

N° 403426

Mme D...

4^{ème} et 1^{ère} chambres réunies

Séance du 5 décembre 2018

Lecture du 19 décembre 2018

CONCLUSIONS

Mme Sophie-Justine Lieber, Rapporteur public

Cette affaire vous amènera à vous prononcer sur le grief du compéragé, pratique prohibée pour les professions médicales, et que vous rencontrez assez rarement. Cette forme de collusion entre un professionnel de santé et un tiers (relevant généralement d'une autre profession de santé), a été décrite par Jules Romains, qui montre Knock, feignant la surprise en découvrant, lors de son installation comme « *médecin* » dans le village de Saint-Maurice, que le pharmacien du bourg ne faisait « *pas un gros volume avec le recueil* » des ordonnances de son prédécesseur, et lui faisant la promesse que « *si dans un an, jour pour jour, vous n'avez pas gagné les 25 mille francs nets qui vous sont dûs (...), je vous autorise à venir me faire une scène ici et je tendrai les deux joues pour que vous m'y déposiez chacune un soufflet* ».

La question qui se pose ici est de savoir si un réseau de soins mis en place pour le compte d'organismes complémentaires, auquel adhèrent un certain nombre de praticiens qui s'engagent à respecter certaines obligations, notamment des plafonds tarifaires, et auxquels les assurés sont encouragés à s'adresser, constitue une pratique de compéragé.

Comme l'indique un rapport de l'IGAS de juin 2017¹, ces réseaux de soins se sont développés dans les années 1990, avec une accélération au cours des années 2000². Ils reposent sur des conventions conclues entre des organismes d'assurance maladie complémentaire et des professionnels ou des établissements de santé. En contrepartie d'un engagement à ne pas dépasser des tarifs plafonds pour un certain nombre de prestations, assorties de garanties de qualité ou de service, les professionnels partenaires peuvent pratiquer le tiers-payant et voir leurs coordonnées communiquées aux assurés ; les assurés peuvent quant à eux bénéficier de tarifs plafonnés et parfois d'un remboursement bonifié s'ils ont recours à un praticien, un service ou un établissement du réseau de santé, voire d'un service d'analyse des devis qui leur sont proposés par leurs praticiens. C'est ce que propose, notamment, le réseau Santéclair, ici en cause, filiale de plusieurs organismes complémentaires d'assurance maladie (Allianz, MAAF-MMA, MGP et IPECA), qui revendique quelque 6,5 millions d'assurés et s'est spécialisé, depuis 2003, dans les domaines où les restes à charge sont élevés (principalement l'ophtalmologie et l'optique, et les soins dentaires).

¹ IGAS, N. Durand et Dr J. Emmanuelli « Les réseaux de soins », 2016-2017, juin 2017, www.igas.gouv.fr/spip.php?article620.

² En 2016, 45 millions d'assurés avaient en effet potentiellement accès à ces réseaux.

Ces réseaux ont d'abord été très contestés par certains professionnels de santé, et notamment par l'ordre des chirurgiens-dentistes. Vous avez ainsi eu à connaître, avant le nouvel état des textes issu de la loi *Le Roux*, d'une délibération du Conseil national de l'ordre prise en 1997, qui enjoignait aux chirurgiens-dentistes ayant adhéré à un protocole d'accord proposé par la MGEN, de le dénoncer – délibération que vous avez annulée par votre décision de Section du 4 février 2000, *Confédération nationale des syndicats dentaires*, n° 189657, au rec., aux concl. de Rémy Schwartz. Vous avez en effet estimé que, contrairement à ce qu'estimait le Conseil de l'Ordre, ce type de protocole d'accord ne méconnaissait pas, par lui-même, les obligations déontologiques d'interdiction de la publicité, de préservation de l'indépendance professionnelle ou d'interdiction de détourner la clientèle. D'autres appels, formulés par le CNOCD, en 2002 et 2007, à ne pas adhérer aux réseaux soins et particulièrement au réseau Santéclair, pour des raisons comparables³, ont été sanctionnés par l'Autorité de la concurrence (décision n°09-D-07 du 12 février 2009, prononçant une sanction pécuniaire de 76.000 euros pour appel au boycott)⁴.

Le législateur est finalement intervenu avec la loi n° 2014-57 du 27 janvier 2014 dite « *Le Roux* »⁵ pour leur donner un cadre juridique. La loi ainsi étendu aux mutuelles le droit (déjà reconnu aux sociétés d'assurance et aux institutions de prévoyance) de pratiquer des remboursements bonifiés⁶, mais elle a aussi posé un certain nombre de limites, figurant à l'article L. 863-8 du code de la sécurité sociale. Cet article prévoit notamment que : « *I. - (...) Ces conventions ne peuvent comprendre aucune stipulation portant atteinte au droit fondamental de chaque patient au libre choix du professionnel, de l'établissement ou du service de santé et aux principes d'égalité et de proximité dans l'accès aux soins.* », que « *L'adhésion des professionnels, établissements ou services à ces conventions s'effectue sur la base de critères objectifs, transparents et non discriminatoires. L'adhésion ne peut comporter de clause d'exclusivité* », ou encore que « *II. -L'organisme assureur garantit une information complète auprès de ses assurés ou adhérents sur l'existence du conventionnement, ses caractéristiques et son impact sur leurs droits* ».

Le rapport de l'IGAS indique que l'ordre des chirurgiens-dentistes se tiendrait désormais en retrait sur le sujet des réseaux de soins, aucune plainte à leur sujet devant les instances ordinales disciplinaires n'ayant, selon le rapport, abouti à une condamnation en première instance sur les terrains de l'atteinte à l'indépendance, du compérage ou de l'utilisation de la publicité. Le pourvoi de Mme D... fait justement suite à une procédure de ce type, mettant en cause le système d'analyse de devis proposé par Santéclair, et n'ayant pas abouti auprès des instances du fond.

La requérante, chirurgien-dentiste, ayant établi, pour l'un de ses patients, un devis pour la pose d'implants, a été alertée par ce dernier que Santéclair, réseau dont il bénéficiait et auquel il avait transmis ce devis, l'avait informé d'un reste à charge plus important qu'en passant par des praticiens adhérant à ce réseau, et lui avait transmis les coordonnées de praticiens adhérents

³ manquements allégués aux règles déontologiques d'interdiction de la publicité et de détournement de clientèle.

⁴ L'Autorité de la concurrence a par ailleurs rejeté, par sa décision n° 16-D-23 du 24 octobre 2016, une plainte de la Confédération nationale des syndicats dentaires contre ce même réseau Santéclair.

⁵ Cette loi a été déclarée conforme à la Constitution par la décision n° 2013-686 DC du 23 janvier 2014 du Conseil constitutionnel ; cf. Anne-Sophie Ginon, *Réseaux de soins et identité mutualiste à la lumière de la loi n° 2014-57 du 27 janvier 2014*. COMPL.

⁶ Cette possibilité figure aujourd'hui au 3^{ème} alinéa de l'article L. 110-2 du code de la mutualité.

installés à proximité de chez lui. Elle a alors saisi les instances disciplinaires ordinales d'une plainte à l'encontre de l'un des confrères signalé par Santéclair, M. B..., en invoquant, notamment, des griefs de compéage, de détournement de clientèle et de recours à un procédé publicitaire. N'ayant obtenu de succès ni en première instance ni en appel, elle se pourvoit en cassation contre la décision de la chambre disciplinaire nationale du 13 juillet 2016. Un autre pourvoi est actuellement pendant devant la 4^{ème} chambre, pour des faits similaires (avec des moyens non similaires même si les griefs se recoupent).

1. Le premier moyen qu'elle invoque est tiré de l'irrégularité de la composition de la chambre disciplinaire nationale, faute pour M. C... d'avoir été nommé « *président* » de la chambre nationale de discipline de l'ordre des chirurgiens-dentistes. La décision du 18 janvier 2007 du Garde des sceaux, ministre de la justice, portant nomination au Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes nomme, il est vrai, l'intéressé « *membre titulaire* » du CNOCD, sans davantage de précision. Mais dans leur rédaction applicable, les textes prévoient un « *pont* » entre les fonctions de membre du conseil national et les fonctions juridictionnelles : le II de l'article L. 4122-3 du code de la santé publique prévoit en effet que la CDN « *est présidée par un membre du Conseil d'Etat, en activité ou honoraire, ayant au moins le rang de conseiller d'Etat, désigné conformément à l'article L. 4122-1-1. Un ou plusieurs présidents suppléants sont désignés dans les mêmes conditions* », or l'article L. 4122-1-1 du code prévoit simplement que « *Le conseil national est assisté par un membre du Conseil d'Etat ayant au moins le rang de conseiller d'Etat et avec voix délibérative, nommé par le ministre de la justice* » et que « *un ou plusieurs suppléants sont désignés dans les mêmes conditions* ». Or vous avez déjà admis dans votre décision du 11 juillet 2012, *W...*, n° 329963, inéd., concl. R. Keller, qu'une nomination comme membre du conseil national de l'ordre des médecins (en vertu des mêmes dispositions), pouvait, en vertu de ces dispositions combinées, être regardée comme valant aussi désignation de membre suppléant de la chambre disciplinaire et permettait d'assurer la présidence de la chambre disciplinaire nationale, y compris pour un membre suppléant.

2. Le moyen suivant est tiré de ce que la CDN, en refusant d'ordonner une mesure d'instruction pour demander au praticien mis en cause de communiquer le nombre de ses patients bénéficiant des services de Santéclair, aurait méconnu l'article 6§1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 4 du code civil prohibant le déni de justice. Mais l'appréciation de l'utilité d'une mesure d'instruction relève du pouvoir souverain des juges du fond (Section, 17 avril 1964, *Guertin*, Rec. p. 232), qui peuvent rejeter implicitement des conclusions en ce sens puisqu'ils ne sont pas tenus de répondre expressément ni de motiver un tel refus (26 avril 1963, *Dame Lombardo*, Rec. p. 958 ; 7 octobre 1983, *Mlle A...*, n° 35249, rec. p. 403). Par conséquent, en rejetant implicitement la mesure d'instruction demandée, les juges du fond n'ont pas commis de déni de justice ni méconnu l'article 6§1 de la convention EDH.

3. La requérante soulève ensuite plusieurs moyens relatifs au grief de compéage. Cette pratique est interdite aux chirurgiens dentistes par l'article R. 4127-224 du code de la santé publique, aux termes duquel « *Tout compéage entre chirurgien-dentiste et médecin, pharmacien, auxiliaires médicaux ou toutes autres personnes, même étrangères à la médecine, est interdit* ». Cet article n'en dit toutefois pas plus sur ce qu'il entend par « *compéage* ». On en trouve toutefois une définition à d'autres endroits du code. Pour les médecins, l'article R. 4127-23 du code de la santé publique prohibe ainsi « *toute entente*

illicite qui entacherait la liberté et l'indépendance professionnelle des médecins et porterait ainsi atteinte au libre choix des patients »⁷. Pour les pharmaciens, il est précisé que l'on « entend par compéragé l'intelligence entre deux ou plusieurs personnes en vue d'avantages obtenus au détriment du patient ou de tiers ».

Les contours du compéragé ont surtout été précisés par la jurisprudence : il s'agit d'une forme d'entente entre deux professionnels, relevant généralement d'une profession médicale distincte, dans un intérêt commun « bien compris », et au détriment du patient ou éventuellement d'un tiers – ou, comme le synthétisait le président Rougevin-Baville dans ses conclusions sur la décision du 17 décembre 1975, *S...*, n° 95412, au Rec., d'une « *collusion au détriment [généralement] du malade, c'est-à-dire la volonté des compères d'organiser entre eux une sorte d'association profitable, l'un aiguillant systématiquement des patients vers l'autre et l'autre faisant prospérer le commerce du premier* », sans d'ailleurs qu'il y ait nécessairement « *partage effectif d'honoraires* ». Vous avez ainsi estimé, dans votre décision de Section du 20 février 1953, *Dlle Armelin*, n° 98404, au Rec. p. 88, que relevait du compéragé la collusion entre un médecin et un tiers non-médecin, dans le cadre de l'activité d'un laboratoire, le premier reversant au second une fraction des recettes dudit laboratoire ; ou, plus récemment, une entente entre un prothésiste et un médecin, le prothésiste rétrocédant une partie du prix de la prothèse au médecin pratiquant la pose (27 mai 1987, *F...*, n° 51545, inéd⁸). Il peut s'agir soit d'une entente habituelle entre deux professionnels de santé, (22 mars 2000, *P...*, n° 195615, aux T., à propos de la facturation par un médecin, à titre habituel, d'actes en réalité exécutés par un tiers – en l'occurrence un chirurgien-dentiste), soit d'une entente occasionnelle dont au moins l'un des praticiens, informé des agissements de l'autre, tire effectivement profit (17 décembre 1975, *S...*, n° 95412, préc.).

3.1. En l'espèce, le grief d'erreur de droit et d'erreur de qualification juridique à avoir écarté le compéragé est développé en deux branches. La requérante fait d'abord valoir que la CDN a commis une erreur de droit en jugeant que les dispositions précitées de l'article L. 863-8 du code de la sécurité sociale, issues de l'article 2 de la loi du 27 janvier 2014, n'étaient pas applicables à la convention conclue le 13 octobre 2012 entre Santéclair et le DrB... Sont spécifiquement en cause les dispositions du préambule de la convention prévoyant qu'au démarrage du réseau de Santéclair en implantologie, le nombre des chirurgiens-dentistes serait limité, et qu'une liste d'attente serait mise en place pour les praticiens non retenus – dispositions dont la requérante estime qu'en garantissant ainsi aux praticiens membres du réseau une forme d'exclusivité sur un bassin de clientèle, elles favorisent le compéragé, de façon illégale puisqu'elles méconnaissent l'article L. 863-8 du code de la sécurité sociale prévoyant que « *L'adhésion des professionnels, établissements ou services à ces conventions s'effectue sur la base de critères objectifs, transparents et non discriminatoires* ». La CDN a écarté le moyen en jugeant que, la loi ayant prévu (au II de son article 2) que ces dispositions s'appliqueraient aux conventions signées ou renouvelées à compter de sa promulgation, le Dr B... n'avait pas commis d'irrégularité en signant la convention avant cette date. Le pourvoi soutient que le praticien a cependant méconnu ces dispositions lors des renouvellements tacites annuels de la convention. Or les faits reprochés datent de mars 2014, date à laquelle le

⁷ Une définition quasiment identique existe pour les infirmiers (R. 4312-29 du CSP) et pour les sages-femmes (art. R. 4127-321 du CSP).

⁸ Vous jugez que le fait de donner des consultations médicales au cabinet d'un auxiliaire médical constitue également du compéragé (25 juin 1969, *Gantier*, n° 68229, aux T. p. 939).

premier renouvellement tacite de la convention était intervenu, certes, mais avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions législatives. Vous pourrez donc écarter la première branche de ce moyen.

3.2. La seconde branche, d'EQJ, est tirée non plus du nombre limité de praticiens pouvant adhérer au réseau, mais de ce que le dispositif de Santéclair permet, selon la requérante, la redirection d'un flux de clientèle vers les seuls praticiens du réseau, en contrepartie d'une réduction tarifaire.

La CDN, après avoir relevé que l'objectif de ce type de réseau de soins est de permettre aux patients affiliés de « *bénéficier des soins dispensés par des praticiens qui se sont engagés à respecter diverses obligations dont, en particulier, un plafonnement de leurs honoraires par type d'acte pratiqué* », a écarté, dans un même mouvement, les griefs de compéage, de détournement de clientèle et d'utilisation d'un procédé publicitaire, en s'appuyant sur les éléments suivants :

- le contrat liant le praticien incriminé au réseau Santéclair ne prévoyait pas que les honoraires puissent varier selon que le patient est bénéficiaire ou non du réseau ;
- le fait que l'information des bénéficiaires du réseau sur les tarifs pratiqués par le praticien signataire puisse les influencer dans leur choix de chirurgien-dentiste est « *le résultat d'une information des patients et ne peut être regardé comme une tentative du praticien d'opérer en sa faveur un détournement de clientèle* » ;
- cette information étant par ailleurs, selon les termes du contrat, communiquée uniquement sur demande des patients.

Vous devrez tout d'abord préciser la nature de votre contrôle sur l'appréciation portée par les juges du fond sur le grief de compéage. En effet, le fichage aux Tables de votre décision précitée du 22 mars 2000, P..., n° 195615, mentionne que les juges du fond portent une appréciation souveraine sur l'existence d'un comportement de compéage, alors que vos décisions précédentes en la matière (notamment 17 décembre 1985, S..., n° 95412, au rec., préc.), sur lesquelles s'appuie d'ailleurs le pourvoi, faisaient du contrôle d'erreur de qualification juridique, et que les conclusions proposaient un contrôle de dénaturation en raison, nous semble-t-il, de la configuration particulière du litige. Or ce contrôle de dénaturation nous paraît peu opportun, car sur le grief très proche du détournement de clientèle, vous avez toujours exercé un contrôle de qualification juridique (cf. 25 octobre 2004, P..., n° 247220, inéd.). Il en va de même pour le recours à la publicité (par ex. 21 janvier 2015, F..., n° 362761, aux T.). Nous vous proposons donc de revenir expressément à ce contrôle de qualification juridique.

Comment procéder lorsque le grief de compéage est soulevé à l'encontre d'un réseau de soins, qui communique à ses bénéficiaires les coordonnées des professionnels de santé adhérents ? Vous ne vous êtes pas prononcés sur cette question, même si certaines de vos décisions portent sur des pratiques ou des protocoles prévoyant une certaine forme d'organisation de soins entre différents professionnels de santé. Ainsi, dans ses conclusions sur la décision du 7 mai 1993, C..., n° 118292, aux T., Rémy Schwartz expliquait qu'un cabinet médical réunissant dans un même lieu, avec un secrétariat commun, plusieurs médecins de spécialités différentes ou des médecins et des auxiliaires médicaux ne lui semblait pas, par soi-même, encourir le grief de compéage. En revanche, expliquait-il, « *dès lors qu'il y aurait orientation systématique des patients en faveur des praticiens opérant au*

sein de la même structure, nous pourrions induire l'existence d'un compéragé » - et en l'espèce, il écartait l'existence d'un compéragé dans l'existence d'un standard commun et de coordonnées sous l'appellation de SOS Santé, mais admettait que ce grief pourrait être fondé en cas d'intervention systématique du même ambulancier pour les médecins du cabinet⁹. La 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation s'est elle aussi prononcée sur SOS Santé, et elle a considéré, dans un arrêt du 4 novembre 1992, n° 89-321.899, que le regroupement de médecins et d'auxiliaires de santé sous ce sigle ne relevait pas du compéragé dès lors que ce regroupement ne fonctionnait pas au détriment des malades mais dans leur intérêt.

Vous pouvez, selon nous, mobiliser plusieurs des critères dégagés par votre jurisprudence : la recherche d'un intérêt financier (ou d'un volume de clients) des professionnels, au détriment de celui des patients, et l'orientation systématique vers un ou des praticiens du réseau. Or en l'espèce, il ne s'agit pas d'une pratique qui porte préjudice aux patients – ce qui n'est en l'espèce pas le cas, puisqu'il s'agit au contraire de proposer aux bénéficiaires d'avoir accès à des soins respectant un plafond tarifaire. Il n'y a pas non plus d'engagement des deux parties (praticien / Santéclair) portant sur des transferts financiers ou des effets en termes de volume de clientèle :

- le fait de respecter un plafond tarifaire ne signifie pas que les praticiens adhérents exercent des tarifs différenciés selon que leurs patients sont affiliés à Santéclair ou non, la CDN ayant à juste titre relevé que la convention ne comporte aucune stipulation en ce sens ;
- Santéclair n'effectue pas un démarchage actif auprès de ses affiliés visant à assurer aux praticiens partenaires un volume déterminé de patients ; le fonctionnement du système d'analyse des devis de la plate-forme n'est en effet pas assimilable à une réorientation systématique vers un praticien du réseau, dans la mesure où, on y reviendra, les noms de praticiens du réseau ne sont communiqués que sur demande du patient, plusieurs noms sont communiqués, et le patient reste libre du choix de son praticien, dans ou hors réseau.

Dans ces conditions, nous vous proposons d'écarter l'erreur de droit et l'inexacte qualification juridique à ne pas avoir retenu le compéragé.

3.3. Vous pourrez, en même temps, écarter également le moyen d'insuffisance de motivation qu'elle soulève, faute pour la CDN d'avoir répondu à son argumentation selon laquelle le praticien membre du réseau consentait à un effort tarifaire en échange d'un volume de patients adressé par Santéclair. Mais la chambre a expressément écarté, comme on l'a vu, le grief du compéragé, au soutien duquel était développée cette argumentation, et le fait qu'elle n'ait pas répondu à chacun des arguments ne vous empêche pas d'exercer votre contrôle de cassation.

4. Mme D... reproche ensuite à la CDN d'avoir soit dénaturé, soit inexactement qualifié les faits en jugeant que le détournement de clientèle et l'utilisation d'un procédé de publicité n'étaient pas établis.

⁹ Vous avez, par ailleurs, écarté le grief de compéragé pour les protocoles de coopération entre professionnels de santé, dispositifs dérogatoires et très encadrés, prévus par l'article 51 de la loi HPST du 21 juillet 2009, visant à permettre des délégations de tâche, sans transfert de responsabilité, mais aussi, dans certains cas, des transferts de compétence entre professionnels de santé pour la réalisation d'actes de soins (20 mars 2013, *Fédération nationale des infirmiers*, n° 337577, inéd., aux conclusions d'Alexandre Lallet).

Le détournement de clientèle est prohibé par l'article R. 4127-262 du code de la santé publique. Le grief est ici très proche du précédent, mais il est associé ici à celui de l'utilisation d'un procédé publicitaire, pratique interdite par l'article R. 4127-215 du CSP. Le raisonnement de la requérante est le suivant : elle estime que le réseau a communiqué à certains de ses patients, qui lui ont communiqué des devis, une offre de soins alternative chez des confrères, commettant ainsi un double manquement déontologique. La CDN a écarté ces griefs en relevant, d'une part, que si l'information des patients sur les honoraires des praticiens pouvait les influencer dans le choix de leur praticien, cette influence était la conséquence d'une information objective, et ne pouvait être considérée comme « *une tentative par ce praticien d'opérer en sa faveur un détournement de clientèle* », et d'autre part, que les stipulations du contrat ne prévoient la communication des coordonnées des praticiens adhérents au réseau que sur demande des patients, pour en déduire que le dispositif ne constituait pas une « *action de publicité mais seulement une information des intéressés pour leur permettre de bénéficier des avantages offerts par le réseau de soins* ».

Ce faisant, elle ne nous semble pas avoir commis les erreurs reprochées : dans votre décision précitée de Section du 4 février 2000, Confédération nationale des syndicats dentaires, n° 189657, au rec., vous avez déjà jugé, notamment, qu'il n'y avait pas de manquement à l'interdiction de publicité si les listes de praticiens adhérents ne sont communiquées qu'aux affiliés, ni de détournement de clientèle du seul fait que l'adhésion au protocole permet éventuellement l'amélioration du remboursement de certains soins. Le même raisonnement peut s'appliquer ici.

5. La requérante fait valoir que la chambre disciplinaire nationale a dénaturé les faits en jugeant que les informations litigieuses n'étaient adressées que sur demande des patients, n'apparaît pas non plus fondé : il est en effet difficile, compte tenu de l'ambiguïté des mentions du courrier adressé par Santéclair au patient, de considérer la dénaturation serait caractérisée.

6. Un dernier moyen est tiré de l'erreur de droit et de l'erreur de qualification juridique à avoir jugé que M. B...n'était pas coupable de détournement de clientèle et de publicité interdite, dès lors que ces faits avaient été commis par la société Santéclair et non par lui. La requérante fait valoir que le praticien a « *sciemment profité* » des pratiques « *irrégulières* » de Santéclair et notamment des appels téléphoniques incessants de sa plateforme. Mais ce moyen est dirigé contre un motif surabondant de la décision et il est donc inopérant.

PCMNC au rejet du pourvoi et à ce que la requérante vers 2.000 euros à M. B...au titre de l'article L. 761-1 CJA.