

N° 364384, 365276, 365818, 365822
Syndicat des médecins d'Aix et région et autres

1^{ère} et 6^{ème} sous-sections réunies
Séance du 29 septembre 2014
Lecture du 22 octobre 2014

CONCLUSIONS

M. Alexandre LALLET, rapporteur public

« ... je donnerai mes soins gratuits à l'indigent, et je n'exigerai jamais un salaire au-dessus de mon travail... ». Ce ne sont pas les termes du dernier avenant à la convention des médecins libéraux, mais plus modestement ceux du serment d'Hippocrate. Ils rappellent que les médecins doivent faire preuve de retenue dans la fixation de leurs honoraires, et veiller à ce que les patients sans ressources puissent, comme les autres, bénéficier des soins appropriés à leur état. Telle est aussi la principale ambition de l'avenant n° 8 à la convention des médecins libéraux, qui a eu les honneurs des médias et, comme nombre de ses prédécesseurs, a aujourd'hui ceux de votre prétoire.

Cette première série de requêtes met principalement en cause le nouveau dispositif **d'encadrement des dépassements d'honoraires**.

En tant qu'assurés sociaux, vous savez que vous pouvez consulter des médecins non conventionnés, qui pratiquent des honoraires libres et ouvrent droit à un remboursement modique, au tarif dit « d'autorité », ou des médecins conventionnés, qui se répartissent eux-mêmes en deux secteurs : le secteur 1, où les médecins doivent en principe appliquer les tarifs conventionnels, à l'exception rare de ceux d'entre eux qui jouissent d'un droit à dépassement permanent ; et le secteur 2, dits à honoraires différents, qui permet aux médecins de pratiquer des honoraires dépassant le tarif conventionnel, « avec tact et mesure » selon la déontologie médicale. L'ambition de l'avenant n° 8 est d'encadrer les dépassements des médecins qui peuvent en pratiquer. L'enjeu n'est pas financier, puisque les dépassements ne sont pas remboursés par l'assurance maladie. Il est sanitaire et social, car cette pratique peut être un frein à l'accès aux soins.

Comme la presse s'en est fait l'écho, les négociations furent âpres, et le résultat modeste. Il peut certes impressionner sur le papier : il est expressément prévu que les médecins exerçant en secteur 2 ou titulaires du droit à dépassement permanent fixent

leurs honoraires afin de permettre l'accès aux soins des assurés sociaux, qu'ils modèrent leurs honoraires, et qu'ils s'engagent à ne pas se livrer à une pratique tarifaire excessive, appréciée au vu d'une série de critères. Il assortit cet engagement d'un dispositif répressif particulièrement charpenté. En pratique, il semble toutefois que seule une poignée de sanctions ait été infligée jusqu'à présent. Cela n'empêche pas plusieurs organisations de médecins de dénoncer un mécanisme trop coercitif, par des requêtes qui sont recevables.

La consultation du Conseil national de l'ordre des médecins a été régulière¹. De manière inédite, il est ensuite reproché aux ministres de ne pas avoir consulté le conseil de la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés (CNAMTS) ni la commission des accidents du travail et des maladies professionnelles. De prime abord, l'article L. 200-3 du code de la sécurité sociale semble leur en faire l'obligation. Il prescrit en effet cette consultation sur tout projet de mesure réglementaire ayant des incidences sur l'équilibre financier d'une branche ou entrant dans le domaine de compétence d'un de ces organismes. Or l'arrêté litigieux est un acte réglementaire, qui relève de la compétence du conseil de la CNAMTS et dont il n'est pas contesté, et guère contestable, qu'il aura des incidences sur l'équilibre financier de la branche AT/MP, notamment dans ses dispositions tarifaires.

Vous pourriez vous appuyer sur le fait que la convention et ses avenants sont signés par l'UNCAM, qui assure, en quelque sorte, la représentation des caisses nationales d'assurance maladie, y compris la CNAMTS, dont le conseil nomme la majorité des membres du conseil de l'UNCAM. L'article L. 182-2-3 prévoit en outre que le conseil de l'UNCAM « peut » rendre un avis motivé sur la convention et ses avenants conclus par son directeur général. On voit mal, dans ces conditions, quel serait le sens d'une consultation obligatoire du conseil de la CNAMTS. Mais ce raisonnement ne résout pas le problème de la consultation de la commission AT/MP. Celle-ci fait certes partie, organiquement, de la CNAMTS. Mais elle est traitée distinctement par l'article L. 200-3, ce qui est logique puisqu'elle gère une branche autonome². Et elle n'est nullement représentée par l'UNCAM.

1

□ Comme le prévoit l'article L. 162-15 du code de la sécurité sociale, il devait être consulté après, et non avant, la conclusion de l'avenant ; la circonstance que le courrier de saisine du directeur général de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie comportait l'en-tête de la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés n'a pu induire en erreur le CNOM et est donc sans incidence sur la régularité de la procédure ; enfin, il ne peut être soutenu que le CNOM n'aurait pas disposé d'un délai suffisant pour rendre son avis, alors qu'il l'a rendu une quinzaine de jours après avoir été saisi.

2

□ On notera que le 2^{ème} alinéa de l'article L. 221-4 du CSS renvoie à un décret le soin de déterminer les conditions dans lesquelles cette commission est consultée pour les affaires

2

Le moyen nous paraît toutefois pouvoir être écarté par un raisonnement plus radical. L'article L. 162-15 du code de la sécurité sociale régit à notre avis entièrement la procédure d'approbation des conventions et avenants. Certes, vous vous êtes montré plus prudent jusqu'à présent, en écartant des moyens de défaut de consultation au motif que le texte conventionnel n'entraîne pas, eu égard à son contenu, dans le champ matériel d'obligations consultatives (V. à propos de la consultation de l'ACOSS prévue par le même article L. 200-3 : CE, 26 mars 1999, Syndicat national des infirmières et infirmiers libéraux et autres, n° 190528 et s., aux T., avec un « en tout état de cause » ; et à propos du Conseil de la concurrence : CE, 30 avril 1997, Syndicat national des masseurs-kinésithérapeutes-rééducateurs et syndicat MK France, n° 180299-180328, au Rec.). Mais notre conviction s'ancre dans le particularisme du processus d'élaboration de cet acte réglementaire négocié, et dans le fait que, une fois le texte conventionnel transmis par l'UNCAM aux ministres, ceux-ci disposent d'un délai de 21 jours pour faire connaître leur opposition. A défaut, le texte est regardé comme approuvé. Ce faisant, le législateur a certainement entendu soustraire les ministres eux-mêmes à toute obligation consultative. C'est la raison pour laquelle l'article L. 162-15 prend soin de mettre à la charge de l'UNCAM la mise en œuvre de procédures consultatives³ en amont, entre la conclusion de l'accord et sa transmission aux ministres pour approbation. Nous pensons que le législateur n'a pas entendu soumettre l'UNCAM elle-même à d'autres obligations consultatives que celles qu'il a expressément prévues.

A tout le moins, nous sommes d'avis qu'il n'a pas entendu obliger cet organisme à procéder aux consultations prévues à l'article L. 200-3. D'abord, parce qu'est en cause une convention entre l'assurance-maladie et les professionnels, ce qui nous paraît exclure l'immixtion d'organismes gérant d'autres branches, quand bien même seraient-elles incidemment affectées. Ensuite, parce que les articles R. 200-1 et suivants du code de la sécurité sociale qui définissent les modalités d'application de l'article L. 200-3, prévoient

communes aux deux branches. Or l'article R. 221-9 du même code se borne à prévoir qu'elle est consultée par le conseil de la CNAMTS lorsque celui-ci est amené à prendre une décision susceptible d'affecter l'équilibre financier ou le fonctionnement de la branche AT/MP. Tel n'est pas le cas en matière de convention médicale. Il nous semble toutefois que cette disposition réglementaire ne peut s'interpréter comme définissant de manière exhaustive les cas de consultation de la commission AT/MP sur des textes intéressant aussi l'assurance maladie. Le 2^{ème} alinéa de l'article L. 221-4 institue à notre avis une obligation de consultation, d'autant qu'il est issu d'un simple « amendement de précision ».

3

□ Celle des instances ordinales, sur les dispositions touchant à la déontologie, et l'UNOCAM. A quoi s'ajoute la transmission du texte aux organisations syndicales représentatives des professionnels de santé concernés (art. R. 162-54-4).

que les organismes intéressés sont saisis des projets de mesures réglementaires par le ministre chargé de la sécurité sociale, à qui l'avis est notifié. Une saisine par l'UNCAM n'est pas envisagée.

Nous en venons à la légalité propre du dispositif d'encadrement des dépassements d'honoraires.

Contrairement à ce qui est soutenu, les partenaires conventionnels étaient compétents pour instituer un dispositif de cette nature. Vous l'avez jugé en vous appuyant sur le 10° de l'article L. 162-5 du code de la sécurité sociale qui leur permet de fixer les « *conditions dans lesquelles est assuré le suivi des dépassements d'honoraires et de leur évolution* » (CE, 28 juillet 1999, Syndicat des médecins libéraux et autres, n° 202606, aux T.⁴). Et vous pouvez désormais vous appuyer, plus solidement encore, sur le I de l'article L. 162-14-1, qui confie à la convention le soin de fixer les tarifs des honoraires, rémunérations et frais accessoires dus aux professionnels par les assurés sociaux « *en-dehors des cas de dépassement autorisés par la convention pour les médecins* ». Nous ne voyons pas ce qui permet au SMAER d'affirmer que ces dispositions ne s'appliqueraient pas aux médecins du secteur 2, alors qu'ils sont conventionnés comme les médecins du secteur 1 et que la problématique des dépassements d'honoraires les concerne au premier chef⁵. En outre, la circonstance que les médecins sont tenus, au titre de leurs obligations déontologiques prévues par décret, de faire preuve de tact et de mesure dans la fixation de leurs honoraires, n'affecte en rien la compétence des partenaires conventionnels pour encadrer la pratique des dépassements. Naturellement, le 10° de l'article L. 162-5 permettait aussi aux partenaires conventionnels de confier le suivi et l'évaluation du dispositif à une commission paritaire nationale et de créer un observatoire sur les pratiques tarifaires.

Un requérant s'en prend ensuite à la disposition qui interdit les dépassements d'honoraires en cas de soins délivrés aux bénéficiaires de l'attestation de droit à l'aide à l'acquisition d'une complémentaire santé, plus connu sous le nom de « crédit d'impôt CMUC ». Il soutient que seul le décret en Conseil d'Etat prévu à l'article L. 871-1 du

4

□ Cette décision précise seulement que les mesures prises à cet effet doivent être en rapport avec les conditions dans lesquelles les intéressés ont été appelés à exercer leur activité, c'est-à-dire individualisées.

5

▣ Vous noterez au passage que l'article L. 162-5-13 du même code permettait aux partenaires conventionnels d'aller bien plus loin qu'ils ne l'ont fait, en fixant un plafond de dépassement par acte ou un plafond annuel. D'ailleurs, les partenaires conventionnels seraient aussi compétents pour prévoir que tous les médecins doivent pratiquer des tarifs opposables...

code de la sécurité sociale pouvait définir le périmètre des opérations d'assurance bénéficiant de cette aide, appelés « contrats responsable ». C'est tout à fait exact. Ce décret doit d'ailleurs, en vertu du 2^{ème} alinéa de cet article, déterminer si et, le cas échéant, dans quelle mesure un contrat responsable peut prendre en charge des dépassements d'honoraires. C'est la raison pour laquelle vous avez annulé un arrêté en tant qu'il approuvait un avenant à la convention médicale qui prétendait fixer un seuil de dépassement au-delà duquel un contrat ne pourrait plus être regardé comme responsable (CE, 20 décembre 2006, S..., n° 282123). Mais la disposition critiquée se borne à interdire les dépassements d'honoraires pour ce public. Elle rend certes sans objet le renvoi de la loi à un décret en Conseil d'Etat sur ce point, mais elle n'est certainement pas entachée d'incompétence⁶.

L'un des requérants met ensuite en doute la pertinence du dispositif, qui n'atteindrait pas l'objectif d'accessibilité financière des soins poursuivi, tout en mettant en péril la situation financière de certains médecins. Il pointe en particulier le taux de 150 % que le préambule de l'avenant mentionne à titre de « repère » possible, et au-delà duquel les médecins entrent, en quelque sorte, dans la zone rouge, sans nécessairement encourir de sanction. Mais, d'une part, il ne s'agit pas d'un seuil automatique et la situation particulière de chaque médecin est examinée. Et on peine à croire que la modération mette en péril l'équilibre financier de certains médecins alors que l'immense majorité des médecins de secteur 2 s'en sortent très bien sans avoir la main trop lourde. D'autre part, il est difficilement contestable que la modération tarifaire, qui s'ajoute à l'ensemble des autres mesures prévues par l'avenant, constitue un facteur d'accessibilité des soins. Si des dépassements inférieurs à 150 % peuvent toujours compromettre l'accès aux soins, il est précisé dans la convention que ce taux-repère a vocation à baisser progressivement. Enfin, la circonstance que les dépassements les plus importants seraient le fait d'une poignée de médecins ne nous impressionne guère : dans certaines zones, les patients n'ont guère le choix. Et en la matière aussi, il est souvent préférable de prévenir plutôt que de guérir⁷. Vous pourrez donc écarter toute erreur manifeste d'appréciation.

6

▣ Signalons tout de même qu'elle miroite avec l'article L. 162-5-13 du code de la sécurité sociale, qui interdit les dépassements d'honoraires pour les bénéficiaires de la CMUC, sauf exceptions limitativement énumérés. Or l'avenant ne les reprend pas pour les bénéficiaires du crédit d'impôt. Pourtant, ces derniers sont, par construction, dans une meilleure situation financière puisque leurs ressources ne leur ont pas permis d'obtenir la CMUC. Ce point n'est toutefois pas critiqué.

7

▣ Vous noterez que, selon le ministre, ce sont tout de même près de 10 % des médecins en secteur 2 qui seraient concernés, en retenant la valeur repère de 150 %.

Est ensuite articulée une critique d'erreur de droit, matinée d'intelligibilité et d'accessibilité de la norme, qui dénonce le flou des engagements. Mais fort heureusement, la convention peut assigner aux médecins des objectifs ou fixer des orientations en renvoyant le soin aux acteurs de terrain, en particulier les CPAM, d'en contrôler le respect au cas par cas, sans avoir elle-même à entrer dans le moindre détail.

Ce moyen fait toutefois directement écho à une autre critique, plus délicate, qui fait valoir que les obligations mises à la charge des médecins auraient dû être plus précises dès lors qu'elles sont assorties de sanctions. Vous pourrez sans difficulté y voir une invocation, opérante⁸, du principe de légalité des délits découlant de l'article 8 de la Déclaration de 1789.

Vous savez que le principe de légalité des délits impose de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire⁹. En matière de sanction administrative, il faut et il suffit que l'obligation sanctionnée remplisse cette exigence de clarté¹⁰. A propos des sanctions professionnelles de l'Autorité des marchés financiers,

8

□ L'opérance du moyen n'est pas douteuse. Vous avez déjà admis l'applicabilité de l'article 8, en tant qu'il garantit la proportionnalité des peines, aux sanctions conventionnelles infligées aux médecins, que vous avez regardées comme des punitions (CE, 28 juillet 1999, Syndicat des médecins libéraux et autres, n° 202606 et a., aux T. – V. aussi sur les sanctions prononcées par le directeur de la CPAM sur le fondement de l'article L. 162-1-14 : CC, n° 2004-504 du 12 août 2004.

9

▣ V. par ex. : CE, 27 mai 1987, Syndicat national des producteurs et sélectionneurs de griffes d'asperges, n° 64761, au Rec.

10

□ S'agissant des sanctions administratives, l'exigence d'une définition des infractions sanctionnées est satisfaite par la référence aux obligations auxquelles l'intéressé est soumis en vertu des lois et règlements (n° 88-248 DC du 17 janvier 1989). On observe toutefois un glissement rédactionnel dans la jurisprudence, la plus récente énonçant que le principe de légalité des délits lui-même (et non simplement l'exigence d'une définition des infractions) est satisfait par une telle référence (CE, Section, 12 octobre 2009, Petit, n° 311641, au Rec. ; Comp. CE, Assemblée, 7 juillet 2004, Ministre de l'intérieur c/ B..., n° 255136, au Rec.). On retrouve cette ambiguïté dans les conclusions de L. Dérépas sur l'affaire de Section FHP du 18 juillet 2008 (n° 300304, au Rec.) : « *La définition des infractions par renvoi à des obligations définies par ailleurs suffit donc à assurer le respect du principe de légalité des délits et des peines en matière administrative, sans qu'il soit besoin d'énumérer les infractions qui peuvent être sanctionnées* ». En réalité, il convient d'examiner si les obligations elles-mêmes sont suffisamment précise ((n°

6

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

vous avez ainsi exigé que la règle en cause soit « *suffisamment claire, de sorte qu'il apparaisse de façon raisonnablement prévisible par les professionnels concernés, eu égard aux textes définissant leurs obligations professionnelles et à l'interprétation en ayant été donnée (...), que le comportement litigieux constitue un manquement à ces obligations* » (CE, 18 février 2011, Banque d'Orsay et autres, n° 322786, aux T.). Naturellement, le seul fait qu'une disposition puisse prêter à interprétation, parce qu'elle recourt à des notions subjectives ou relatives, ne saurait en soi la disqualifier. A titre d'exemple, le Conseil constitutionnel a admis la constitutionnalité d'une disposition qui exige à peine de sanction pénale que l'employeur consulte le comité d'entreprise avant de rendre publique une décision dont les mesures de mise en œuvre sont de nature à affecter « de façon importante » les conditions de travail (n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002)¹¹. Et vous avez fait de même pour une sanction pénale infligée en cas de commercialisation de plants d'asperges qui n'étaient pas « suffisamment turgescents » (CE, 27 mai 1987, Syndicat national de producteurs et sélectionneurs de griffes d'asperges, n° 64761, au Rec.). Le juge module en outre son degré d'exigence en fonction de la complexité des pratiques et de la nature de la sanction, ce qui conduit en général à une plus grande souplesse en matière de sanction administrative ou civile qu'en matière pénale (V. en ce sens la décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011). Nous vous invitons d'autant plus à la retenue ici que sont en cause des engagements contractés par les médecins eux-mêmes, à travers les organisations professionnelles qui les représentent. Sauf à voir dans ces conventions de purs marchés de dupes, on est enclin à considérer que, dans l'esprit des signataires, ces engagements avaient un sens suffisamment précis pour pouvoir être souscrits¹².

En l'espèce, l'avenant réprime une « pratique tarifaire excessive », qui peut donner lieu à une sanction allant, en théorie, jusqu'au déconventionnement, même si la sanction principale est la suspension temporaire du droit au dépassement. Il précise que

2006-535 DC du 30 mars 2006, pt. 37 ; CE, 24 juin 2013, Société Colruyt France et Etablissements Fr. Colruyt, n° 360949, au Rec.).

11

¹¹ Vous avez estimé suffisamment précise l'obligation faite aux chirurgiens-dentistes d'afficher les tarifs de certaines prestations qu'ils choisissent parmi celles qu'ils pratiquent le plus couramment, en dépit de la marge d'appréciation reconnue aux praticiens (CE, 12 mai 2010, Syndicat des chirurgiens-dentistes de Paris, n° 326871, aux T.).

12

¹² Comme le relevait Luc Derepas dans ses conclusions sur la décision de Section FHP du ... : « *Par définition, les engagements contractuels sont connus des (...) signataires, de sorte que la règle qui édicte que leur non-respect entraînera une sanction n'est (...) ni obscure, ni ambiguë (...)* ».

ce caractère excessif s'apprécie au regard de 4 critères : le rapport entre la somme des dépassements et la somme des tarifs opposables (taux de dépassement) ; le taux de croissance annuel de ce rapport ; la fréquence des actes avec dépassements et la variabilité des honoraires pratiqués ; et le dépassement moyen annuel par patient. Il est en outre prescrit de tenir compte de la fréquence des actes par patient, du volume global de l'activité du professionnel de santé, du lieu d'implantation du cabinet et de la spécialité et des niveaux d'expertise et de compétence. On le voit : l'avenant définit plutôt des indicateurs – à savoir le niveau des dépassements, leur fréquence, leurs proportions et leur évolution - et des critères d'appréciation, mais il renseigne peu sur les seuils au-delà desquels la pratique tarifaire pourra être regardée comme excessive. Comme on l'a dit, le taux de dépassement de 150 % évoqué dans le préambule est purement indicatif, et les autres indicateurs ne sont assortis d'aucune valeur plafond ni même repère.

Nous pensons toutefois que les professionnels peuvent raisonnablement savoir si leur comportement est passible ou non de sanctions :

- En premier lieu, le caractère excessif des tarifs pratiqués s'apprécie à la fois au regard de l'objectif général d'accessibilité financière des soins, de l'engagement de modération tarifaire pris par les médecins, et de l'obligation qui leur est faite depuis 1940 de fixer leurs honoraires avec « tact et mesure », obligation désormais reprise à l'article R. 4127-53 du code de la santé publique et dont les contours ont été précisés par la jurisprudence¹³. Sans doute cette dernière obligation déontologique revêt-elle avant tout un caractère individuel : c'est à l'occasion de chaque acte qu'il pratique que le médecin doit faire preuve de modération tarifaire, en tenant compte aussi bien de son expertise et de la technicité de l'acte que des capacités financières du patient. Mais pour reprendre la formule de votre décision du 17 novembre 1982, Syndicat de la médecine générale (n° 27574, au Rec.), le dispositif conventionnel litigieux concourt à la « mise en œuvre » de cette obligation déontologique à l'échelle de l'ensemble de la pratique du médecin, c'est-à-dire au niveau « macro ». C'est la raison pour laquelle l'avenant prévoit la prise en compte aussi bien des niveaux d'expertise et de compétence que du lieu d'implantation du cabinet, qui détermine le pouvoir d'achat moyen des patients¹⁴. A cet égard, la diversité des pratiques et des

13

¹³ V. not. : CE, Section, 18 février 1977, H..., n° 00557, au Rec. ; CE, 30 juin 1993, F..., n° 102184-104719, aux T. ; CE, 4 décembre 1985, D..., n° 41019, aux T. ; CE, 7 décembre 1984, S..., n° 41743, au Rec.

14

¹⁴ La décision du directeur général de l'UNCAM prévoit ainsi une adaptation du taux de 150 % dans les départements les plus riches, et une modulation du critère du montant moyen annuel de dépassement par patient en fonction du revenu médian départemental.

situations justifient une approche casuistique, de préférence à des plafonds chiffrés fixés *a priori* par la convention.

- En deuxième lieu, il apparaît, à la lecture de l'article 11 de l'avenant, que les partenaires conventionnels ont entendu confier au directeur général de l'UNCAM le soin d'apporter certaines précisions, en définissant « *les principes de la sélection des médecins susceptibles de relever de la procédure de sanction* ». De fait, les principes qui ont été édictés comportent des règles plus précises, y compris le seuil de 150 %, à partir duquel la pratique devient « *susceptible d'être considérée comme excessive* ». Votre jurisprudence admet que les partenaires conventionnels procèdent à une subdélégation dès lors que la convention l'encadre suffisamment. Vous avez ainsi estimé que la convention pouvait poser une condition de durée d'exercice minimale pour qu'un médecin bénéficie d'un droit au dépassement d'honoraires, et renvoyer la fixation de cette durée à des commissions paritaires locales (CE, 12 juillet 1978, K..., n° 03169-03293, au Rec.). En l'occurrence, on peut hésiter à y voir une base suffisante pour l'exercice d'un pouvoir réglementaire délégué par le directeur général de l'UNCAM. Quoiqu'il en soit, l'intervention du DG de l'UNCAM doit à tout le moins être regardée, comme celle de l'AMF dans l'affaire Banque d'Orsay, comme une doctrine interprétative qui éclaire les acteurs sur les comportements passibles de sanction¹⁵, et qui concourt ainsi à la prévisibilité de la règle.

- Enfin, vous pourrez relever que la procédure de sanction, sur laquelle nous reviendrons, contribue à sécuriser les praticiens : un avertissement préalable doit leur être envoyé, comportant toutes les informations leur permettant d'adapter leur pratique dans un délai de 2 mois. Or vous savez que l'existence d'une mise en demeure obligatoire concourt au respect du principe de légalité des délits (n° 88-248 DC du 17 janvier 1989).

Signalons pour terminer qu'une censure sur ce point rejaillirait nécessairement sur les sanctions prononcées pour méconnaissance de la règle du « tact et mesure ». Et la déflagration irait sans doute bien aller au-delà, car il n'est pas rare que les infractions passibles de sanction administrative, voire pénale, soient définies en termes relativement généraux ou sujets à interprétation, sans barème ou référence chiffrée, à charge pour l'administration de forger une doctrine et pour le juge de fixer progressivement l'emplacement du curseur.

15

¹⁵ Il faut toutefois noter que l'UNCAM n'exerce pas d'autorité hiérarchique sur les CPAM. Seule la CNAMTS en assure le contrôle, en vertu du dernier alinéa de l'article L. 221-1 du code de la sécurité sociale. Il faut faire l'effort de lire le renvoi au directeur général de l'UNCAM comme se référant à celui de la CNAMTS, qui est la même personne.

Nous vous invitons donc à écarter le moyen. Et dans la foulée, vous pourrez écarter le moyen d'erreur manifeste d'appréciation dans le choix des critères d'appréciation du caractère excessif de la pratique tarifaire. Il est reproché à l'avenant de ne pas tenir compte de la situation financière de l'assuré, du service médical rendu et de la complexité des actes. Mais comme on l'a vu, ces éléments sont pris en compte au niveau global, par les critères de variabilité des honoraires, de lieu d'exercice et de niveau d'expertise et de compétence. Quant au taux de 150 %, il est tout à la fois indicatif et raisonnable, alors que le niveau des tarifs, y compris les modificateurs, est censé être calculé de manière à couvrir les charges des médecins et la rémunération de leur prestation. Et ce taux n'est nullement contraire à l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi. Il est défini expressément comme le rapport entre la somme des honoraires facturés au-delà du tarif opposable¹⁶ - c'est-à-dire les dépassements - et la somme des tarifs opposables des soins délivrés par le médecin. Un taux de dépassement de 150 % correspond donc à des honoraires de 2,5 fois le tarif opposable, et non 1,5. Les ambiguïtés de l'avenant sont également dénoncées sous l'angle du principe d'égalité, en ce qu'elles ouvriraient la porte à l'arbitraire. Vous avez occasionnellement admis l'opérance d'un tel moyen (CE, 30 décembre 2009, Confédération des praticiens des hôpitaux et autre, n° 306040-306055 ; CE, 10 décembre 1999, R..., n° 203131), mais vous pourrez l'écarter en tout état de cause pour les mêmes raisons que précédemment.

Les moyens suivants portent plus spécifiquement sur les sanctions. Les partenaires conventionnels sont évidemment compétents pour assortir les obligations qu'ils créent de sanctions¹⁷. Une série de moyens tire argument de la multiplicité des sanctions réprimant les mêmes faits. Il faut bien avouer qu'on frôle l'indigestion. En cas d'abus dans les dépassements d'honoraires, un médecin s'expose à quatre procédures différentes :

- Une sanction prononcée par la section des assurances sociales du conseil régional de l'ordre des médecins, juridiction du contrôle technique de la sécurité sociale, pour abus relevés à l'occasion des soins dispensés aux assurés sociaux (art. L. 145-1 CSS)
- Une sanction disciplinaire pour méconnaissance de la règle déontologique du « tact et mesure » ;
- Une sanction que le directeur de la CPAM peut infliger sur le fondement de l'article L. 162-1-14-1 en cas de dépassements d'honoraires

16

¹⁶ Et non simplement le rapport entre les sommes facturées et le tarif opposable.

17

¹⁷ CE, 30 novembre 2005, SMAER et autres, n° 278291, au Rec.

excédant le tact et la mesure ou de dépassements d'honoraires non conformes à la convention ;

- Et enfin, une sanction conventionnelle prévue par l'avenant n° 8 en cas de « pratique tarifaire excessive ».

Tâchons de clarifier l'articulation de ces procédures. Les deux dernières sont exclusives l'une de l'autre, selon les termes mêmes de l'article L. 162-1-14-1. Le directeur de la CPAM choisit sa procédure, en quelque sorte.

S'agissant de la 1^{ère} sanction, relevant du contentieux technique de la sécurité sociale, l'avenant prévoit à l'article 3.1 de l'annexe XXII que « *le directeur de la CPAM ne peut concurremment recourir à une autre procédure visant à sanctionner les mêmes faits* », hormis la procédure disciplinaire que nous venons d'évoquer. Vous avez jugé que la convention ne peut légalement avoir pour effet de faire obstacle à ce que les juridictions du contrôle technique de la sécurité sociale soient saisies et statuent sur les faits susceptibles d'être qualifiés par elles de faute et d'être à ce titre sanctionnés (CE, 14 mars 2005, CPAM des Bouches-du-Rhône, n° 262130). L'avenant devant s'interpréter conformément aux normes supérieures, il convient de lire la clause litigieuse comme signifiant que le directeur de la CPAM qui a saisi la section des assurances sociales du conseil régional de l'ordre ne peut engager la procédure de sanction conventionnelle.

Il est vrai que tout risque de cumul n'est pas écarté, puisque cette juridiction peut être saisie par de nombreux tiers en vertu de l'article R. 145-18 du code de la sécurité sociale. Mais seule la saisine par le directeur général de la CPAM est évoquée et nous vous invitons à observer un silence pudique sur le surplus de la question.

Restent les sanctions disciplinaires. Celles-ci peuvent s'ajouter aux sanctions conventionnelles sans qu'il en résulte, ainsi qu'il est soutenu, une méconnaissance du champ de compétence des juridictions disciplinaires tel que défini à l'article R. 4127-1 du code de la santé publique (V. CE, 14 mai 2008, Association pharmaceutique libérale d'union syndicale, n° 297724, aux T.). Le principe constitutionnel *non bis in idem* n'est pas davantage méconnu, pas plus que le principe de nécessité des peines et celui de proportionnalité des peines, lequel impose seulement que le montant global des sanctions prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues. D'ailleurs, les sanctions se complètent assez harmonieusement, selon la gradation suivante : l'avertissement et le blâme, au titre du contentieux ordinal ; les sanctions conventionnelles ; et l'interdiction d'exercer prononcée par les juridictions ordinales, qui rend sans objet les sanctions conventionnelles pour la période d'interdiction. Vous relèverez que la procédure contradictoire prévue par l'avenant permet au praticien de signaler qu'il a déjà fait l'objet d'une sanction ordinale à raison des mêmes faits, le cas échéant (V. pour cette réserve : CE, 16 juillet 2010, B..., n° 321056).

Les requérants se prévalent aussi de la règle *non bis in idem* en tant qu'elle résulte de plusieurs engagements internationaux de la France. Cette invocation est

certainement inopérante pour ce qui concerne l'article 14 § 7 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui ne régit que les sanctions pénales (avis CE, 4 avril 1997, J..., n° 183658, au Rec.), et pour l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne comme des articles 54 à 58 de la convention d'application de l'accord de Schengen, dont le champ d'application ne s'étend pas à nos mesures. Quant à l'article 4 du protocole n° 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, vous savez que la France a posé une réserve consistant à circonscrire son champ à la matière pénale au sens national du terme. Vous savez sans doute aussi qu'une réserve analogue posée par l'Italie a été écartée par la Cour européenne dans un arrêt du 4 mars dernier, G... S... et autres c/ Italie (n° 18640/10 et autres), au motif qu'elle ne comportait pas un bref exposé de la loi italienne qui ne serait pas conforme à la stipulation conventionnelle, comme l'exigeait le § 2 de l'article 57 de la Convention. Mais aucune partie ne soutient que tel est le cas en l'espèce. Et même s'il semble évident que la réserve française ne tient pas davantage¹⁸, nous pensons qu'il ne vous appartient pas de relever d'office son inconventionnalité, de même que vous ne relevez pas d'office la contrariété d'un texte de droit interne à un engagement international de la France, conformément à la jurisprudence d'Assemblée Morgane¹⁹.

Si vous préféreriez éviter une réponse qui pourrait sonner comme une provocation à Strasbourg, vous pourriez à notre avis écarter le moyen sur un autre terrain d'inopérance. La règle *non bis in idem* ne remet pas en cause l'existence même du dispositif répressif prévu par l'avenant n° 8, ni même la possibilité de mener de front les deux procédures. La difficulté n'apparaîtrait que si, après que la procédure ordinale a été

18

□ La réserve française n'est pas plus motivée que son homologue italienne. En outre, l'article 57 de la Convention n'envisage que les réserves portant sur des lois en vigueur au moment de sa signature ou du dépôt de son instrument de ratification. Ce n'est évidemment pas le cas de l'avenant n° 8. On pourrait toutefois considérer qu'il convient de se placer à la date à laquelle le dispositif conventionnel a vu le jour. Or ce dernier existe depuis 1971 (la première convention, approuvée par arrêté du 29 octobre 1971, prévoyait dans son article 28 la sanction du déconventionnement et la possibilité pour les caisses de recourir parallèlement au contentieux du contrôle technique) et le protocole n° 7 a été ratifié en 1986, la réserve prenant effet en 1988.

19

□ L'article 19 de la convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 prévoit qu'un Etat peut formuler une réserve à moins qu'elle ne soit interdite par le traité, que ce dernier ne dispose que seules des réserves déterminées, parmi lesquelles ne figure pas la réserve en question, peuvent être faites, ou que la réserve ne soit incompatible avec l'objet et le but du traité. Mais vous n'avez pas à appliquer d'office ces stipulations.

menée à son terme, la procédure de sanction conventionnelle se poursuivait, ou inversement²⁰.

Les moyens suivants mettent en cause la procédure de sanction. Rappelons-en l'économie générale : sur la base des principes de sélection édictés par le directeur général de l'UNCAM, les directeurs de CPAM notifient aux médecins concernés un avertissement. En l'absence de mise en conformité dans les deux mois, un relevé de constatations est établi, et transmis au médecin, qui peut se faire entendre par la CPAM. Si cette dernière n'est pas convaincue par ses explications, elle saisit la commission paritaire régionale, qui rend un avis. La sanction prononcée ne peut être plus sévère que cet avis, sauf contestation par la CPAM. Un recours est aussi ouvert au médecin devant une commission paritaire nationale. Au total, il faut environ 9 mois et beaucoup d'opiniâtreté pour accoucher de la sanction.

L'invocation des articles L. 162-1-14 et L. 162-1-14-1 est inopérante puisque ces dispositions concernent, on l'a vu, les sanctions que le directeur de la CPAM peut infliger alternativement aux sanctions conventionnelles.

Il est reproché à l'avenant de prévoir que les avis des commissions paritaires régionales et nationales sont motivés non seulement par l'analyse des éléments relatifs à l'appréciation du caractère excessif de la pratique tarifaire, mais aussi « *par le non-respect éventuel des dispositions législatives et réglementaires* ». Cet ajout n'est pas très heureux, alors que ces commissions n'ont aucune compétence en-dehors du champ conventionnel. Cela étant, il nous semble que rien n'interdit qu'on leur demande, au-delà du strict champ de la procédure conventionnelle, d'éclairer le directeur de la CPAM sur le

20

□ Il nous semble que, à le supposer applicable, l'article 4 du protocole n° 7 ferait obstacle au prononcé d'une sanction disciplinaire et d'une sanction conventionnelle. Rappelons que la Cour de Strasbourg a une vision très stricte de la règle *non bis in idem*, qu'elle interprète comme interdisant toute sanction à raison d'une seconde infraction ayant pour origine des faits identiques ou substantiellement similaires (CEDH, 10 février, 2009, Z... c/ Russie, n° 14939/03, pts 82 et 83). Il est vrai que l'interdiction d'exercer prononcée par la juridiction ordinaire « absorbe » la suspension du droit au dépassement ou le déconventionnement : il ne peut y avoir cumul si les mesures portent sur la même période. En revanche, on peut imaginer le prononcé d'un avertissement ou d'un blâme puis une sanction conventionnelle. Or nous pensons que le blâme serait regardé par la Cour européenne comme une sanction « pénale » au sens de l'article 4 du protocole n° 7. Elle regarde en effet un blâme comme une sanction infligée « en matière pénale » lorsqu'elle s'inscrit dans une échelle de sanctions dont les plus graves ont des conséquences importantes, notamment financières, pour le contrevenant (CEDH, 11 juin 2009, Dubus SA c/ France, n° 5204/02). Il est difficilement contestable que l'interdiction d'exercice est une sanction grave pour un médecin.

respect de la réglementation, en vue de l'engagement d'autres procédures répressives plus appropriées à raison des mêmes faits. Et pour les mêmes raisons, les partenaires conventionnels n'ont nullement excédé leur compétence en prévoyant que, lorsqu'elle détecte un problème déontologique, la commission paritaire régionale doit adresser au directeur de la CPAM une demande argumentée tendant à la saisine du conseil départemental de l'ordre. Cette obligation de signalement n'affecte en rien la procédure disciplinaire prévue par les textes.

L'avenant n'encourt en outre aucune critique en ce qu'il s'abstient de préciser les voies et délais de recours à l'encontre des sanctions, et se borne à rappeler que les décisions de sanctions devront comporter ces mentions, à l'initiative du directeur de CPAM.

Il est ensuite soutenu que la procédure méconnaîtrait le principe d'impartialité en ce qu'elle repose sur un cumul des fonctions de poursuite, d'instruction et de sanction au bénéfice de la CPAM. Mais s'agissant d'une administration « classique », ce principe n'a pas la portée qui lui est prêtée. En particulier, les requérants ne peuvent utilement se prévaloir de la jurisprudence constitutionnelle appliquant l'article 16 de la Déclaration de 1789 aux autorités administratives indépendantes, et qui tend à leur appliquer le régime des juridictions (n° 2012-281 QPC du 12 octobre 2012 ; n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013)²¹.

Il est enfin soutenu, non sans paradoxe, que la procédure de sanction créerait une discrimination entre médecin selon les secteurs d'exercice, en ce qu'elle serait moins contraignante que celle qui préside au prononcé des sanctions contre les médecins de secteur 1 soumis aux tarifs opposables et qui abusent de leur droit à dépassement exceptionnel. Mais cette différence est parfaitement logique : dans un cas, il s'agit de

21

²¹ Comme le rappellent tant le commentaire aux cahiers que le Président Genevois dans un article publié à la RJEP (B. Genevois, *L'application du principe d'impartialité : à propos de la décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012*, RJEP, janvier 2013), pour la généralité des autorités administratives, le principe d'impartialité, principe général du droit, revêt un caractère déontologique et non procédural. Il impose seulement qu'un agent intéressé à l'affaire s'abstienne de prendre part à son traitement (n° 89-260 DC du 27 juillet 1989) et que les agents publics amenés à y participer s'abstiennent de toute prise de position publique de nature à compromettre le respect de ce principe (CE, Section, 30 décembre 2010, Société Métropole Télévision, n° 338273, au Rec.). N'est pas davantage applicable l'article 6 paragraphe 1 de la Convention EDH (CE, 26 mars 1999, Syndicat national des infirmières et infirmiers libéraux et autres, aux T. ; CE, 1^{er} octobre 2004, E ..., n° 261746 ; CE, 30 novembre 2005, SMAER et autres, n° 278291 et s., au Rec.). La motivation de ces décisions laisse toutefois à désirer, en ce qu'elle circonscrit le champ de l'article 6 § 1 aux « tribunaux »...

faire respecter les tarifs opposables par une application très stricte des dérogations ; dans l'autre, il s'agit de réguler de manière plus souple les dépassements, qui sont autorisés par principe. D'où les quelques garanties supplémentaires prévues par l'avenant n° 8.

Nous en terminerons par l'examen d'un moyen soulevé par l'Union des chirurgiens de France à l'encontre du contrat d'accès aux soins. Pour faire bref, ce contrat offre plusieurs avantages au médecin adhérent, en contrepartie desquels il prend, entre autres, l'engagement de ne pas excéder son taux de dépassement 2012²². Logiquement, pour les médecins nouvellement installés depuis moins d'un an, le plafond n'est pas le taux 2012, mais la moyenne des taux de dépassement constatée pour les médecins éligibles de la même spécialité et de la même région. Par exception, dans 4 spécialités, ce n'est pas le taux régional mais le taux national qui sert de référence. Or ce dernier intègre les grandes métropoles, en particulier Paris, où les dépassements sont plus importants, ce qui est plus avantageux pour les spécialistes de province.

L'Union des chirurgiens de France part de l'idée que cette exclusion se justifie par les effectifs réduits de ces spécialités, qui rendraient peu pertinent un taux régional. Elle se plaint de ce que les chirurgiens cardio-vasculaires et thoraciques, les chirurgiens infantiles et les neurochirurgiens ne relèvent pas de cette exception, alors que ces spécialités comptent des effectifs inférieurs à celles qui en bénéficient. Elle y voit une violation du principe d'égalité.

L'UNCAM ne conteste pas que la liste des exceptions se fonde sur le seul critère des effectifs. Mais elle soutient que les trois catégories défendues par l'UCF relèvent d'une seule et même spécialité : la chirurgie. Or ceci est inexact au vu des arrêtés ministériels qui énumèrent les diplômes d'études spécialisées et les diplômes d'études spécialisées complémentaires, et dont se déduit ainsi la liste des spécialités médicales et chirurgicales²³. L'UCF a donc raison de comptabiliser séparément les effectifs de

22

□ Ce taux est « recalculé » (i.e : minoré) en se basant fictivement sur les honoraires qu'aurait perçus le praticien de secteur 2 s'il avait été en secteur 1 (les médecins de secteur 1 bénéficiant de plusieurs majorations qui leur permettent de pratiquer des tarifs supérieurs aux médecins de secteur 2 pour le même acte).

23

□ La neurochirurgie donne lieu à la délivrance d'un diplôme d'études spécialisées (DES) distinct de la chirurgie générale. Et au sein de cette dernière, les chirurgiens effectuent une « sur-spécialisation » qui donne lieu à la délivrance d'un diplôme d'études spécialisées complémentaires (DESC), dont la chirurgie infantile et la chirurgie cardio-vasculaire et thoracique, qui font partie des DESC du groupe II. Or l'article 25 du décret n° 2004-67 du 16 janvier 2004 relatif à l'organisation du troisième cycle des études médicales, devenu l'article R. 632-30 du code de l'éducation, indique clairement que les DESC du groupe II ouvrent droit à la

15

chacune d'elles. Elle a certes tort de se fonder sur les effectifs totaux de libéraux alors qu'il convient également de tenir compte des praticiens ayant un exercice mixte (libéral et salarié) et, surtout, que seuls les médecins éligibles au contrat doivent être pris en compte, ce qui conduit à exclure la plupart des médecins de secteur 1²⁴. Mais au vu du dossier, il nous paraît clair que ces correctifs ne changent rien à l'état de fait décrit par l'UCF, qui n'est pas contesté²⁵.

Le ministre explique que la liste des exceptions ne repose pas seulement sur le critère des effectifs, mais aussi et surtout sur celui de la proportion des actes facturés par les praticiens de secteur 2 au tarif opposable. Or celle-ci serait très supérieure pour les spécialistes relevant de l'exception prévue par la convention, par opposition aux chirurgiens. Il en déduit la nécessité de discipliner davantage les chirurgiens pour que la population puisse disposer d'une offre suffisante de soins à tarifs opposables.

qualification de spécialiste correspondant à l'intitulé du diplôme (V. aussi l'article 1^{er} de l'arrêté du 30 juin 2004 portant règlement de qualification des médecins).

24

□ Sont éligibles, outre les médecins de secteur 2, les médecins de secteur 1 bénéficiant du droit à dépassement permanent, et ceux qui justifient d'un des titres listés à l'article 35-1 de la convention leur permettant d'accéder au secteur 2.

25

□ Il est difficile de trouver des chiffres fiables car les bases de données publiques sont incomplètes ou ne retiennent pas les mêmes distinctions. Parmi les spécialités énumérées par l'avenant, la spécialité la plus nombreuse exerçant en secteur 2 est assurément la médecine interne. Selon le SNIR, les anatomo-cyto-pathologistes, les gériatres et les néphrologues de secteur 2 n'étaient respectivement que 99, 11 et 22 en 2012. Le SNIR comptabilise ensemble les médecins internes, les oncologues et hématologues (pour un total de 524 libéraux exclusifs) et indique que 259 sont en secteur 2 soit près de 50 %. Si on appliquait ce pourcentage aux seuls médecins internes, on aboutirait à environ 222 praticiens en secteur 2 (en cumulant libéraux exclusifs et mixtes). Selon la CARMF (BNC 2012), ce chiffre serait plutôt de 158. Face à cela, les chirurgiens infantiles sont environ 103 en 2012 (libéraux exclusifs + mixtes – chiffres RPPS), donc forcément inférieurs aux médecins internes (d'autant que plusieurs d'entre eux sont en secteur 1 sans DP). Selon le SNIR, les neurochirurgiens en secteur 2 seraient environ 150 en 2012, soit un chiffre légèrement inférieur aux médecins internes. Les chirurgiens cardio-vasculaires et thoraciques étaient 202 en 2012 (libéraux exclusifs + mixtes – chiffres RPPS) mais le SNIR ne permet pas de déterminer la part exerçant en secteur 2. Si l'on s'en tient au critère des effectifs, la liste fixée par l'avenant est donc incohérente pour ce qui concerne à tout le moins les chirurgiens infantiles et les neuro-chirurgiens.

Nous ne sommes pas convaincu par cette argumentation contournée, qui nous paraît être de circonstance. Outre qu'elle n'est absolument pas reprise par l'UNCAM, qui a négocié la convention, elle n'est pas corroborée par les chiffres produits par cette dernière. Et elle ne justifie pas qu'on applique un taux régional à des spécialités qui ne comptent qu'une poignée de professionnels par région, introduisant ainsi des distorsions potentiellement très importantes. Il nous semble que la différence de traitement n'est pas en rapport direct avec l'objet de la norme, qui est d'appliquer un taux national lorsque les effectifs régionaux qui servent de référence ne sont pas statistiquement pertinents.

Nous vous proposons donc de faire droit à ce moyen. L'annulation n'est pas aisée à circonscrire. Vous ne pouvez pas annuler en tant que 4 spécialités bénéficient d'un taux national, alors que l'Union des chirurgiens de France n'a pas intérêt à contester ce régime, qui porte sur des spécialités totalement distinctes, et pour lesquelles, d'ailleurs, le taux régional ne serait guère pertinent. Mais, formellement, vous ne pouvez pas non plus annuler en tant que les trois spécialités de chirurgie précédemment mentionnées ne se voient pas appliquer un taux national. Car, dans l'exercice de son pouvoir d'approbation, le ministre ne peut ajouter à l'avenant, mais seulement en distraire les clauses illégales. Dans cette dialectique de la « gomme et du crayon », nous pensons que vous pouvez, sans effort excessif, **annuler l'arrêté en tant qu'il approuve l'article 4 de l'avenant n° 8 en ce que ce dernier prévoit au 8^{ème} alinéa de l'article 36.1 de la convention médicale une référence à un taux régional pour les trois spécialités de chirurgie précédemment mentionnées. A défaut de précision sur le niveau territorial auquel il convient de se placer, cette censure implique nécessairement qu'on leur applique un taux national.**

Si vous nous suivez, vous pourrez mettre à la charge de l'Etat une somme de 500 euros au profit de l'Union des chirurgiens de France, et des trois requérants déboutés une somme de 1500 euros chacun au profit de l'UNCAM au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Tel est le sens de nos conclusions.