgiens-dentistes et des sages-femmes et de la Section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins.

⁸⁴⁹ CE 2 juillet 2001, req. n° 206504

⁸⁵⁰ CEDH 18 mars 1997, *Mantovanelli c. France*, *Recueil* 1997-II, n° 21497/13

le respect du contradictoire, comme celui des autres garanties de procédure consacrées par l'article 6§1 (article 6§1) vise l'instance devant un « tribunal » ; il ne peut donc être déduit de cette disposition (article 6§1) un principe général et abstrait selon lequel, lorsqu'un expert a été désigné par un tribunal, les parties doivent avoir dans tous les cas la faculté d'assister aux entretiens conduits par le premier ou de recevoir communication des pièces qu'il a prises en compte. L'essentiel est que les parties puissent participer de manière adéquate à la procédure devant le « tribunal ».

544. La Cour rappelle qu'elle a pour « pour tâche de rechercher si la procédure considérée dans son ensemble, y compris la manière dont la preuve a été administrée ». Or, les plaignants avaient « été privés de la possibilité d'interroger les personnes entendues par l'expert, de soumettre à ce dernier des observations sur les pièces examinées et les témoignages recueillis et de lui demander de se livrer à des investigations supplémentaires. Certes, le rapport d'expertise leur a ensuite été communiqué et ils auraient ainsi pu le contester devant le Tribunal administratif. Ils auraient néanmoins été empêchés de participer à armes égales à l'élaboration dudit rapport ». « Si les époux Mantovanelli auraient pu formuler, devant le Tribunal administratif, des observations sur la teneur et les conclusions du rapport litigieux après qu'il leur fut communiqué, la Cour n'est pas convaincue qu'ils avaient là une possibilité véritable de commenter efficacement celui-ci. En effet, la question à laquelle l'expert était chargé de répondre se confondait avec celle que devait trancher le tribunal : déterminer si les circonstances dans lesquelles de l'halothane avait été administré à la fille des requérants révélait une faute du C.H.R.N.⁸⁵¹ Or elle ressortissait à un domaine technique échappant à la connaissance des juges. Ainsi, bien que le Tribunal administratif ne fût pas juridiquement lié par les conclusions de l'expertise litigieuse, celles-ci étaient susceptibles d'influencer de manière prépondérante son appréciation des faits [...] Les époux Mantovanelli n'auraient pu faire entendre leur voix de manière effective qu'avant le dépôt du rapport de l'expertise en cause ».

⁸⁵¹ C.H.R.N. : Centre hospitalier régional de Namur

C. Un tribunal indépendant et impartial

En raison du droit à un tribunal indépendant et impartial, la composition irrégulière d'une instance a un impact sur la légalité de la sanction qu'elle a prise à l'encontre du médecin libéral (1). La présence de médecins-conseils lors de l'instruction et du jugement du médecin libéral est pourtant acceptée par la jurisprudence (2), tout comme les mesures d'instruction menées par un rapporteur (3).

1. Composition d'une juridiction : doute sur la légalité d'une sanction

545. La composition d'un tribunal peut faire naître des doutes sur son indépendance et son impartialité et indirectement causer l'illégalité, au regard de l'article 6§1 de la CEDH, d'une sanction prise contre un médecin libéral.

546. La question se pose lorsque le manquement d'un médecin est examiné par la SAS puis la Section disciplinaire d'un Conseil de l'ordre. Dans ce cas la décision d'une Section disciplinaire peut être entachée d'irrégularité au motif que sa composition fait naître un doute sur son indépendance et son impartialité, si les membres de la Section disciplinaire ont été conduits à juger d'accusations relatives aux mêmes faits que ceux dont ils avaient déjà apprécié le caractère fautif en tant que membres de la SAS dans le cadre d'un contentieux répressif poursuivant une finalité analogue ⁸⁵².

547. Le droit pour un praticien à la récusation d'un membre de la SAS ⁸⁵³ est particulièrement encadré puisqu'un praticien n'est pas recevable en cassation à se prévaloir de l'inimitié qui aurait existé entre un membre de cette section et lui-même pour demander l'annulation de la décision prise par elle, faute d'avoir exercé ce droit plus tôt c'est-à-dire devant la SAS du Conseil national de l'Ordre des médecins en l'absence de toute circonstance qui l'aurait empêché de le faire ⁸⁵⁴.

⁸⁵² CE 3 octobre 2003, req. n° 182743

⁸⁵³ CSP, article L. 4126-2

⁸⁵⁴ CE 19 octobre 1979, req. n° 09230 et req. n° 09702

2. La présence acceptée des médecins-conseils lors de l'instruction et du jugement du médecin libéral

548. Les médecins-conseils sont présents lors du déclenchement de poursuites mais aussi pour le jugement du médecin libéral ce qui pose un problème de garanties d'impartialité. La SAS a tranché la question en examinant la nature des contestations portées devant elle, les conditions de désignation des deux catégories d'assesseurs⁸⁵⁵ ainsi que les modalités d'exercice de leur fonction « qui les soustraient à toute subordination hiérarchique », et affirmé que « les membres de ces juridictions bénéficient de garanties leur permettant de porter en toute indépendance une appréciation sur le comportement professionnel des médecins poursuivis devant les Sections des assurances sociales »⁸⁵⁶. Si le requérant soutient que, « faute de connaître la composition de la juridiction, il n'aurait pas pu récuser certains de ses membres, il n'établit pas, ni même n'allègue que les médecins-conseils, siégeant en qualité d'assesseurs en application des dispositions précitées du Code de la sécurité sociale dans la juridiction qui a rendu la décision qu'il attaque, auraient été les auteurs ou participé au dépôt de la plainte formée devant les premiers juges ». La SAS en déduit que la présence de médecins-conseils en son sein « n'a pas porté atteinte à l'exigence d'impartialité des juridictions, rappelée par l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

549. Cette décision va dans le sens du Conseil d'Etat⁸⁵⁷ : alors même que les caisses de sécurité sociale et les médecins-conseils ont la faculté de saisir, par la voie de l'appel, la Section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes, le requérant « n'est pas fondé à soutenir que la participation à la Section des assurances sociales de deux représentants des organismes d'assurance maladie, dont il n'est pas établi ni même allégué qu'ils auraient été les auteurs ou participé au dépôt de la plainte formée devant les premiers juges par la Caisse primaire d'assurance maladie de Grenoble et le service médical près ladite caisse, ne satisfait pas à l'exigence d'indépendance et d'impartialité des juridictions rappelée par l'article 6§1 de la CEDH ». De même la circonstance que deux personnes, qui avaient siégé lors de la séance de la Section des assurances sociales au cours de laquelle la sanction infligée à un praticien avait été prise,

⁸⁵⁵ A partir des articles L. 145-6, L. 145-7, R. 145-4, R. 145-7 et R. 145-9 du Code de la sécurité sociale

⁸⁵⁶ Section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des médecins, 10 mars 2009, n° 4570

⁸⁵⁷ CE 16 juin 2000, req. n° 192966, *RJS* 2000, n° 1148

aient à nouveau pris part à la décision attaquée par laquelle cette section a rejeté la demande de ce dernier tendant à se voir accorder le bénéfice de l'amnistie pour les mêmes faits n'a pas pour effet de rendre irrégulière la composition de cette juridiction au regard du principe d'impartialité rappelé par les stipulations de l'article 6 de la CEDH ⁸⁵⁸.

550. Cette solution peut être rapprochée de l'arrêt *Commune de Rogerville* dans lequel « la seule circonstance qu'un magistrat a statué sur une demande tendant à la suspension de l'exécution d'une décision administrative n'est pas, par elle-même, de nature à faire obstacle à ce qu'il se prononce ultérieurement sur la requête en qualité de juge du principal » ⁸⁵⁹. Le Conseil d'Etat a élargi en 2002 la base juridique de sa réflexion sur l'impartialité de la formation des SAS ⁸⁶⁰ : le requérant « n'est pas fondé à soutenir que la SAS ne satisfait pas à l'exigence d'impartialité et d'indépendance des juridictions appelées à décider soit de contestations sur des droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation pénale dirigée contre une personne, rappelée au premier paragraphe de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi qu'au premier paragraphe ⁸⁶¹ de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ». En plus de la nature des contestations, des conditions de désignation des assesseurs et des modalités d'exercice de leurs fonctions, le Conseil d'Etat a souligné que « les règles générales de procédure s'opposent à ce qu'un membre d'une juridiction administrative puisse participer au jugement d'un recours relatif à une décision dont il est l'auteur et à ce que l'auteur d'une plainte puisse participer au jugement rendu à la suite du dépôt de celle-ci ».

⁸⁵⁸ CE 15 juillet 2004, req. n° 250268

⁸⁵⁹ CE 12 mai 2004 *Commune de Rogerville*, req. n° 265184

⁸⁶⁰ CE 30 janvier 2002, req. n° 203328

⁸⁶¹ D'après l'article 14 §1 du pacte international relatif aux droits civils et politiques : tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. Le huis clos peut être prononcé pendant la totalité ou une partie du procès soit dans l'intérêt des bonnes mœurs, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, soit lorsque l'intérêt de la vie privée des parties en cause l'exige, soit encore dans la mesure où le tribunal l'estimera absolument nécessaire lorsqu'en raison des circonstances particulières de l'affaire la publicité nuirait aux intérêts de la justice; cependant, tout jugement rendu en matière pénale ou civile sera public, sauf si l'intérêt de mineurs exige qu'il en soit autrement ou si le procès porte sur des différends matrimoniaux ou sur la tutelle des enfants.

3. Les mesures d'instructions menées par le rapporteur

551. L'article 23 du décret du 26 octobre 1948 prévoit qu'un des membres composant la Section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins est désigné comme rapporteur et peut procéder, dans le cadre et pour les besoins du débat contradictoire entre les parties, à des mesures d'instruction qui ont pour objet de vérifier la pertinence des griefs et observations des parties et dont les résultats sont versés au dossier pour donner lieu à communication contradictoire. De telles attributions ne diffèrent pas de celles que la formation collégiale de jugement pourrait elle-même exercer et ne confèrent pas au rapporteur le pouvoir de décider par lui-même de modifier le champ de la saisine de la juridiction.

552. Ainsi, et alors même qu'il incombe par ailleurs au rapporteur de faire à l'audience un exposé des faits consistant en une présentation de l'affaire, ces dispositions n'ont pas pour effet de lui conférer des fonctions qui feraient obstacle à sa participation au délibéré de la Section disciplinaire au regard du principe d'impartialité comme des autres stipulations de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁸⁶². La jurisprudence du Conseil d'Etat s'éloigne ici de celle de la Cour de cassation pour qui un membre de la Commission des opérations de bourse qui, dans une procédure de sanction, a été nommé rapporteur et a été chargé de procéder à l'instruction d'une affaire et à toutes investigations utiles, ne peut pas participer au délibéré⁸⁶³.

553. Le Conseil d'Etat est allé plus loin en 2003 en affirmant que « les stipulations de l'article 6§1 ne font pas obstacle à ce que participe au délibéré celui des membres composant la SAS, désigné comme rapporteur, dont les attributions ne diffèrent pas de celles que la formation collégiale de jugement pourrait elle-même exercer et qui ne peut décider par lui-même de modifier le champ de la saisine de la juridiction »⁸⁶⁴.

554. Enfin la participation du rapporteur au délibéré a été acceptée en considération de sa mission. Dans une décision de 2001, le Conseil d'Etat a rappelé qu'un des membres composant la Section des assurances sociales est désigné comme rapporteur et peut procéder, dans le cadre et pour les besoins du débat contradictoire entre les parties, à des

⁸⁶² CE 3 décembre 1999 Leriche, req. n° 195512, *Rec. CE* 1999, p. 402, *RDP* 2000, p. 349

⁸⁶³ Cass. AP 5 février 1999, req. n° 97-16440

⁸⁶⁴ CE 5 mars 2003, req. n° 230496

mesures d'instruction, de telles attributions ne différant pas de celles que la formation collégiale de jugement pourrait elle-même exercer et ne conférant pas au rapporteur le pouvoir de décider par lui-même de modifier le champ de la saisine de la juridiction. Pourtant, alors même qu'il incombe à ce rapporteur, de faire à l'audience un exposé des faits consistant en une présentation de l'affaire, l'ensemble de ces dispositions n'ont pas pour effet de lui conférer des fonctions qui, au regard du principe d'impartialité comme des autres stipulations de l'article 6§1 de la ConvEDH, feraient obstacle à sa participation au délibéré de la Section des assurances sociales⁸⁶⁵. Le Conseil d'Etat applique au contentieux du contrôle technique le décret de 1948 initialement prévu pour le contentieux disciplinaire classique et qui prévoyait qu'un des membres composant la Section des assurances sociales est désigné comme rapporteur⁸⁶⁶. Pour le Conseil d'Etat les attributions du rapporteur ne lui permettent pas de décider par lui-même de modifier le champ de la saisine de la juridiction. Alors qu'il incombe par ailleurs au rapporteur d'exposer à l'audience les faits consistant en une présentation de l'affaire⁸⁶⁷, « l'ensemble de ces dispositions n'ont pas pour effet de lui conférer des fonctions qui, au regard du principe d'impartialité comme des autres stipulations de l'article 6§1 de la ConvEDH, feraient obstacle à sa participation au délibéré de la Section des assurances sociales ».

555. La CEDH s'est aussi prononcée sur cette question. Dans l'arrêt *Diennet contre France*⁸⁶⁸, le requérant mettait en doute l'impartialité de la Section des assurances sociales : trois de ses sept membres - dont le rapporteur – avaient déjà connu de l'affaire en appel et la seconde décision était quasiment identique à la première. Or selon la Cour, « on ne peut voir un motif de suspicion légitime dans la circonstance que trois des sept membres de la Section disciplinaire ont pris part à la première décision ». Dans l'exposé de son opinion dissidente le juge Morenilla affirme que la décision *Diennet contre France* est contraire à la notion d'impartialité dite objective, combinée avec la théorie des apparences. Cette théorie a déjà été développée par la CEDH et pourrait être le fondement d'un recours contre une décision d'une Section des assurances sociales. Dans l'arrêt *Piersack contre*

⁸⁶⁵ CE 2 juillet 2001, req. n° 206504

⁸⁶⁶ En application du 4^{ème} alinéa de l'article 23 du décret n° 48-1671 du 26 octobre 1948 relatif au fonctionnement des conseils de l'ordre des médecins, des chirurgiens-dentistes et des sages-femmes et de la Section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins.

⁸⁶⁷ En application de l'article 26 du décret du 26 octobre 1948

⁸⁶⁸ CEDH 26 septembre 1995, *Diennet c. France*, n° 18160/91

*Belgique*⁸⁶⁹, la CEDH analyse les motifs possibles d'impartialité : on peut distinguer une démarche subjective, « essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance », et une démarche objective « amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime ». La démarche subjective peut prendre en compte les apparences. La CEDH en déduit que tout juge doit se récuser si on peut légitimement craindre son manque d'impartialité. « Il y va de la confiance que les tribunaux se doivent d'inspirer aux justiciables dans une société démocratique ». Dans l'affaire *Diennet contre France*, le juge Morenilla arrive à la conclusion que les circonstances soient analysées « du point de vue subjectif de l'attitude des juges devant une affaire qu'ils ont déjà examinée et décidée auparavant », ou qu'elles soient considérées sous un angle objectif, « celui de la justification des craintes du requérant devant les apparences de partialité d'un organe dont trois membres sur sept l'avaient déjà jugé et condamné ». Le juge conclut en affirmant que l'interprétation de l'article 6§1 dans l'arrêt *Diennet contre France* rend plus incertaine la jurisprudence de la CEDH sur la détermination de cet élément essentiel du procès équitable.

D. La motivation d'une décision juridictionnelle

556. La CEDH a eu, à plusieurs reprises, l'occasion de sanctionner des décisions insuffisamment motivées, faisant de l'exigence de motivation une composante essentielle du droit à un procès équitable. Envisagée comme une garantie fondamentale des droits du justiciable, la motivation des décisions de justice permet à celui-ci de mieux comprendre les raisons qui ont guidé le juge dans le choix de la solution. En effet, le droit à un procès équitable ne peut passer pour effectif que si ces observations sont vraiment « entendues », c'est-à-dire dûment examinées par le tribunal saisi. Autrement dit, l'article 6 implique notamment, à la charge du « tribunal », l'obligation de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties »⁸⁷⁰. Le juge doit ainsi expliquer sa position et opérer une distinction entre le raisonnement développé par les parties. L'absence de toute motivation amènerait à conclure à la violation de l'article 6§1⁸⁷¹.

⁸⁶⁹ CEDH 1^{er} octobre 1982, *Piersack c. Belgique*, n° 8692/79

⁸⁷⁰ CEDH 21 mars 2000, *Dulaurans c. France*, n° 34553/97

⁸⁷¹ CEDH 21 mars 2000, *Dulaurans c. France*, n° 34553/97

557. Si l'article 6§1 implique notamment, pour le juge l'obligation de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties, sauf à en apprécier la pertinence pour la décision à rendre, cette exigence « ne peut se comprendre comme exigeant une réponse détaillée à chaque argument. De même, la Cour européenne n'est pas appelée à rechercher si les arguments ont été adéquatement traités »⁸⁷². La Cour de Strasbourg précisa dans l'affaire *Jokela contre Finlande* que le défaut de motivation s'apprécie au regard de chaque cas d'espèce⁸⁷³.

558. Dans le même esprit, la motivation d'une décision juridictionnelle relevant du juge administratif est contrôlée par le Conseil d'Etat. S'il appartient à la SAS d'apprécier souverainement les faits qu'elle retient à l'encontre d'un praticien, elle doit relever ces faits avec suffisamment de précision pour permettre au Conseil d'Etat, juge de cassation, d'exercer le contrôle de légalité qui lui appartient. Par exemple, la SAS du Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes a insuffisamment motivé une sanction en indiquant que l'intéressé a exécuté des actes de qualité non conforme aux données actuelles de la science, sans se référer expressément à aucun des cas précis soumis à son examen⁸⁷⁴.

559. Cette règle a pourtant été nuancée par la jurisprudence, puisque cette obligation de motivation ne semble pas imposée à peine de nullité. Pour la Cour de cassation, un tribunal ne peut annuler une décision d'une Caisse relative au remboursement d'une somme indue « simplement pour défaut de motivation, sans statuer sur le bien-fondé de la créance et trancher le litige conformément à son objet »⁸⁷⁵. Cela revient à dire que le contrôle de légalité interne relève de la compétence de l'autorité de tutelle et non celle de la juridiction de Sécurité sociale.

560. La motivation des décisions de sanctions est une exigence d'autant plus importante que les Caisses de sécurité sociale s'appuient souvent sur des avis et l'enjeu est de savoir dans quelle mesure elles sont liées par ces avis. En réalité les Caisses semblent considérer que les avis rendus par le service du contrôle médical portant sur l'attribution et le service de prestations s'imposent à elles et qu'elles sont tenues de notifier au

⁸⁷² CEDH 19 avril 1994, Van de Hurk c. Pays-Bas, Série A, n° 288, n° 16034/90

⁸⁷³ CEDH 21 mai 2002, Jokela c. Finlande, *Recueil* 2002-IV, n° 228856/95

⁸⁷⁴ CE 15 décembre 1993, req. n° 129277

⁸⁷⁵ Soc. 11 mai 2000, req. n° 98-21.755, *Bull.* 2000 V n°178 p. 137

professionnel concerné les observations du service du contrôle médical dans leur intégralité en s'abstenant de tout commentaire ⁸⁷⁶.

§2. LES EXIGENCES NON RESPECTEES

Les exigences qui posent encore problème sont essentiellement celles liées à la présomption d'innocence (A) et à la durée de la procédure (B).

A. La présomption d'innocence

561. La mise en place d'un contrôle à partir d'un profil statistique de fraudeur doit être examinée au respect du droit à la présomption d'innocence énoncée à l'article 11 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DDHC) de 1948 de l'ONU ⁸⁷⁷ ainsi qu'à l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (DDHC) ⁸⁷⁸ et à l'article 9-1 du Code civil ⁸⁷⁹. Les fondements juridiques de ce principe sont solides puisque le Conseil constitutionnel lui a reconnu une valeur constitutionnelle ⁸⁸⁰ et la CEDH la valeur de droit fondamental ⁸⁸¹.

562. Le Code de procédure pénale peut être une source d'inspiration pour la mise en œuvre effective de ce droit. En procédure pénale, il est interdit de présenter publiquement

⁸⁷⁶ CA Colmar, Chambre sociale, 11 décembre 2008, req. n° 07/01338

⁸⁷⁷ DUDH, article 11 : Toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées. Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'acte délictueux a été commis.

⁸⁷⁸ DDHC, article 9 : Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi.

⁸⁷⁹ Code civil, article 9-1 : Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence.

Lorsqu'une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme étant coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, le juge peut, même en référé, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué, aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence, et ce aux frais de la personne, physique ou morale, responsable de cette atteinte.

⁸⁸⁰ De manière implicite (CC n° 79-109 DC, 9 janvier 1980) puis explicite dans ses décisions des CC n° 80-127, 20 janvier 1981 puis CC n° 89-258, 8 juillet 1989.

⁸⁸¹ CEDH 25 mars 1983 Minelli contre Suisse, Serie A62, (paragraphe 34)

comme coupable une personne faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction⁸⁸². D'après ce principe en matière pénale, toute personne poursuivie est considérée comme innocente des faits qui lui sont reprochés, tant qu'elle n'a pas été déclarée coupable par la juridiction compétente.

563. Le contrôle d'un médecin à partir des résultats d'un « camembert » statistique pose problème car le nombre de prescriptions – et non leur qualité – est l'élément déclencheur. Dans ce contexte, le raccourci entre statistique et culpabilité est facilité puisque le médecin se retrouve dans le collimateur du service du contrôle médical et de la Caisse primaire d'assurance maladie. Une fois la barrière statistique franchie, le médecin semble moins innocent que ses confrères. Les méthodes de détection des fraudes -malgré leurs bonnes intentions- et le choix des médecins contrôlés contreviennent à la présomption d'innocence et devraient être repensées afin d'intégrer des critères réalistes de détection d'une fraude, comme par exemple le lieu d'exercice du médecin.

B. La durée de la procédure

D'après l'article 6§1 alinéa 1 de la Convention européenne des droits de l'homme⁸⁸³, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue dans un délai raisonnable. En l'état actuel de la jurisprudence, la durée excessive de la procédure ne peut entraîner la nullité d'une procédure, mais permet, sous l'influence de la CEDH (A), d'engager la responsabilité de l'Etat (B).

1. La responsabilité de l'Etat pour durée excessive de la procédure sous l'influence de la CEDH

564. Dans l'arrêt *Duclos contre France*⁸⁸⁴ la CEDH rappelle que, d'après l'article R. 142-17 du Code de la sécurité sociale, la procédure devant les TASS obéit aux dispositions du livre premier du nouveau Code de procédure civile, notamment à celles de l'article 3 de ce dernier Code et que le caractère raisonnable de la durée de l'instance doit

⁸⁸² Loi n° 93-1013 du 24 août 1993, article 44, remplacé par une nouvelle rédaction issue de l'article 91 de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000

⁸⁸³ Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée à Rome le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur le 3 novembre 1953

⁸⁸⁴ CEDH 17 décembre 1996, *Duclos c. France*, n° 20940/92

être apprécié de la même manière devant les juridictions de sécurité sociale et devant les juridictions civiles de droit commun.

565. Dans l'arrêt *Kudla* de 2000⁸⁸⁵ la CEDH a recherché si la question de savoir « si le requérant dans une affaire donnée a pu faire statuer dans un délai raisonnable sur une contestation relative à des droits ou obligations de caractère civil ou sur une accusation en matière pénale est juridiquement distincte de celle de savoir s'il disposait, en droit interne, d'un recours effectif pour se plaindre à cet égard ». Par un revirement de jurisprudence la CEDH conclut à la nécessité d'examiner le grief fondé par le requérant sur l'article 13 considéré isolément, nonobstant le fait qu'elle a déjà conclu à la violation de l'article 6§1 pour manquement à l'obligation d'assurer à l'intéressé un procès dans un délai raisonnable. La fréquence croissante des constats de violation de ce droit a amené la Cour à attirer l'attention sur le danger important que la « lenteur excessive de la justice » représente pour l'Etat de droit dans les ordres juridiques nationaux « lorsque les justiciables ne disposent, à cet égard, d'aucune voie de recours interne ». L'article 6§1 de la Convention « oblige les Etats contractants à organiser leurs juridictions de manière à leur permettre de répondre aux exigences de cette disposition » et souligne « l'importance qui s'attache à ce que la justice ne soit pas administrée avec des retards propres à compromettre l'efficacité et la crédibilité »⁸⁸⁶.

La jurisprudence de la Cour européenne a été appliquée par le Conseil d'Etat, et a permis la mise en place d'un régime de responsabilité de l'Etat pour durée excessive de la procédure.

2. La prise en compte de la jurisprudence de la CEDH en droit français

566. La durée excessive de la procédure peut entraîner la responsabilité de l'Etat dans le droit fil de la décision *Darmont* de 1978. Cette décision a mis fin au régime d'irresponsabilité de la puissance publique en affirmant qu'une faute lourde commise dans l'exercice de la fonction juridictionnelle par une juridiction administrative est susceptible d'ouvrir droit à indemnité en vertu des principes généraux régissant la responsabilité de la puissance publique mais que l'autorité qui s'attache à la chose jugée s'oppose à la mise en jeu de cette responsabilité, dans le cas où la faute lourde alléguée résulterait du contenu

⁸⁸⁵ CEDH 26 octobre 2000, *Kudla* c. Pologne, n° 30210/96, (paragraphe 147)

⁸⁸⁶ CEDH 28 juillet 1999, *Bottazzi* c. Italie, n° 34884/97 (paragraphe 22), n° 34884/97

même de la décision juridictionnelle et où cette décision serait devenue définitive⁸⁸⁷. Ce régime de responsabilité a été élargi avec l'arrêt *Magiera* qui instaure un régime de responsabilité pour faute simple de l'Etat en cas de durée excessive de la procédure⁸⁸⁸. Pour le Conseil d'Etat l'action doit permettre la réparation de l'ensemble des dommages tant matériels que moraux, directs et certains, qui ont pu lui être causés et dont la réparation ne se trouve pas assurée par la décision rendue sur le litige principal. « La perte d'un avantage ou d'une chance ou encore par la reconnaissance tardive d'un droit » provoqués par la durée abusivement longue d'une procédure peuvent ainsi trouver réparation, ainsi que les désagréments provoqués par la durée abusivement longue d'une procédure « lorsque ceux-ci ont un caractère réel et vont au-delà des préoccupations habituellement causées par un procès, compte tenu notamment de la situation personnelle de l'intéressé ».

567. La France a été condamnée en 2006 en raison de la durée excessive de la procédure de sanction d'un masseur-kinésithérapeute menée par la Caisse primaire d'assurance maladie⁸⁸⁹. En l'espèce la plainte avait été déposée en 1995 par le directeur de la CPAM de Roubaix et le médecin-conseil près ladite caisse auprès du Conseil régional de l'Ordre des médecins. Le fondement de cette plainte était l'article 16 de la nomenclature générale des actes professionnels⁸⁹⁰ relatif à la visite unique pour plusieurs malades⁸⁹¹. Cette procédure amorcée en 1995 s'est achevée en 2003. Le grief de la durée déraisonnable n'étant pas manifestement pas mal fondé, la CEDH rappelle que « le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie suivant les circonstances de la cause et eu égard aux critères consacrés par la jurisprudence, en particulier la complexité de l'affaire, le

⁸⁸⁷ CE Ass. 29 décembre 1978 Darmont, *Rec.* p. 542 ; *A.J.D.A.* 1979, n° 11, p. 45, note M. LOMBARD; *D.* 1979, *Jur. P.* 279, note M. VASSEUR ; *RD publ.* 1979, p. 1742, note J.-M. AUBY

⁸⁸⁸ CE Ass. 28 juin 2002 Garde des Sceaux, ministre de la Justice c. *Magiera*, req. n° 239575, *A.J.D.A.* 2002, p. 596, chron. F. DONNAT et D. CASAS ; *RFDA* 2002, p 756, concl. F. LAMY

⁸⁸⁹ CEDH 16 juin 2006, Clément c. France, n° 37876/02

⁸⁹⁰ En 1995 la nomenclature générale des actes professionnels (NGAP) en vigueur avait été approuvée par l'arrêté du 6 août 1991 modifiant la Nomenclature générale des actes professionnels des médecins, des chirurgiens-dentistes, des sages-femmes et des auxiliaires médicaux. En février 2010, la NGAP en vigueur est celle issue de l'arrêté du 11 décembre 2008 portant modification de la nomenclature générale des actes professionnels des médecins, des chirurgiens-dentistes, des sages-femmes et des auxiliaires médicaux

⁸⁹¹ D'après l'article 16 de la NGAP, lorsque le praticien visite à domicile plusieurs malades de la même famille habitant ensemble, seul le premier acte est compté pour une visite. Les suivants sont considérés comme des consultations, il ne peut être compté plus de deux consultations en sus de la première visite. Les soins donnés à chaque malade doivent être notés sur une feuille de maladie spéciale à ce malade.

comportement du requérant et celui des autorités compétentes ainsi que l'enjeu du litige pour les intéressés ».

568. La question se pose de la responsabilité de l'Etat pour non-publicité de l'audience ou au contraire pour refus de secret de l'audience, dans le droit fil de la décision *Darmont* de 1978 qui a mis fin au régime d'irresponsabilité de l'Etat⁸⁹² et de la décision *Magiera* de 2002 qui a permis d'engager la responsabilité de l'Etat pour faute simple en cas de durée excessive de la procédure. Dans un autre domaine, lorsque la méconnaissance du droit à un délai raisonnable de jugement a causé un préjudice à des requérants, ceux-ci peuvent obtenir « la réparation du dommage ainsi causé par le fonctionnement défectueux du service public de la justice ». L'application de ce régime de responsabilité avait été demandé dans ses conclusions par le commissaire du gouvernement Lamy : le « fonctionnement défectueux de la justice, lorsqu'il touche à l'administration des procédures juridictionnelles -l'information des parties, la communication des pièces, le jugement des affaires dans un délai raisonnable -, doit engager la responsabilité de l'Etat de ce seul fait, du seul fait d'une faute simple »⁸⁹³. Les conditions de mise en œuvre du régime de responsabilité permettent d'envisager son application en cas de refus de huis-clos d'une audience.

569. Enfin, pour la Section des assurances sociales, « la durée alléguée excessive de la procédure devant la Section des assurances sociales du Conseil régional de l'Ordre des médecins ne saurait entraîner sa nullité »⁸⁹⁴.

⁸⁹² CE Ass. 29 décembre 1978 *Darmont*, *Rec.* p. 542 ; *A.J.D.A.* 1979, n° 11, p. 45, note M. LOMBARD ; *D.* 1979, *Jur. P.* 279, note M. VASSEUR ; *RD publ.* 1979, p. 1742, note J.-M. AUBY

⁸⁹³ F. LAMY, « La responsabilité de l'Etat pour faute simple en raison du retard de la justice administrative », (Concl. sur CE Ass. 28 juin 2002 *Ministre de la Justice c. Magiera*, req. n° 239575), *RFDA* 2002, p. 756

⁸⁹⁴ Section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des médecins, 7 avril 2009, n° 4291

CONCLUSION CHAPITRE II

570. L'examen de la défense du médecin libéral pendant la phase contentieuse fait apparaître que des règles de fond font défaut au médecin libéral (principe *non bis in idem*, absence de contrôle de proportionnalité d'une sanction). Les droits procéduraux vont cependant vers plus de justice dans la mesure où la jurisprudence vise la garantie effective de ces droits. Les exigences du droit à un procès équitable s'imposent à tous les stades de la procédure de sanction d'un médecin libéral, mais posent particulièrement problème pour le respect de la présomption d'innocence et le délai raisonnable de jugement.

CONCLUSION TITRE II

571. Au cœur des relations entre médecins libéraux et assurance maladie, les libertés fondamentales apparaissent comme des règles protectrices permettant de fonder la légalité et la légitimité d'une sanction, dans la perspective plus large de mieux maîtriser les dépenses de santé. Le respect des droits de la défense exige de véritables actions en ce sens comme l'information du médecin libéral ou l'intervention d'un avocat, mais aussi des décisions motivées qui puissent être comprises et éventuellement contestées. Sous l'influence de la CEDH, l'indépendance et l'impartialité des autorités de sanctions en sont aussi devenues des conditions de légalité.

CONCLUSION PARTIE II

572. La poursuite et la répression du médecin libéral sont en théorie organisées afin de permettre le respect des libertés fondamentales. Pourtant de nombreuses lacunes laissent le médecin démuni face au service public de sécurité sociale et peuvent lui donner l'apparence d'un système inique. Les règles protectrices sont pourtant là, mais devraient semble-t-il être renforcées par des éléments concrets et précis de droit, la première étape étant l'information du médecin libéral sur ses droits et sur la procédure qui l'attend.

CONCLUSION GENERALE

573. La légitimité de toute norme, dans un Etat démocratique, provient d'un consentement plus ou moins direct à celle-ci. Le cas échéant, la force obligatoire de la convention médicale procède d'une rencontre supposée entre les volontés des médecins et du Service Public : le contrat, du latin *convenire*, a bien pour prérequis d' « être d'accord ».

Or, dans le cas de la convention médicale, l'entente matricielle des parties est viciée. Le choix d'être conventionné, pour un médecin, n'est même pas le produit d'un dilemme, car l'option du non-conventionnement, dans l'écrasante majorité des cas, n'apparaît pas viable : parler de consentement libre et éclairé dans de telles conditions semble inapproprié.

574. Attiré dans l'influence du service public, le médecin libéral est ensuite soumis à des dispositifs de contrôle en marge du droit. Ce système garantit la soumission, voire la docilité du soignant libéral, sans doute dans le but louable de maîtriser la dépense sociale. « Cela commence par une déclaration d'amour pour l'humanité, et finit en bain de sang », commente sans doute avec exagération l'utrabérale Ayn Rand dans La Source Vive (1948).

575. Les conséquences d'un tel traitement infligé au médecin libéral seraient doubles, et dépasseraient le champ du juridique.

En premier lieu, le traitement infligé au médecin libéral alimenterait des pulsions séditionnelles, grandissantes au sein de la profession. L'idée de la révolte du riche s'inscrit assurément dans l'air du temps. En 1969, John Huston réalisait Promenade avec l'amour et la mort et retraçait les jacqueries, insurrections fiscales des serfs, perdants du féodalisme. Aujourd'hui, l'industrie du cinéma prépare pour 2011 l'adaptation de la Révolte d'Atlas, ouvrage anarcho-capitaliste qui annonce le soulèvement des classes dirigeantes et leur désertion prochaine, avec pour conséquence l'effondrement du monde civilisé. L'idée peut séduire, inspire un certain héroïsme nietzschéen, mais reste irréaliste : la révolte est un dernier ressort, un sursaut du désespoir. Comme l'avait expliqué Camus : « le révolté veut tout, s'identifier totalement à ce bien dont il a pris conscience – ou rien, c'est-à-dire se retrouver définitivement déchu par la force qui le domine. Il peut accepter cette déchéance dernière qu'est la mort s'il doit être privé de sa liberté. Plutôt mourir debout que de vivre à genoux » (l'Homme révolté). On voit mal une profession aisée accepter un tel abandon, si forte est l'inertie et la volonté de conserver une position en fin de compte dominante dans la pyramide sociale. Solal, personnage central de l'œuvre d'Albert Cohen, résume le tout

avec trivialité mais justesse : « la loyauté est signe de l'appartenance à la classe des puissants (...). Les privilégiés ont du fric, pourquoi ne seraient-ils pas loyaux ? » (Belle du seigneur).

576. Ainsi, cet état de fait n'aboutit sans doute pas à la dissidence des médecins libéraux. L'issue du problème reste plus discrète, et consiste en une différenciation sans cesse croissante entre praticiens conventionnés et non-conventionnés, les uns destinés à la majorité, les autres réservés à une élite. Déjà bien établi, ce phénomène pourrait s'accroître, et prolonger ainsi un mouvement entamé au XVIII^{ème} siècle. Avec le Miasme et la jonquille, Alain Corbin avait décrit comment la noblesse se distinguait petit-à-petit par l'hygiène, et flattait d'une odeur différente du petit peuple. Aujourd'hui encore, le souci de soi et de sa santé constituerait la réelle fracture sociale. L'Etat providence pourra-t-il relever ce défi ?

BIBLIOGRAPHIE

I. MANUELS ET OUVRAGES GENERAUX

ABALLEA Pierre, BARTOLI Fabienne, ESLOUS Laurence et YENI Isabelle, Membres de l'Inspection Générale des Affaires Sociales, Rapport n° RM 2007-054P, Avril 2007

BENTHAM Jeremy, *Déontologie ou science de la morale*, Encre marine, 1834

BOYER Laurent, *Adages du droit français*, Litec, 2004, pp. 534-535

BOURDIEU Pierre, *La noblesse d'Etat*, Editions de minuit, 1991

BUZZATI Dino, Le K, coll. Pocket. Traduit de l'italien par Jacqueline Remillet, Laffont, 1995, 448p

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, 7ème édition, 1998, 899p

Définition d'un nouveau modèle de la médecine libérale, Mission confiée au Docteur Michel LEGMANN, Président du Conseil national de l'Ordre des médecins, avril 2010, 46p

DEGOFTE Michel, *Droit de la sanction non pénale*, Paris, Economica, 2000, 375p

DESMOULIN Gil, *Finances publiques de l'Etat*, Edition Vuibert, 2008, 249p

DE LAUBADERE André, MODERNE Franck, DELVOLVE Pierre, *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2ème édition, 1983, tome 2

Dictionnaire du vocabulaire juridique, 2ème édition, Litec 2004, 402p

DORMONT Brigitte et SAMSON Anne-Laure, *Démographie médicale et carrières des médecins généralistes :les inégalités entre générations*, Rapport de l'INSEE, Janvier 2009, n° 414

DUPEYROUX Jean-Jacques, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 13e édition, 1998, n° 326

FOUCAULT Michel, *Surveiller et Punir*, Gallimard, réed. 2006

LAGARDE Xavier , *Ouvrage Collectif*, Droit Processuel, Dalloz, 2ème Ed

GUINCHARD Serge, *Le procès équitable*, Cinquantième anniversaire de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Bruylant, 2002, p. 186

PICARD Max, *L'homme du néant*, coll. cahiers du Rhône, Editions de la Baconnière, 1947

Rapport public annuel de la Cour de cassation, La documentation française, 2001, 698p ;
Rapport public annuel de la Cour des comptes, Documentation française, février 2010, 903p

ROUSSEAU Jean-Jacques, *La Nouvelle Héloïse*, ed. René Pomeau, Paris, 1960

WOOG Jean-Claude., *Pratique Professionnelle de l'avocat*, Litec, 3ème éd.

II. ARTICLES

AMBROISE-THOMAS Pierre, « La démographie médicale, Prévoir et maîtriser son évolution. Assurer une meilleure répartition de l'offre de soins sur l'ensemble du territoire national », *Rapport de l'Académie nationale de médecine au nom de sa commission XVI (Exercice médical en milieu libéral)* adopté le 17 février 2009

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national », *RFDA* 2002, p. 124

BECHERAOUI Doreid, « Le contentieux de la confusion des peines », *Revue de science criminelle* 2002, p. 531

BLEHAUT-DUBOIS Valérie, « A l'école des chartes », *A.J.D.A.* 2004, p 2431

CAHEN Juliette, « De la liberté de prescription des médecins à l'hôpital en dehors du cadre des autorisations de mise sur le marché des médicaments », *Revue de droit sanitaire et social* 2008, p. 96

CHACORNAC Jérôme, « Le risque comme résultat dans les infractions de mise en danger : les limites de la distinction des infractions matérielles et formelles », *Revue de science criminelle* 2008, p. 849

DEBUY Mélanie, « La fraude à la loi », *Etude de droit public français, RFDA* 2009 p. 243

DE KERGUENEC Yann, « Vers un secteur optionnel de conventionnement des médecins libéraux ? », *Lamy Droit de la santé*, décembre 2009, n° 91

DUBOUIS Louis, « Le contentieux administratif des rapports entre les médecins et la sécurité sociale », *EDCE* n° 32, 1980-1981, p. 80.

DUBOUIS Louis, « La cinquième convention nationale médicale : la crise du système conventionnel », *Revue de droit sanitaire et social* 1990, p. 310

DUBOUIS Louis, « Le statut constitutionnel des conventions nationales de sécurité sociale », *Revue de droit sanitaire et social* 1990

CHACORNAC Jérôme, « Le risque comme résultat dans les infractions de mise en danger : les limites de la distinction des infractions matérielles et formelles », *Revue de science criminelle* 2008, p 849

CLAVERANNE Jean-Pierre et CALLU Marie-France, « Pratiques médicales et nomenclature des actes médicaux : du mal usage à l'escroquerie », *RDSS* 2008, p. 108

DEL SOL Marion, « Médecine libérale et permanence des soins de ville », *RDS* 2004 p. 261

DEL SOL Marion, « La légalisation du redressement par sondage... ou le recul de la taxation sur des bases réelles », *La Semaine Juridique - Social* n° 10, 4 mars 2008

FOUQUET Olivier, « Sanction des erreurs commises dans la procédure d'imposition », *R.J.F.* 1991, mars, Conclusions, p. 156

GINON Anne-Sophie, « Le médecin traitant, révélateur des nouvelles fonctions de la protection sociale complémentaire », *Revue de droit sanitaire et social* 2005 p. 907

HARICHAUX Michèle, « Vers un tournant de la médecine libérale en France ? », *Revue de droit sanitaire et social* 1994, p. 226

HARICHAUX Michèle, « Les droits du malade à l'épreuve des obligations du malade

assuré social », *RDS* 2006, p. 109

HARICHAUX Michèle, « Responsabilité du médecin, art. 1382 à 1386 », *Juris-Classeur Santé*, fasc. 440-5

JORNET Francisco, « Le droit applicable à l'installation des professionnels de santé libéraux sur un territoire », *Revue de droit sanitaire et social* 2009, p. 108

LAMY Francis, « La responsabilité de l'Etat pour faute simple en raison du retard de la justice administrative », (Concl. sur CE Ass. 28 juin 2002 *Ministre de la Justice c. Magiera*, req. n° 239575), *RFDA* 2002, p. 756

LENORMAND Franck, « Le Système d'information de l'assurance maladie, le SNIIR-AM et les échantillons de bénéficiaires », *Courrier des statistiques*, mars-juin 2005, n° 113-114, p. 34

LOKIEC Pierre, « La contestation du formulaire de déclaration de choix du médecin traitant devant le Conseil d'Etat », *Revue de droit sanitaire et social* 2005, p. 927

LORIT Bruno, « Sanctions tarifaires contre les médecins : le renforcement des procédures à disposition des caisses », *Lamy Droit de la santé*, février 2010, n° 93

MARKUS Jean-Paul, « La faute du médecin et les bonnes pratiques médicales », *A.J.D.A.* 2005, p. 1008

MARKUS Jean-Paul, « La refonte de la procédure disciplinaire devant les ordres des professions de santé », *Revue de droit sanitaire et social* 2007 p. 651

MARTIN LAPRADE Bruno, « Application des pénalités pour mauvaise foi », *R.J.F.* juin 1979, Etudes et doctrine, p. 192

MINE Michel, « Discriminations : une transposition laborieuse... Loi n° 2008-496, 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations », *Revue de droit du travail* 2008, p. 532

MORDEFROY Laurent, « Option conventionnelle : nouvelles relations entre caisses, médecins et patients », *Revue de droit sanitaire et social* 1999, p. 1527

MORET-BAILLY Joël, « La loi HPST et l'accès aux soins », *Revue de droit sanitaire et social* 2009, p. 820

MOURGEON Jacques, « La répression administrative », *LGDJ* 1967, p. 302

PELLET Rémi, « Assurance maladie et territoires », *Revue de droit sanitaire et social* 2009, p. 38

J. PENNEAU, « La prescription médicale », in *La responsabilité civile du médecin*, *PUAM* 1993, p. 29

PRALUS-DUPUY Joëlle, « les tendances contemporaines de la répression disciplinaire », *Revue de science criminelle* 2000, p. 545

PRETOT Xavier, « L'évolution du régime juridique des conventions médicales : du contrat doué d'effets réglementaires au règlement à élaboration concertée », *Dr. Soc.* 1997.845

PRETOT Xavier, « Le juge du contentieux doit veiller au respect du principe de l'oralité des débats », *D.* 2004 p. 2617

REBECQ Geneviève, « Le parcours de soins institué par la loi du 13 août 2004, cinq ans après », *Revue de droit sanitaire et social* 2009, p. 610

TAVERNIER Paul, « La CEDH et la distinction droit public- droit privé », in *Mélanges*

Marc-André Eissen, Bruylant, 1995, p. 404

TREPREAU Maurice, « Les nouvelles relations entre l'Etat et l'assurance maladie : le cadre institutionnel de la politique de gestion du risque », *Revue de droit sanitaire et social* 2009, p. 1100

VINCENT Pierre, « La compétence juridictionnelle en matière de responsabilité du service du contrôle médical », Concl sur CAA Nancy 25 mai 2000 M. Jean-Jacques Didier, *Revue de droit sanitaire et social* 2000, p. 799

III. Chroniques, notes et conclusions

AUSTRY Stéphane, Concl. sur CE Sect. 22 novembre 2000, Sté L. et P. Publicité SARL, à publier au *Lebon* ; *RFDA* 2001, p. 872

BACQUET Alain, Concl sur CE 9 octobre 1981, *A.J.D.A.* 1982, p 364

GIRARDOT Thierry et RAYNAUD Fabien, Chron. CE Sect. 3 novembre 1997, Société Million et Marais, *Lebon* p. 406; *A.J.D.A.* 1997, p. 945,

LE CHATELIER, Concl sur CE 17 décembre 1993, *A.J.D.A.* 1994

ROUAULT Marie-Christine, Note sur CE Sect. 22 novembre 2000, Sté L. et P. Publicité SARL, *A.J.D.A.* 2001, p. 198

TIBERGHIE Frédéric et LASSERRE Bruno, Concl sur CE 9 octobre 1981, *A.J.D.A.* 1982, p. 357

VINCENT Pierre, Concl sur CAA Nancy 25 mai 2000, M. Jean-Jacques Didier, « La compétence juridictionnelle en matière de responsabilité du service du contrôle médical », *Revue de droit sanitaire et social* 2000, p. 799

IV. Traités et conventions

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 3 novembre 1953 et ratifiée par la France le 3 mai 1974

Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) adopté à New-York le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 2200 A (XXI) et entré en vigueur le 23 mars 1976

Protocole n°7 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signé à Strasbourg le 22 octobre 1984 et ratifié par la France le 1er novembre 1988

Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes

V. Circulaires

Circulaire CNAMTS, 15 janvier 1997, Ref : CABDIR n° 2/97

Circulaire CNAMTS, 8 février 1999, Ref. : CABDIR n° 1/99

Circulaire CNAMTS, 18 août 2005, Ref : 83/2005

Circulaire CNAMTS, 20 juin 2006, Ref : 30/2006

Circulaire CNAMTS, 13 juin 2007, Ref : Cir-25/2007

VI. Index de la jurisprudence

§1 – Jurisprudence administrative

A. CONSEIL D'ETAT

1906

CE 28 décembre 1906 Syndicat des patrons coiffeurs de limoges, *Rec.* 977, concl. Romieu, S. 1907 ; *RDP* 1907.25, note Jèze

1913

CE 20 juin 1913 Tery, *Rec.* p. 736

1936

CE 7 février 1936 Jamart, *Leb.* p. 172, *GAJA* n° 52

1939

CE 16 janvier 1976 Gate, *Lebon* p. 39

1943

CE Ass. 2 avril 1943 Bouguen, req. n° 72210, *Lebon* p 86, *GAJA*

1948

CE Ass. 27 février 1948 Soc. des laboratoires du Boc, 2ème espèce, *Rec.* 101

1950

CE 27 janvier 1950, Billard, *Rec.* 58

1951

CE 9 mars 1951 Société des concerts du conservatoire, *Rec.* p. 151

1952

CE 28 novembre 1952 Mme Lefranc, *Rec.* p. 534

1953

CE 1^{er} juin 1953 Beloeuvre, *Rec.* CE 1953, p. 255

1957

CE 17 juillet 1957, *RPDA* 1957 n° 341

1959

CE 1er juillet 1959 Sieur Piard, *Lebon* p. 413-414

1960

CE 24 juin 1960 Société Frampar, *Rec.* 412, concl. HEUMANN ; *R.D.P.* 1960

1961

CE 13 janvier 1961, req. n° 43548, p. 33

CE 15 février 1961 Caisse primaire de sécurité sociale du Gard, *Lebon* 127

1965

CE 7 juillet 1965 Fédération nationale des transports routiers, *Rec.* CE 1965, p. 413

1966

CE 18 novembre 1966 Chabaud, req. n° 66417

1967

CE 3 novembre 1967, req. n° 67822

1968

CE31 janvier 1968 Caisse Primaire de Sécurité Sociale de la région parisienne, req. n° 71191

CE 3 juillet 1968, req. n° 72156

1971

CE Sect. 14 mai 1971 Mme Morlet, *Rec.* p. 364

CE 9 juin 1971 Lefort, *Rec.* 438

1974

CE 2 octobre 1974 Sieur Chung-Seh-Tung, req. n° 90298

CE 18 octobre 1974, Confédération nationale des auxiliaires médicaux et paramédicaux et autres, *Rec.* p 495 ; *A.J.D.A.* 1974.535, chron. Franc et Boyon ; *Dr. Soc.* 1975.335, note MODERN

1976

CE 16 janvier 1976 Gate, *Lebon* p. 39

1977

CE 18 février 1977 Hervouët, req. n° 99086

1978

CE Ass. 29 décembre 1978 Darmont, *Rec.* p. 542 ; *A.J.D.A.* 1979, n° 11, p. 45, note M. LOMBARD; D. 1979, *Jur.* p. 279, note M. VASSEUR ; *RDP* 1979, p. 1742, note J.-M. AUBY

1979

CE 19 octobre 1979, req. n° 09230 et req. n° 09702

1981

CE 4 juillet 1981 Belasli, *Rec.* p. 322

CE 9 octobre 1981 Syndicat des médecins de Haute-Loire, req. n° 20026

1982

CE 17 novembre 1982, req. n° 27574

1983

CE 4 novembre 1983, req. n° 26143

1984

CE 7 décembre 1984 Subrini, req. n° 41743

1986

CE 23 juin 1986 Soc. Plamag, *Rec.* p. 173 ;

1987

CE 12 janvier 1987, req. n° 82419, Inédit au recueil Lebon

CE 24 juillet 1987 Conseil départemental de l'Ordre des médecins de l'Ariège, req. n° 67969

CE 23 septembre 1987 Soc. Ambulances 2000, *Rec.* p. 288, *RFDA* 1987, p. 1002

CE 7 décembre 1987, req. n° 67150, *R.J.F.*, 1988, février, n° 237

1988

CE 13 janvier 1988 Mme Joly, DA 1988, n° 88

CE 17 juin 1988 Fragnoy, req. n° 82644

CE 11 juillet 1988, req. n° 54310

CE 11 juillet 1988 Cabotte, req. n° 79673

CE 28 septembre 1988 Silvert, req. n° 88195

CE 28 octobre 1988, Mlle Gallien, *Rec.* p. 606

CE 23 novembre 1988, req. n° 68165

1989

CE 21 avril 1989, req. n° 99718

CE 28 septembre 1988 Silvert, req. n° 88195

1990

CE 7 décembre 1990, req. n° 83068

CE 17 décembre 1990, req. n° 118732

1991

CE 31 mai 1991 Denis, req. n° 74109

1992

CE 10 juillet 1992, req. n° 105440

1993

CE 4 juin 1993, req. n° 88171

CE 20 octobre 1993, req. n° 133678, *RJS* 1994 n° 83

CE 15 décembre 1993, req. n° 126877

CE 15 décembre 1993, req. n° 129277

CE 17 décembre 1993 Groupement national des établissements de gérontologie et de retraite privée et autres ; C. Maugué

1994

CE 28 janvier 1994 Cohen, req. n° 106678

CE 28 janvier 1994 Conseil départemental de l'ordre des médecins de Meurthe-et-Moselle, req. n° 126512

CE 9 septembre 1994, req. n° 124025

1995

Avis CE, 31 mars 1995 ministre c. S.A.R.L. Auto-industrie Méric, req. n° 164008, *R.J.F.*, 1995, mai, n° 623

CE 10 juillet 1995 Contremoulin, *Rec.* p. 293

CE 20 décembre 1995 Collectif national Kiné-France, Syndicat national des masseurs-kinésithérapeutes-rééducateurs, *A.J.D.A.* 1996.139

1996

CE 24 janvier 1996 M. Miliani, req. n° 154942, *RJS* 1996, n° 334

CE 26 janvier 1996, req. n° 167966, *A.J.D.A.* 1996 p. 335

CE 26 janvier 1996, req. n° 167966, *A.J.D.A.* 1996 p. 335

CE Ass. 14 février 1996 Maubleu, *JCP G* 1996, II, 22669

CE 26 juillet 1996, req. n° 163585

CE 28 juillet 1996, *D.* 1996, IR.227

CE Ass. 6 décembre 1996, Société Lambda, *Lebon* p. 465, *A.J.D.A.* 1997, p. 205

1997

CE 15 janvier 1997, CPAM Laon, *Juris-Data* n° 1997-050045 ; *Dr. Adm.* 1997, comm.141 ; *RJS* 1997, n° 447- X. PRETOT, *Les grands arrêts du droit de la Sécurité sociale : Dalloz*, 2^{ème} éd. p. 359

CE 12 février 1997 Fédération de la mutuelle de France, req. n° 180079

CE 30 avril 1997 Association nationale pour l'éthique de la médecine libérale, req. n° 180838, 180839, 180867

CE 25 juin 1997, req. n° 171970

CE 29 décembre 1997, req. n° 133793

1998

CE Sect. 18 février 1998, Section locale du Pacifique Sud de l'Ordre des médecins, *Lebon* 1181 ; *RFSA* 1999. 47, note M. JOYAU

CE 8 juillet 1998, req. n° 189244

CE 24 octobre 1998, req. n° 288051

1999

CE 1^{ère} et 4^{ème} sous-sections réunies, 28 juillet 1999, req. n° 202606

CE 20 octobre 1999 Bailleul, req. n° 181732, note C. MONIOLLE, *Dr. Adm.* 2000, comm. 13. – *V.JCl. Fonctions publiques*, Fasc.240, A.TAILLEFAIT

CE 3 décembre 1999 Leriche, req. n° 195512, *Rec. CE* 1999, p 402, *RDJ* 2000, p. 349

2000

CE 20 mars 2000, req. n° 186426

CE 29 mai 2000, req. n° 198510, *GP* 10 mars 2001 n° 69, p. 21

CE 28 février 2000 Union nationale et intersyndicale des enseignants de la conduite, *A.J.D.A.* 2000, p. 661, concl. D. Chauvaux

CE 16 juin 2000, req. n° 192966, *RJS* 2000, n° 1148

CE 30 juin 2000, req. n° 186820, *GP* 10 mars 2001 n°69, p. 21
CE 29 décembre 2000 Beule et autres, req. n° 212338, à publier au Lebon

2001

CE 9 février 2001 Mérigaud : Juris-Data n° 2001-062046, req. n° 211664
CE 4 mai 2001, req. n° 205248
CE 29 juin 2001, Société des Eaux du Nord, req. n° 221458
CE 2 juillet 2001, req. n° 206504

2002

CE 30 janvier 2002, req. n° 203328
CE 13 mars 2002 Union fédérale des consommateurs, *RFDA* 2003, p. 772
CE 29 avril 2002, req. n° 214659
Avis CE, 5 juin 2002, req. n° 242862
CE 12 juin 2002, req. n° 204607
CE Ass. 28 juin 2002 Garde des Sceaux, ministre de la Justice c. Magiera, req. n° 239575, *A.J.D.A.* 2002, p. 596, chron. F. DONNAT et D. CASAS ; *RFDA* 2002, p. 756, concl. F. LAMY
CE 29 juillet 2002, req. n° 242916
CE 4 novembre 2002, req. n° 224529, *GP* 14 août 2009 n° 226, p. 8

2003

CE 5 mars 2003, req. n° 230496
CE 28 mai 2003 Conseil national de l'Ordre des médecins, req. n° 249527, *JCP* 2003 ed. A.1738, note G. Chavrier
CE 6 juin 2003, req. n° 224124
CE 3 octobre 2003, req. n° 182743
CE 3 octobre 2003, req. n° 230314
CE 13 octobre 2003, req. n° 204782
CE 21 novembre 2003, req. n° 211362

2004

CE 11 février 2004 M. Delyfer, req. n° 249891
CA Nancy, 16 mars 2004, Perrin c. CPAM de Nancy, req. n° 2268/04
CE 5 avril 2004, req. n° 236249
CE 12 mai 2004 Commune de Rogerville, req. n° 265184
CE 15 juillet 2004, req. n° 250268
Ord. CE 24 novembre 2004, req. n° 274484
CE 29 décembre 2004, req. n° 263157

2005

CE 20 mars 2005, req. n° 254244
CE 27 juillet 2005, M. Sopena et autres, req. n° 278147
CE 26 septembre 2005, req. n° 270234
CE 30 novembre 2005, req. n° 278291, 279969, 279320, 279345, 279348, 279515, 279536, 279537

2006

CE 15 mai 2006, req. n° 280212
CE 24 novembre 2006, req. n° 285256

2007

CE 7 mai 2007 Conseil national de l'Ordre des médecins, req. n° 285022
CE 16 mai 2007, req. n° 268275
CE 18 juin 2007, req. n° 294699
CE 29 octobre 2007, req. n° 301362

2008

CE 31 mars 2008, req. n° 280750
CE 6 juin 2008, req. n°283141
CE 29 octobre 2008, req. n° 304426
CE 17 novembre 2008, req. n° 301553
CE 1^{er} décembre 2008, req. n° 292166
CE 5 décembre 2008, req. n° 307610
CE 19 décembre 2008, req. n° 300838, *inédit au Recueil Lebon*

2009

CE 9 avril 2009 Zerbib, req. n° 178894, *Rec. CE 1999*, p. 133
CE 6 mai 2009 Association FNATH et autres, req. n°312462, *Lebon*
CE 27 juillet 2009, req. n° 295358
CE 12 octobre 2009, req. n° 311641
CE 25 septembre 2009, req. n° 311597
CE 2 octobre 2009, req. n° 319316
CE 10 novembre 2009 Syndicat national de l'industrie pharmaceutique, req. n° 203779

2010

CE 18 février 2010, req. n° 325910

B. COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL

CAA Nancy, 3^{ème} chambre, 25 mai 2000, n° 96NC01153, Recueil Lebon 2000
CAA Douai 11 février 2008, req. n°0 8DA00078
CAA Nantes 29 août 2008, req. n° 08NT01819
CAA Nancy 1er mars 2010, req. n° 08NC01677

§2 – Jurisprudence judiciaire

A. CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Décision n° 08-D-06 du 2 avril 2008 relative à des consignes syndicales de dépassement des tarifs conventionnels par les médecins spécialistes de secteur 1

B. TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE

TI d'Altkirch 18 mai 2006 – 96 DX 1736
TI Châtelleraut 18 mai 2006 – 00 DX 594
TI Châtelleraut 18 mai 2006 – 00 DX 594

TGI d'Aix en Provence 6 avril 2006 – 03 RF 4761

C. TASS

TASS Nancy, 8 juillet 2003 Mme Huver c. CPAM de Nancy, *Petites affiches*, 9 octobre 2003, n°202 p10, note Augustin EMANE

TASS de Strasbourg, 12 janvier 2005 Dr Guy Grunebaum c. CRAM d'Alsace, dossier n° 20400936

TASS d'Agen, 15 mars 2006, req. n° 05/00056

TASS de Strasbourg, Dr Jean-Michel Nuss c. CPAM de l'Alsace du Nord, 20 décembre 2006, dossier n° 20500900

TASS de Strasbourg, 8 octobre 2008 Dr Laurent Croce c. CNAMTS, dossier n° 20600721

TASS de Strasbourg, 8 octobre 2008 Dr Laurent Croce c. CNAMTS, dossier n° 20600721

TASS des Hauts de Seine, 24 novembre 2008, dossier n° 07-01578/N

TASS de Laon, 16 juin 2009, Recours : G 170/08

TASS de Strasbourg, 14 octobre 2009 Dr Michel Chrétien c. CPAM du Bas-Rhin, dossier n° 20800011

TASS de Strasbourg, 3 février 2010 Dr Michel Bach c. CPAM du Bas-Rhin, dossier n° 20800282

D. COUR D'APPEL

CA Bourges 31 octobre 2003, M. Hansen c. CPAM de la Nièvre, req. n° 60103

CA Aix en Provence, 14 février 2006, req. n° 99DX496

CA Montpellier 22 mars 2006, req. n° 99 SF 929

CA Nanterre 1er décembre 2006, req. n° 97 RF 27476

CA Reims, 21 novembre 2007, req. n° 06/01152

CA Colmar, Chambre sociale, 11 décembre 2008, req. n° 07/01338

CA Grenoble, Chambre Sociale, 12 mars 2009, req. n° 08/02667

CA Paris, 18 mars 2009, req. n° 2008/08385

E. COUR DE CASSATION

1. CHAMBRE CIVILE

Civ. 1^{ère}, 12 juillet 1976 Lebrat c. Epoux Blanc, req. n° 75-10315

Civ. 1^{ère}, 15 mai 1984, req. n° 83-12721

Civ. 1^{ère}, 15 mai 1984, req. n° 83-12721

Civ. 1^{ère}, 31 décembre 1989, req. n° 88-15352

Civ. 2^{ème}, 14 octobre 2003, req. n° 0230733

Civ. 2^{ème}, 13 mai 2003, req. n° 01-21.176

Civ 2^{ème}, 2 mars 2004, req. n° 02-30755, RJS 5/2004, n° 609 ; TPS 2004, Comm. n° 161
Civ. 2^{ème}, 4 mai 2004, req. n° 02-31060
Civ. 2^{ème}, 17 mai 2004, req. n° 03-11968
Civ. 1^{ère}, 7 décembre 2004, req. n° 02-12539, D. 2005. IR.339
Civ. 2^{ème}, 2 juin 2005, req. n° 04-13.509, Bull. 2005, II, n° 142
Civ. 2^{ème}, 22 novembre 2007, req. n° 06-18250, Cahiers sociaux du Barreau de Paris, 1er mars 2008 n° 198 p. 142
Civ. 2^{ème}, 20 décembre 2007, req. n° 06-21459
Civ. 1^{ère}, 16 octobre 2008, req. n° 07-17789, D. 2008
Civ. 2^{ème}, 13 novembre 2008, req. n° 07-18.364, D. 2008. AJ. 2948 ; RDSS 2009.185, obs. T. TAURAN
Civ. 2^{ème}, 8 janvier 2009, GP 15 septembre 2009 n° 258
Civ. 2^{ème}, 8 janvier 2009, req. n° 07-21.429
Civ. 2^{ème}, 19 février 2009, req. n° 08-11959
Civ. 1^{ère}, 19 mars 2009, req. n° 08-14734
Civ. 2^{ème}, 2 avril 2009, req. n° 08-12024
Civ. 1^{ère}, 2 avril 2009, req. n° 08-12.246
Civ. 2^{ème}, 8 avril 2010, req. n° J09-13775

2. CHAMBRE COMMERCIALE

Com., 29 avril 1997 PB, Ferreira, n° 1068, *J.C.P.*, G., 1997, n° 43, II, Jurisprudence, 22 935, p. 464
Com., 20 octobre 1998, n° 1560 D, Charnallet, *R.J.F.* 1999, janvier, n° 87
Com., 22 février 2000, n° 488 P, Ferrière, *R.J.F.* 2000, mai, n° 737
Com., 1er juillet 2003, n° 1097 F-D, DGI c. Gallotte, *R.J.F.* 2003, décembre, n° 1473
Com, 7 avril 2010, req. n° 09-13.494, 09-66.021

3. CHAMBRE CRIMINELLE

Crim. 10 novembre 1987, n° 87-81.288, *Bull. Crim.* 1987 n° 398 p. 1048
Crim. 1 mars 2000, req. n° 99-86.299, *Bull. crim.* 2000 n° 98, p. 290
Crim. 10 novembre 1987, req. n° 87-81.288, *Bull. Crim.* 1987 n° 398 p 1048
Crim. 10 novembre 1987, D. 1989. Somm. 58, obs. Penneau
Crim. 2 décembre 2003, req. n° 03-81334, *Bull. crim.* 2003, n° 227, p. 920
Crim. 14 mai 2008, req. n° 08-80483

4. CHAMBRE SOCIALE

- Soc. 5 juillet 1968, *Bull. soc.* 1968, n° 30 (2E), p. 26 ; JCP 1968, IV, 145
- Soc. 18 février 1976, req. n° 74-13648, *Bull. soc.* V, n°101, p. 82
- Soc. 28 mai 1986, CPAM de Paris c. MmeVesperini, req. n° 84-17556
- Soc. 31 octobre 1989, req. n° 86-43.744, *Bull. Soc.* 1989 V n° 629 p. 379
- Soc. 7 mai 1991, req. n° 89-14848
- Soc. 16 janvier 1992 Chartres c/ Caisse autonome de retraite des géomètres experts et experts agricoles et fonciers, req. n° 89-21716, *Bull. civ.* V, n° 11 ; D. 1992, IR p. 71
- Soc. 7 avril 1994, *Bull. civ.* V, n° 144
- Soc. 3 novembre 1994, req. n° 92-15249
- Soc. 23 février 1995, req. n° 93-1456, *Bull. civ.* V, n° 75, p. 54
- Soc. 12 octobre 1995, req. n° 93-14001, *Bull.* 1995 V n° 273 p. 197
- Soc. 23 janvier 1997, req. n°94-18739, *Bull.* 1997 V n°35 p 22
- Soc. 18 juin 1998, req. n° 96-22428, *Bull.* 1998 V n° 331, p. 251
- Soc. 3 décembre 1998, req. n° 96-22810, non publié au Bulletin
- Soc. 3 décembre 1998, req. n° 97-11042, non publié au Bulletin
- Soc.11 mars 1999, Shiff, req. n° 97-17551, *RJS* 4/1999, n° 58
- Soc. 14 octobre 1999, M Petrequin c. CPAM de Lyon, req. n° 9721-670
- Soc. 4 mai 2000, req. n° 98-21057, non publié au Bulletin
- Soc. 11 mai 2000, req. n° 98-21.755, *Bull.* 2000 V n°178 p. 137
- Soc. 22 juin 2000, req. n° 99-10270
- Soc. 20 décembre 2000, req. n°99-13737
- Soc. 21 février 2002 CPAM des Hauts de Seine c. Meillaud, req. n° 00-14589
- Soc. 14 mars 2002, req. n° 00-14588, GP 20 juillet 2002 n° 201
- Soc. 30 mai 2002, req. n° 00-14512, *Bull.* 2002 V n° 185 p. 182
- Soc. 24 octobre 2002, req. n° 01-20.699, *Bull. civ.* 2002, V, n° 319
- Soc. 19 décembre 2002, *Jurisp. Soc.* UIMM n° 2003-669, p. 52-58
- Soc. 6 février 2003, req. n° 01-21.367
- Soc. 31 mars 2003, req. n° 01-21470, *Bull. civ.* V n°121 ; RJS 2003. 623 n°934
- Soc. 3 octobre 2007, req. n° 06-43013
- Soc. 9 novembre 2009, req. n°08-42.806

5. ASSEMBLÉE PLEINIÈRE

- Cass. AP 5 février 1999, req. n° 97-16440

§3 – Jurisprudence du Tribunal des conflits

TC 8 février 1873 Blanco, req. n° 00012, *Lebon*

TC 11 octobre 1993, req. n° 02855

TC 20 octobre 1997 Albert c/ CPAM de l'Aude, req. n° 03032, *Lebon* p. 536

TC 1^{er} juillet 2002, req. n° 3299

TC 6 juillet 2009, req. n° C3696

§4 – Jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes

CJCE 24 avril 1980 Coonan, aff. C-110/79,

CJCE 7 février 1984 Duphar, aff. C-238/82

CJCE 15 mai 1986 Johnson c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, aff. C-222/84

CJCE 4 octobre 1991 Paraschi, aff. C-349/87

CJCE 17 février 1993 Poucet et Pistre, aff. C-159/91

CJCE 30 janvier 1997 Piosa Pereira, aff. C-5/95

CJCE 30 janvier 1997 Stöber, aff. C-4/95

CJCE 17 juin 1997 Sodemare e.a., aff. C-70/95

CJCE 28 avril 1998 Kohll, aff. C-158/96

CJCE 6 et 12 juillet 2001 SMITS et Peerbooms, aff. C-157/99

CJCE 17 septembre 2002, A.G. Lawrence et autres contre Regent Office Care Ltd, Commercial Catering Group et Mitle Secure Services Ltd., aff. C-230/00, Rec. p I-07325

CJCE 15 octobre 2002 Limburgse Vinyl Maatschappij et autres contre Commission, aff. C-238/99

CJCE 11 septembre 2003 Georgios Orfanopoulos, aff. C-482/01

CJCE 7 janvier 2004 Aalborg Portland et autres c. Commission, aff. C-204/00 P

CJCE 7 juillet 2005, Commission c. Autriche, aff. C-147/03 (point 2), Rec. CJCE, I, p. 5949

CJCE 9 mars 2006 Van Esbroeck, aff. C-436/04

CJCE 6 mars 2007, Placanica, aff. C-338/04, C-359/04 et C-360/04, Rec. p. I-1891, points 47 et 48

CJCE 11 septembre 2008, Commission c. Allemagne, aff. C/141/07

CJCE 5 mars 2009, Age concern England, aff. C-388/07, JO C 102 du 1er mai 2009, p. 6

§5 – Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

CEDH 16 juillet 1971, Ringeisen c. Autriche, n° 2614/65

CEDH 8 juin 1976 Engel et autres c. Pays-Bas, Série A, n° 22, n° 5100/71

CEDH 28 juin 1978, König c. Allemagne, n° 6232/73

CEDH Compte, Van Leuven et de Meyere c. Belgique, 23 juin 1981, n° 6878/75 et 7238/75

CEDH 1er octobre 1982, Piersack c. Belgique, n° 8692/79

CEDH 10 février 1983 Albert et Le Compte c. Belgique, n° 7299/75 et 7496/76

CEDH 25 mars 1983 Minelli contre Suisse, Serie A62

CEDH 23 octobre 1985, Benthem c. Pays-Bas, Série A, n° 97, n° 8848/80

CEDH 29 mai 1986, Deumeland c. Allemagne, n° 9384/81

CEDH 29 mai 1986, Feldbrugge c. Pays Bas, n° 8562/79

CEDH 26 juin 1986, Van Marle c. Pays Bas, Série A, n° 101, n° 8543/79

CEDH 24 octobre 1986, AGOSI c. Royaume-Uni, série A n° 108, p. 19

CEDH 18 décembre 1986 Bozano c. France, Série A, n° 111, n° 9990/82

CEDH 7 juillet 1989 Tre Traktörer Aktiebolag c. Suède, n° 10873/84

CEDH 25 octobre 1989, Jacobsson c. Suède, Série A, n° 163, n° 10842/84

CEDH 26 mars 1992, Éditions Périscope c. France, Série A, 234-B, n° 11760/85

CEDH 26 novembre 1992, Francesco Lombardo c. Italie, n° 11519/85, série A, n° 249-C

CEDH 25 février 1993, Funke c. France, Rec. CEDH 193, A, p. 256 ; JCP G 1993, II, 22073, obs. ROMAIN et GARNON

CEDH 26 février 1993, Salesi c. Italie, n° 13023/87

CEDH 24 juin 1993, Schuler-Zgraggen c. Suisse, n° 14518/89, série A, n° 263

CEDH 24 août 1993, Massa c. Italie, n° 14399/88

CEDH 24 novembre 1993, Imbrioscia c. Suisse, n° 13972/88

CEDH 24 février 1994, Bendenoun c. France, Série A, n° 284, n° 12547/86

CEDH 19 avril 1994, Van de Hurk c. Pays-Bas, Série A, n° 288, n° 16034/90

CEDH 22 septembre 1994, Hentrich c. France, série A n° 296-A, p. 21

CEDH 9 décembre 1994, Meldrum c. Pays Bas, n° 19006/91

CEDH 9 décembre 1994, Schouten c. Pays Bas, n° 19005/91

CEDH 26 septembre 1995, Diennet c. France, n° 18160/91

CEDH 19 juillet 1995, Kerojärvi c. Finlande, n° 17506/90

CEDH 23 octobre 1995, Schmautzer c. Autriche, n° 15523/89

CEDH 22 novembre 1995, S.W. c. Royaume-Uni, n° 20166/92

CEDH 26 septembre 1996, Miailhe c. France, Recueil 1996-IV, n° 18978/91
CEDH 17 décembre 1996, Duclos c. France, n° 20940/92
CEDH 17 décembre 1996, Sanders c. R.U, JCP 1997, I, 4000, obs. SUDRE
CEDH 19 mars 1997, Paskhalidis et autres c. Grèce, n° 20416/92 à 22857/93
CEDH 18 mars 1997, Mantovanelli c. France, Recueil 1997-II, n° 21497/13
CEDH 29 août 1997, AP, MP et PP c. Suisse, Recueil 1997-V, n° 19958/92
CEDH 23 avril 1998, S. R. c. Italie, n° 31648/96
CEDH 29 juillet 1998, Le Calvez c. France, n° 25554/94
CEDH 28 juillet 1999, Bottazi c. Italie, no 34884/97
CEDH 14 décembre 1999, Antonakopoulos, Vortsela et Antonakopoulou c. Grèce, n° 37098/97
CEDH 11 janvier 2000, Le Meignen c. France, n° 41544/98
CEDH 21 mars 2000, Dulaurans c. France, n° 34553/97
CEDH 28 mars 2000, Georgiadis c. Grèce, n° 41209/98
CEDH 26 octobre 2000, Kudla c. Pologne, n° 30210/96
CEDH 25 octobre 2001, Saggio c. Italie, n° 41879/98
CEDH 21 mai 2002, Jokela c. Finlande, Recueil 2002-IV, n° 8856/95
CEDH 13 février 2003, Chevrol c. France, n° 49636/99
CEDH 4 mars 2004, Silvester's Horeca Service c. Belgique, n° 47650/99
CEDH 16 juin 2006, Clément c. France, n° 37876/02
CEDH 18 juillet 2006, Cosson c. France, n° 38498/03
CEDH 26 octobre 2000, Kudla c. Pologne, n° 30210/96
CEDH 9 novembre 2006, Sacilor-Lormines c. France, n° 65411/01
CEDH 18 décembre 2008, Vaillant c. France, n° 30609/04

VII. Décisions du Conseil constitutionnel

CC n° 79-107 DC, 12 juillet 1979
CC n° 79-112 DC, 9 janvier 1980
CC n° 79-109 DC, 9 janvier 1980
CC n° 80-127, 20 janvier 1981
CC n° 81-129 DC, 31 octobre 1981
CC n° 82-155 DC, 30 décembre 1982
CC n° 84-183 DC, 18 janvier 1985
CC n° 89-258, 8 juillet 1989
CC n° 89-269 DC, 22 janvier 1990 Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité

sociale et à la santé, Rec. p. 27

CC n° 90-283 DC, 8 janvier 1991, Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, JO 10 janvier 1991, p. 524

CC n° 97-395 DC, 30 décembre 1997

CC n° 2009-578 DC, 18 mars 2009

CC 16 juillet 2009, n° 2009-584 DC, Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, JO 22 juillet 2009, p. 12244

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

DU CIEL A LA TERRE, OU LE DESENCHANTEMENT DU MEDECIN 9

Section I. Les raisons de l'ingérence dans l'activité des médecins libéraux 11

I. Le contrôle des médecins libéraux se fonde sur la double nécessité de garantir la qualité des prestations des médecins libéraux et de préserver l'équilibre budgétaire du système de protection sociale..... 11

II. La convention médicale représente un modèle économique avantageux pour le service public de sécurité sociale 13

Section II. Le contrôle par l'administration de sécurité sociale confronté aux libertés fondamentales du médecin libéral 15

I. Un contrôle sous-tendu par l'exercice d'un pouvoir de sanction 15

§1. Une procédure inquisitoriale assortie de sanctions en marge du droit 15

A. La multitude de contrôles se place en faux avec les droits de la défense..... 15

1. La remise en cause du déclenchement de contrôles à partir de l'identification d'un « comportement statistiquement frauduleux »..... 16

2. L'administration de la preuve au cours du contrôle de l'activité du médecin libéral 18

3. Les procédures d'urgence à l'aune du Code de procédure pénale 19

B. La notion de sanction appliquée au droit de la sécurité sociale..... 20

1. Les contours de la notion de sanction 20

2. Les autorités en charges des sanctions de sécurité sociale 22

§2. Le périmètre d'emprise de ces contrôles et sanctions : la définition de la profession de médecin libéral 23

II. Ces sanctions du médecin libéral sont justifiées par une prééminence de l'intérêt collectif sur les intérêts particuliers..... 24

§1. Un intérêt collectif très largement entendu..... 24

§2. Des libertés fondamentales dont le respect reste prégnant 27

PREMIÈRE PARTIE. Le Principe d'attraction des médecins libéraux dans le système juridique du conventionnement.....32

TITRE LIMINAIRE LE STATUT HYBRIDE DU CONVENTIONNEMENT DES MEDECINS LIBERAUX.....35

TITRE I. LE CHOIX CONTRACTUEL ILLUSOIRE A LA DISPOSITION DU MEDECIN.....37

Chapitre I. Une convention non négociée par le médecin lui-même37

Section I. Les syndicats comme interlocuteurs uniques des organismes sociaux pour la passation de la convention nationale 38

I. Seuls les syndicats représentatifs sont présents lors des négociations pour la passation de la convention nationale 38

II. La liberté syndicale : un droit à préserver pour les médecins libéraux 38

Section II. L'épineuse question de la représentativité des syndicats 40

I. Le riche contentieux autour de la reconnaissance de la représentativité des syndicats de médecins libéraux..... 40

§1. Le contentieux autour de l'arrêté de reconnaissance de représentativité 40

A. Les critères nécessaires à la reconnaissance de la représentativité de syndicats de médecins libéraux..... 41

1. Les critères de représentativité selon le droit du travail.....41

2. Les critères de représentativité des syndicats de médecins41

B. L'ouverture facilitée des recours en matière de représentativité syndicale des médecins libéraux..... 42

§2. Le contentieux autour de l'enquête de représentativité 42

II. Les tensions autour du mode d'élection des syndicats 43

§1. Le nouveau découpage électoral pour l'élection des syndicats de médecins libéraux 43

§2. La division des voix syndicales 44

Section III. La limite apportée au rôle des syndicats par de nouveaux dispositifs contractuels 45

I. Les contrats proposés aux médecins par les Agences régionales de santé (ARS).... 45

II. Approche comparée : la concurrence aux contrats passés entre syndicats et établissements de santé privés conventionnés..... 46

Chapitre II. L'absence de liberté véritable d'adhésion à une convention professionnelle pour l'exercice de sa profession..... 48

Section I. La liberté contractuelle de principe..... 48

I. Le médecin vu comme une véritable partie à un contrat 48

§1. L'éventuelle adhésion à la convention nationale 48

A. La formulation par le médecin d'une demande de conventionnement..... 49

B. L'adhésion à une convention aux contours limités 49

§2. Les contrats signés par chaque médecin individuellement en plus de la convention nationale 50

A. Un nouveau programme, le CAPI 51

1. L'adhésion à un contrat-type 51

a. L'avis négatif du Conseil national de l'Ordre des médecins (CNOM) à propos des CAPI 52

b. Les arguments de l'assurance maladie en faveur des CAPI 52

c. La légalité des CAPI reconnue par la CJCE 53

2. L'adhésion à des engagements individualisés 53

B. Les contrats spécifiquement liés à l'activité professionnelle du médecin libéral . 54

II. Le choix illusoire d'une option..... 55

§1. Le choix entre 3 secteurs théoriquement à la disposition des médecins libéraux 55

A. Le secteur 1 ou le choix de tarifs opposables 55

1. La possibilité de dépassement occasionnel 55

a. Une possibilité ouverte depuis 1971 55

b. Une possibilité reconnue conforme au droit de la concurrence en 2009 et 2010.... 56

2. La fin du droit permanent à dépassement 57

B. Le secteur 2 ou la possibilité de choisir des honoraires libres..... 58

C. Le secteur 3 ou le choix du non-conventionnement 59

§2. Approche comparée avec les autres professionnels de santé, et notamment les infirmiers et infirmières 59

A. Une convention signée au niveau national 60

1. Une convention de nature économique 60

2. Une convention à destination des seuls infirmiers et infirmières libéraux..... 61

B. Une convention proposant une seule alternative : conventionnement ou non..... 61

C. Une convention instaurant, comme pour les médecins, des obligations et leurs contreparties 62

III. Le statut ambigu du médecin libéral en l'absence de convention médicale	63
§1. L'application d'un règlement arbitral en cas l'absence de convention médicale régissant les rapports entre les médecins libéraux et l'assurance maladie.....	63
A. La mise en place d'un règlement arbitral approuvé par arrêté	63
1. Une procédure d'élaboration du règlement arbitral sous le contrôle d'un arbitre et encadrée dans le temps.....	64
2. Un règlement arbitral de portée générale, pour les médecins généralistes et spécialistes	64
a. Un nouvel instrument juridique pour pallier l'absence de convention.....	64
b. Un règlement applicable à tous les médecins libéraux	66
B. L'ambivalence de l'intervention du pouvoir règlementaire en cas de rupture des négociations.....	66
1. Le risque d'une fin prématurée des négociations entre les médecins libéraux et l'assurance maladie.....	67
2. L'introduction par le règlement arbitral de changements dans les rapports entre l'assurance maladie et les médecins libéraux.....	67
a. La reprise de l'ancienne convention et l'introduction d'éléments nouveaux dans le règlement arbitral de 2010.....	67
b. La cohérence entre le dispositif existant et les nouveautés introduites dans le règlement arbitral	68
§2. Le pouvoir de sanction limité des caisses d'assurance maladie en cas de non conventionnement d'un médecin libéral.....	69
A. L'application des dispositions communes à tous les médecins libéraux, conventionnés ou non.....	69
B. L'absence de besoin d'un contrôle tarifaire en présence d'un tarif d'autorité.....	69
1. L'absence de contrôle des médecins non conventionnés par les organismes d'assurance maladie	70
2. La remise en cause de la légalité du tarif d'autorité devant le Conseil d'Etat ...	70

Section II. Une liberté organisée, entre adhésion et exclusion

I. Les fortes incitations en faveur du secteur 1 et de l'option du médecin traitant	72
§1. L'incitation au choix du secteur 1	72
§2. Les incitations en faveur de l'option de médecin traitant.....	73
A. La volonté de favoriser la continuité des soins	73
1. Une continuité des soins reposant sur le système du médecin référent complété par l'option de médecin traitant	73
2. Une continuité des soins reposant sur la volonté du médecin libéral et de son patient	74
B. L'activité du médecin libéral facilitée par le choix de l'option de médecin traitant	75

II. Le difficile passage d'un secteur à l'autre	76
§1. Le refus d'accès au secteur 2, par la jurisprudence, en cas d'absence de législation à ce sujet.....	76
A. Le refus d'accès au secteur 2 à l'aune de l'article 5 de la DDHC.....	77
1. La jurisprudence d'abord favorable à l'accès au secteur 2	77
2. Le revirement rapide de la position des juges administratifs	78
B. Le refus d'accès au secteur 2 à l'aune du principe d'égalité devant la loi.....	79
1. Les questions posées par la reconnaissance de titres équivalents au sein de l'Union européenne.....	79
2. Le respect de l'égalité devant la loi favorisé par la CJCE.....	80
§2. La possibilité ambiguë de contourner l'interdiction d'accès au secteur 2....	82
A. Le dépassement autorisé plafonné (DA) ouvert aux médecins spécialistes	82
B. L'option de coordination.....	82
C. La mise en place d'un secteur optionnel.....	83
1. Les médecins concernés : certains chirurgiens, anesthésistes et gynéco-obstétriciens	83
2. Les engagements tarifaires des médecins ayant choisi le secteur optionnel	83
3. Les avantages octroyés pour le médecin qui a choisi le secteur optionnel.....	84
a. Le manque de visibilité des avantages octroyés	84
b. La réversibilité du choix du secteur optionnel.....	85

TITRE II. LE CARACTERE REGLEMENTAIRE DE LA CONVENTION-TYPE PROPOSEE AUX MEDECINS LIBERAUX 88

Chapitre I. L'approbation des conventions par arrêté, une exception en matière de sécurité sociale 88

Section I. La compétence du juge administratif en cas de contestation de la convention ou de son équivalent 88

I. Le caractère réglementaire de la convention ou de son équivalent	89
§1. L'approbation des conventions par arrêté ministériel.....	89
§2. L'édition d'un arrêté en l'absence de convention	90
A. L'encadrement par arrêté des relations entre assurance maladie et médecins libéraux.....	90
1. Les dépassements d'honoraires en l'absence de convention.....	90
2. Les accords de bon usage des soins	91
B. L'encadrement des dépassements d'honoraires par un protocole d'accord à la place d'un arrêté.....	92

II. La possibilité d'effectuer un recours contre l'arrêté portant approbation d'une convention	93
§1. La valeur réglementaire de l'arrêté portant approbation d'une convention .	93
§2. La légalité de l'arrêté portant approbation d'une convention conditionnée par le respect de normes procédurales	94

Section II. L'édiction d'une sanction sur le fondement du non-respect du contenu de la convention

I. Force juridique de la procédure d'approbation des conventions donnée par le Code de la sécurité sociale.....	96
II. Non-respect du contenu de la convention et sanctions.....	97
§1. Sanctions à l'égard des parties à la convention	97
A. La convention comme support de sanctions.....	97
B. Le juge administratif compétent en cas de contestation d'une sanction conventionnelle	98
§2. Effet juridique règlementaire de certaines dispositions à l'égard des tiers à la convention.....	98
A. L'extension aux tiers du champ d'application de la convention.....	98
B. La reconnaissance de la valeur juridique des recommandations de bonne pratique en dehors du champ contractuel	99

Chapitre II. Conventonnement et clauses abusives

Section I. Le lien entre libertés fondamentales et clauses abusives

I. Le risque d'atteinte par une clause de la convention à la liberté d'installation	102
§1. Les mesures incitatives pour résorber les zones sous-médicalisées	104
A. Les aides fiscales	105
B. Les mesures d'aide à l'installation ou au maintien des professionnels	106
1. L'option conventionnelle	106
2. Les clauses locales particulières	106
§2. Les mesures coercitives pour empêcher l'installation de professionnels de santé dans les zones surmédicalisées	107
A. La tentative des pouvoirs publics de mieux réguler l'installation des professionnels de santé.....	107
1. Les contrôles effectués a posteriori par les Caisses de sécurité sociale sur le lieu d'installation des médecins libéraux	107
a. Le lieu d'activité du médecin établi par référence à la notion de lieu habituel d'exercice	107
b. Le contrôle du juge judiciaire sur les décisions des Caisses d'assurance maladie	108

2. Approche comparée avec la situation des chirurgiens-dentistes ainsi que les infirmiers et infirmières	108
a. La demande préalable à l'installation des chirurgiens-dentistes dans les zones surdotées.....	109
b. Le « gel » du nombre d'infirmiers et infirmières dans les zones sur dotées	109
B. La mise en place d'un véritable dispositif coercitif pour réguler l'installation des médecins libéraux.....	111
1. La légalité d'un dispositif coercitif au regard du droit communautaire	112
2. Les mesures coercitives pour pallier à l'insuffisance de médecins	112
II. Le risque d'atteinte à l'exercice libre de la profession de médecin.....	114
§1. La liberté thérapeutique du médecin libéral	114
A. L'affirmation de la liberté thérapeutique dans le Code de la santé publique.....	114
B. Les restrictions apportées à la liberté thérapeutique au nom de la maîtrise des dépenses de santé	115
1. L'objectif général de maîtrise des dépenses de santé par le biais d'un contrôle des prescriptions médicales.....	115
2. Le contrôle des actes de prescription des médecins libéraux par les médecins conseils	115
a. La réduction des dépenses de santé	116
b. La sécurité du patient	118
3. Le respect des recommandations de bonne pratique.....	119
§2. Le risque d'atteinte à la liberté d'exercice du praticien de santé.....	120
III. Le risque d'atteinte au principe du libre choix par le patient de son médecin.....	121

Section II. Le lien entre ordre public et clause abusive

I. La pérennisation par la notion d'ordre public, des clauses abusives	124
II. La possibilité pour le juge de soulever d'office l'illégalité d'une clause identifiée comme abusive.....	125
§1. L'invocation de moyens de droit privé devant le juge administratif	125
A. L'invocation de dispositions du droit de la concurrence devant le juge administratif	125
B. L'invocation de dispositions du Code des assurances devant le juge administratif	126
§2. La possible invocation de la législation sur les clauses abusives pour contester la convention-type réglant les rapports entre l'assurance maladie et les médecins libéraux	127

DEUXIÈME PARTIE. Poursuite et répression du médecin libéral..... 132

TITRE I. LE MEDECIN LIBERAL AU CŒUR D'UNE PROCEDURE DESEQUILIBREE D'ELABORATION DE SA REPRESSION 134

Chapitre I. La recherche de faits répréhensibles par le service du contrôle médical..... 136

Section I. Un service national autonome chargé d'assurer le contrôle médical 136

- I. Un service national autonome..... 136
- II. Les agents chargés d'assurer le contrôle médical..... 137

Section II. Les critères de déclenchement d'un contrôle par le service du contrôle médical..... 140

- I. L'analyse de l'activité du médecin libéral 140
 - §1. Les actes médicaux effectués au regard de leurs conséquences tarifaires.. 140
 - §2. La prise en compte de résultats statistiques 141
- II. Le risque de discrimination 143

Section III. Le déroulement du contrôle 144

- I. Les faits recherchés par le service du contrôle médical..... 144
- II. Les investigations menées par le contrôle médical 144
 - §1. Des investigations poussées, dans le respect du contradictoire et des droits de la défense 145
 - A. Les pouvoirs du service du contrôle médical 145
 - B. L'information du médecin libéral 145
 - C. La délimitation des droits de la défense du médecin libéral..... 146
 - §2. L'audition et l'examen des patients par le service du contrôle médical 147
 - A. L'information du patient interrogé 147
 - B. Les conditions de l'audition du patient..... 148
- III. La question du secret médical 150
 - §1. Le secret médical comme principe fondamental de l'exercice de la profession de médecin 150
 - §2. Les exceptions en matière de sécurité sociale 151
 - A. Les personnes appelées à connaître les informations protégées par le secret médical 151
 - B. Le traitement des données protégées par le secret médical 152

§3. Le contrôle juridictionnel du respect du secret médical par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation	152
A. Transmission d'informations au service médical d'un organisme d'assurance maladie	152
B. Contestation d'une lettre-réseau	154
C. L'accès au dossier médical personnel (DMP) du patient.....	154
IV. Vers un contrôle par échantillonnage ?.....	155
Section IV. La clôture et les suites du contrôle médical	157
I. L'information par la Caisse des suites données au contrôle	157
II. L'engagement de poursuites à l'encontre du médecin libéral	159
§1. Le non-respect de dispositions générales du Code de la sécurité sociale... ..	159
§2. Le refus de collaborer dans le cadre d'un contrôle ou d'une enquête	160
§3. Les règles coercitives spécifiques en cas de violation par le médecin d'obligations d'information	161
Chapitre II. La poursuite du médecin libéral par la Caisse Primaire ...	164
Section liminaire. L'ordre juridictionnel compétent lors des recours contre les sanctions	164
I. La compétence de principe du juge administratif en cas d'action en responsabilité à la suite de l'exercice d'une mission de service public par un établissement public administratif	164
II. La compétence du juge judiciaire pour le contentieux général de la sécurité sociale.....	165
III. La compétence du juge administratif en matière de contentieux du contrôle technique et de contentieux disciplinaire classique	167
IV. La compétence du juge administratif en matière de contentieux conventionnel..	168
Section I. La poursuite directe du médecin libéral à l'initiative du directeur de la Caisse primaire (Procédure des articles L. 162-1-14 et suivants du CSS)	170
I. Une procédure déclenchée par le directeur de l'organisme de sécurité sociale.....	170
§1. Procédure aboutissant à une sanction	170
§2. Procédure aboutissant à une mise sous accord préalable.....	172
§3. Une alternative : procédure aboutissant à une simple mise en garde	174
II. Un champ d'application de la procédure de sanction particulièrement large.....	174
§1. Les textes dont le non respect est sanctionné sont particulièrement éparses et nombreux	175

§2. Les faits reprochés ne sont pas définis strictement par la Loi	175
A. Les faits portant préjudice à la bonne gestion de l'organisme.....	175
B. Le non-respect de l'obligation de reporter les mentions obligatoires liées à un acte médical	176
III. La contestation de la sanction	176
IV. Une répression autonome, qui ne préjudicie pas à une éventuelle poursuite devant la Section des assurances sociales	177
Section II. Contentieux du recouvrement de l'indu	179
I. Un champ d'application de la procédure de recouvrement de l'indu	179
§1. Un aspect du contentieux du respect du Code de la sécurité sociale ainsi que de la NGAP et de la CCAM.....	179
A. Les sanctions prises sur le fondement du non-respect de la CCAM ou de la NGAP	180
1. Une cotation d'acte irrégulière de la part d'un médecin libéral	180
2. Une sanction prise par la Caisse primaire d'assurance maladie.....	181
B. Le contentieux grandissant à propos de la cotation CS utilisée par certains médecins généralistes	183
1. La mise en place controversée d'une spécialité de médecine générale.....	183
2. L'intégration difficile de la spécialité de médecine générale dans la NGAP ...	185
C. Le respect des données acquises de la science par les actes cotés.....	188
§2. Un aspect du contentieux du respect de l'entente préalable	189
II. La mise en demeure et la contrainte décidées par le directeur de l'organisme	190
Section III. Le contentieux conventionnel.....	192
Section IV. Le médecin libéral poursuivi par la CPAM devant la Section des assurances sociales du Conseil de l'Ordre (contentieux du contrôle technique).....	194
I. La Section des assurances sociales, une juridiction spéciale connaissant de façon particulière des règles déontologiques portant sur la sécurité sociale.....	194
II. La saisine de la Section des assurances sociales	195
§1. Autorités saisissantes	195
§2. Forme de la saisine et procédure	196
§3. Indépendance des procédures	197

III. La procédure devant la Section des assurances sociales du Conseil de l'Ordre des médecins 197

§1. Composition de la Section des assurances sociales du Conseil de l'Ordre des médecins en première instance	197
§2. Droits procéduraux devant la Section des assurances sociales.....	198
A. Indépendance de la Juridiction	198
B. Une procédure écrite et contradictoire.....	198
C. Assistance et représentation devant la juridiction.....	199
§3. Compétence de la Section des assurances sociales du Conseil de l'Ordre des médecins	200
A. Compétence matérielle de la Section des assurances sociales	200
1. Personnes poursuivies devant la Section des assurances sociales du Conseil de l'Ordre des médecins	200
2. Les faits réprimés : les fautes, fraudes, faits intéressant l'exercice de la profession, relevés à l'encontre des médecins à l'occasion de soins dispensés aux assurés sociaux.....	200
B. Compétence territoriale	203
§4. La sanction infligée par la Section des assurances sociales	203
A. Le prononcé de la sanction.....	203
B. La question de l'application du principe de non cumul des peines	204
C. Recours contre la sanction.....	205
1. Appel.....	205
2. Pourvoi.....	205

Section V. Le médecin libéral poursuivi devant la chambre disciplinaire du Conseil de l'Ordre..... 206

I. Les organismes de sécurité sociale, acteurs dans le déclenchement de la procédure disciplinaire	206
§1 L'introduction de la poursuite par l'organisme de sécurité sociale	206
A. Les organismes de sécurité sociale auteurs de plaintes disciplinaires.....	206
B. Le contenu de la plainte formée par les organismes de sécurité sociale n'a pas à répondre à l'impératif de légalité des peines.....	208
C. La conciliation possible avec l'organisme de sécurité sociale	209
§2. Phase contentieuse : L'organisme auteur de la plainte devant le Conseil régional peut être convoqué.....	210
II. La répression du médecin libéral devant la Section disciplinaire d'un Conseil de l'Ordre	211
§1. Les faits poursuivis par les organismes concernent l'objectif de santé publique	211

A. Les faits réprimés portant sur l'activité du praticien, en tant qu'acteur économique	211
1. L'interdiction de faire de la publicité pour les professionnels de santé.....	211
2. L'acceptation d'une donation d'un patient.....	212
3. Le respect de la limite à l'omnivalece du diplôme d'un professionnel de santé	212
B. Les faits réprimés au nom de l'intérêt du patient	214
1. le non-respect du secret professionnel	214
2. L'exigence d'un but médical de l'acte médical	215
3. Le consentement du patient à l'acte médical	215
4. L'encadrement de l'Interruption volontaire de grossesse (IVG).....	216
§2. Les sanctions.....	216
A. Les différentes sanctions prises	216
B. L'émergence du problème de leur proportionnalité.....	216
C. La mise en cause du caractère exécutoire de la sanction du médecin libéral	217
1. L'exécution de la sanction au détriment du médecin libéral	217
2. Le sursis à l'exécution au détriment du médecin libéral	218
Section VI. Les mesures d'urgence	219
I. L'intervention du service du contrôle médical.....	219
II. L'intervention du représentant de l'Etat puis d'une décision ordinaire en application du Code de la santé publique	220
§1. L'intervention du représentant de l'Etat	220
§2. L'intervention d'une décision ordinaire	221
III. Le contrôle du juge administratif comme sécurité pour le médecin	222
§1. Le contrôle de légalité de la mesure de suspension.....	222
§2. La définition lacunaire de l'urgence	223

TITRE II. LA PROTECTION DU MEDECIN LIBERAL AU REGARD DE SES LIBERTES FONDAMENTALES	228
Chapitre I. Les règles protectrices au cours de la phase de contrôle diligentée par le service public de sécurité sociale	228
Section I. L'affirmation des droits de la défense au profit du médecin libéral.....	229
Section II. La mise en œuvre des droits de la défense dans la procédure administrative	230
I. L'information du médecin libéral tout au long de la procédure de contrôle diligentée par l'organisme de sécurité sociale	230
§1. Une information du médecin libéral établie par le Code de la sécurité sociale	230
§2. Une information du médecin libéral également issue de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000	232
II. Le droit à un avocat dans la phase administrative de la procédure	233
III. L'exigence d'impartialité de l'action du service public de sécurité sociale.....	235
§1. Le défaut d'impartialité comme cause de nullité de la sanction.....	235
§2. L'impact du respect de l'impartialité sur le reste de la procédure répressive	237
Section III. L'exigence de motivation des décisions prises par le service public de sécurité sociale	238
I. L'exigence de motivation des décisions prises à l'encontre du médecin libéral issue du droit administratif et de la Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs	238
II. L'exigence de motivation décision prise à l'encontre du médecin libéral et l'application de la règle idem est non esse et non significari.....	239
§1. L'information de la motivation de leurs actes par les autorités et en particuliers par les organismes de sécurité sociale	239
§2. L'application de ces règles par le Code de la sécurité sociale.....	240
Section IV. L'impact de la procédure administrative sur le procès ultérieur	243

Chapitre II. La défense du médecin libéral pendant la phase contentieuse.....246

Section I. Les règles de fonds faisant défaut au médecin libéral..... 246

- I. Un principe non bis in idem inefficace en pratique à protéger le médecin libéral . 246
 - §1. La non applicabilité du principe non bis in idem en droit disciplinaire 246
 - A. La jurisprudence nationale 246
 - B. La jurisprudence communautaire et européenne 248
 - §2. L'indépendance des poursuites disciplinaires et pénales 250
 - §3. L'application du principe de confusion des peines 251
- II. Le refus du Conseil d'Etat de contrôler le caractère proportionné ou non de la sanction 252

Section II. Les droits procéduraux du médecin libéral liés au droit à un procès équitable 253

- I. Développement liminaire : Les droits procéduraux élémentaires garantis par les conventions internationales au delà de l'article 6§1 253
 - §1. Le principe communautaire du droit à un recours effectif..... 254
 - §2. L'article 13 de la CESDH garantit l'effectivité de toute contestation 254
- II. L'applicabilité de l'article 6§1 de la CESDH à la contestation du médecin libéral..... 255
 - §1. Applicabilité de l'article 6§1 de la CESDH au regard de la matière 255
 - A. Les décisions touchant au droit d'exercer la médecine doivent pouvoir être contestées dans le cadre d'un procès équitable 256
 - B. Les décisions ayant un caractère répressif doivent pouvoir être contestées dans le cadre d'un procès équitable..... 257
 - C. Application de l'article 6§1 au contentieux de la responsabilité de l'État..... 258
 - D. Toutefois une contestation qui ne porterait pas sur un droit ne relèverait pas du champ d'application de l'article 6§1 259
 - §2. Applicabilité de l'article 6§1 au regard de pouvoirs dont sont investis les organes chargés de réprimer le médecin libéral..... 259
 - A. La réaction du médecin libéral 259
 - B. Les pouvoirs de l'organe chargé de réprimer le médecin libéral..... 259
- III. Les exigences du droit à un procès équitable 260
 - §1. Les exigences respectées 260
 - A. La publicité de l'audience 261
 - 1. Un principe reconnu en droit français et européen261
 - 2. L'absence de caractère absolu du principe de publicité des audiences262

3. Le respect du principe de publicité lors de la procédure de sanction à l'encontre du médecin libéral.....	263
B. L'exigence du respect du contradictoire	265
1. La légalité d'une sanction conditionnée par le respect du contradictoire	265
2. L'éventuelle censure d'une décision de sanction en l'absence de respect du contradictoire	267
3. La légalité de la procédure pré contentieuse conditionnée aussi par le respect du contradictoire	267
4. L'application du contradictoire par la juridiction qui examine la décision de sanction	269
C. Un tribunal indépendant et impartial	272
1. Composition d'une juridiction : doute sur la légalité d'une sanction.....	272
2. La présence acceptée des médecins-conseils lors de l'instruction et du jugement du médecin libéral.....	273
3. Les mesures d'instructions menées par le rapporteur	275
D. La motivation d'une décision juridictionnelle.....	277
§2. Les exigences non respectées	279
A. La présomption d'innocence	279
B. La durée de la procédure	280
1. La responsabilité de l'Etat pour durée excessive de la procédure sous l'influence de la CEDH.....	280
2. La prise en compte de la jurisprudence de la CEDH en droit français.....	281

BIBLIOGRAPHIE	289
I. Manuels et ouvrages généraux	289
II. Articles	290
III. Chroniques, notes et conclusions	292
IV. Traités et conventions	292
V. Circulaires	293
VI. Index de la jurisprudence	293
VII. Décisions du Conseil constitutionnel	304
TABLE DES MATIÈRES	306