

N° 344949

M. J...

4^{ème} et 5^{ème} sous-sections réunies

Séance du 14 février 2014

Lecture du 5 mars 2014

CONCLUSIONS

Mme Gaëlle DUMORTIER, rapporteur public

La présente affaire vous permettra de préciser dans quelle mesure l'accord tacite donné par une caisse de sécurité sociale à la réalisation d'un acte de santé peut avoir une portée sur la faute du professionnel de santé qui commet une irrégularité dans la cotation de cet acte.

1- Les faits sont banals. M. J..., masseur-kinésithérapeute, se pourvoit régulièrement en cassation contre la décision par laquelle la section des assurances sociales du Conseil national de l'ordre des médecins a prononcé à son encontre la sanction de l'interdiction de donner des soins aux assurés sociaux pendant neuf mois et le reversement à la caisse primaire d'assurance maladie des Pyrénées-Orientales la somme de 10 392 euros.

2- La plupart des moyens s'écartent aisément.

2.1- La décision, tout d'abord, est suffisamment motivée sur les deux premières séries de griefs.

S'agissant du défaut de bilan diagnostic thérapeutique, que la décision retient dans 41 dossiers sur les 42 de la plainte, elle ne se borne pas à s'appuyer sur l'absence de facture de ce bilan, dont M. J... soutenait devant elle qu'elle ne pouvait suffire à démontrer l'absence de bilan lui-même. Elle juge que, dans ces dossiers, le bilan n'a pas été effectué, ce qui suffit à écarter l'argumentation de M. J.... Au demeurant, elle ne retient pas le grief dans le dossier n° 20 qui, selon l'intéressé, témoignait précisément de la réalisation de ce bilan.

S'agissant de l'usage d'une cotation qui n'existait plus à la date des facturations reprochée, le juge n'avait pas à préciser quelle était la cotation alors applicable. Il n'avait pas non plus à répondre à l'argumentation de M. J... selon laquelle cette cotation aurait été justifiée par la prescription du médecin puisqu'en tout état de cause, n'existant pas, elle ne pouvait être justifiée par aucune circonstance. Il n'avait pas davantage à se prononcer sur l'avantage qui aurait pu être procuré à M. J... par cette cotation impropre, le grief retenu étant uniquement l'usage de cette cotation devenue inexistante.

2.2- M. J... critique ensuite sur le terrain de la dénaturation la valeur probante des témoignages sur lesquels le juge s'est fondé pour regarder comme établi le grief de prise en

charge simultanée de plus de trois patients, seuil maximal admis par la nomenclature. Mais il ne nourrit son moyen qu'en arguant du caractère « fantaisiste » de ces témoignages, ce qui ne permet pas de regarder la dénaturation comme fondée.

3- Reste le dernier grief retenu par le juge du contrôle technique, consistant pour M. J... à avoir, dans dix dossiers, utilisé la lettre clé AMS au lieu de celle AMK qui était applicable, et dans quarante-deux dossiers, à avoir retenu des coefficients non conformes aux actes dispensés, ayant eu pour conséquence des majorations entraînant une charge indue pour l'assurance maladie. La motivation est suffisante puisque sont précisément énumérés les dossiers concernés, ce qui permet de contrôler de quels actes il s'agissait (15 décembre 1993 B... n° 129277 p. 367).

M. J... avait fait valoir devant le juge du contrôle technique que ces actes avait fait l'objet d'une demande d'accord préalable qui avait été tacitement acceptée par la caisse. Le juge a écarté cette défense en jugeant que « *l'accord tacite ne [pouvait] en tout état de cause valoir pour des surcotations irrégulières* ». M. J... soutient que ce raisonnement est entaché d'erreur de droit car le silence gardé par la caisse sur une demande d'accord préalable vaudrait accord non seulement sur la réalisation de l'acte mais aussi sur la cotation proposée. C'est cette question qui méritait votre formation.

La prise en charge ou le remboursement par l'assurance maladie de tout acte ou prestation réalisé par un professionnel de santé est en effet subordonné par les articles L. 162-1-7 et L. 165-1 du code de la sécurité sociale à son inscription sur une liste, qui détermine également son tarif. Cette liste des actes et prestations est depuis 2005 articulée en deux parties : la classification commune des actes médicaux (CCAM), qui s'applique à certains actes techniques réalisés par les médecins, et la Nomenclature générale des actes professionnels (NGAP), qui existe depuis 1972 et reste en vigueur pour le reste.

Tout acte y est désigné par une lettre-clé, qui correspond à la fois à un type d'acte, éventuellement au professionnel qui le réalise, et à la fois renvoie à un tarif. Cette lettre clé est assortie d'un coefficient permettant en le multipliant avec la valeur de la lettre-clé de déterminer la rémunération de l'acte. Les masseurs-kinésithérapeutes intervenant à leur cabinet ou à domicile réalisent en principe des AMK, les AMS étant réservés aux actes de rééducation des affections orthopédiques ou rhumatologiques.

L'article L. 315-2 du code de la sécurité sociale prévoit que peut en outre être subordonné à l'accord préalable du service du contrôle médical le bénéfice de certaines prestations, soit parce qu'elles sont innovantes ou risquées, soit parce qu'elles sont particulièrement coûteuses, soit parce que leur nécessité doit être appréciée au regard d'indications déterminées ou de conditions particulières d'ordre médical. L'article R. 165-23 permet que cette condition soit posée au moment de l'inscription sur la liste des actes et prestations. Dans ce cadre, l'article 7 de la nomenclature distingue deux hypothèses dans lesquelles l'accord préalable est requis : soit les hypothèses qu'elle-même prévoit explicitement, en l'indiquant par une mention particulière ou par la lettre « AP », soit les hypothèses qu'elle ne prévoit pas mais dont elle ménage la possibilité, c'est-à-dire pour tout acte ne figurant pas à la nomenclature et qui doit en conséquence faire l'objet d'une cotation par assimilation pour être remboursé.

Sur quoi porte cet accord préalable ?

Selon le ministre, il ne porte que sur la justification médicale de l'acte. C'est certainement l'objet principal de l'accord préalable, puisque, comme le dit le I de l'article L. 315-1 déterminant l'objet du contrôle médical, le contrôle médical porte sur tous les éléments d'ordre médical qui commandent l'attribution et le service des prestations d'assurance maladie. Par ailleurs, si un accord préalable est requis, c'est bien pour vérifier la pertinence de l'acte ou du traitement au vu de l'état du patient.

Le rôle du service médical ne se borne toutefois à examiner la justification médicale de l'acte. L'article L. 315-1 lui confie aussi, en son II, le soin de constater les abus en matière d'application de tarification des actes et on imagine mal qu'il puisse en faire abstraction au stade de l'accord préalable. D'ailleurs, ce n'est pas la réalisation de l'acte qui est subordonné à l'accord préalable, c'est le « bénéfice de la prestation » selon les termes de l'article L. 315-2 et même, selon ceux de la nomenclature, la « prise en charge » par la caisse de l'acte auquel elle a donné son accord. Le service médical peut d'autant moins se désintéresser de la cotation de l'acte soumis à accord préalable que c'est l'une des justifications de cet accord préalable : déterminer la cotation de l'acte par assimilation avec un autre. D'ailleurs, le formulaire à remplir ne demande pas de mentionner, à la rubrique concernant l'acte à accomplir, le nom de cet acte mais sa cotation prévisionnelle.

Si l'accord préalable ne se limite donc pas à valider la justification médicale de l'acte, reste à déterminer sa portée sur une procédure disciplinaire ultérieure.

M. J... s'appuie à cet égard sur la jurisprudence du juge judiciaire en matière de répétition de l'indu de l'article L. 133-4. Cet article permet en effet à l'organisme de prise en charge, en cas d'inobservation des règles de tarification - celles de la nomenclature générale des actes professionnels -, ou lorsque l'acte facturé n'a pas été effectué, de recouvrer l'indu auprès du professionnel à l'origine du non-respect de ces règles.

Or la Cour de cassation juge qu'en principe, une caisse ayant tacitement accepté de prendre en charge des actes soumis à la formalité de l'entente préalable en approuve la cotation à la nomenclature et ne peut ultérieurement invoquer l'article L. 133-4 pour contester la cotation et recouvrer auprès du praticien les prestations qu'elle a versées (Soc., 4 mars 1987 ; Soc. 23 janvier 1997 *CPAM des Hauts-de-Seine c/ M. L...* Bull. civ. V n° 37 s'agissant d'actes de kinésithérapie soumis à entente préalable ; Soc. 4 décembre 1997 n° 96-11104 Bull. civ. V n° 442 ; Soc. 26 septembre 2002 Bull. civ. V n° 296). L'effet de l'accord tacite ne vaut donc pas seulement pour l'assuré (qui peut prétendre au remboursement des soins lorsqu'il a fait l'avance des frais), mais également pour les professionnels et établissements de santé.

Ce principe n'est écarté que dans deux cas.

Il est écarté, d'une part – cela va presque sans dire –, lorsque l'acte n'a pas été effectué dans les conditions annoncées (soit qu'il n'ait pas été effectué du tout, soit qu'un acte différent ait été effectué (Civ. 2^{ème} 6 décembre 2006 n° 05-17696 pour des actes coté comme effectué en structure hospitalière alors qu'il avait été dispensé en structure ambulatoire), soit que la cotation annoncée n'ait pas été respectée).

Il est écarté, d'autre part, lorsque l'acte ne pouvait être, dans son principe, en aucune façon pris en charge au regard de la nomenclature : la demande d'entente préalable est alors regardée comme inopérante puisqu'elle ne saurait légalement avoir pour effet de permettre cette prise en charge exclue. Tel est le cas par exemple lorsque les soins litigieux ne figurent pas à la nomenclature (Soc. 14 décembre 2000, n° 98-21.376 pour des actes à visée esthétique) ; lorsqu'ils ont recouru à une technique non conforme aux données acquises de la science (Civ. 2^{ème} 20 décembre 2007 *CPAM de Montpellier c/ P...* n° 06-21459 Bull. 2007, II, N° 281), lorsqu'ils ne respectent pas les conditions posées par la nomenclature pour le remboursement (trois arrêts non publiés Soc. 25 mai 2005 n° 04-30202, 23 novembre 2006 n° 05-17697 et 6 décembre 2006 n° 05-17696 pour des séances de chimiothérapie devant être dispensés dans une structure de soins appropriée), lorsque la demande d'entente préalable utilise une cotation supérieure au maximum prévu par la nomenclature, dans la mesure de ce surplus de cotation (Soc. 2 avril 1998 n° 96-17055 Bull. civ. V n° 197) ou même, tout simplement, parce que le professionnel a fait usage d'une cotation qui n'était pas en vigueur à la date de l'accord préalable (Civ. 2e, 16 décembre 2011, n° 10-27.051 et s. [3e moyen]) .

Cette jurisprudence est éclairante mais elle ne suffit pas à résoudre la question qui vous est posée. Une chose est de déterminer qui doit payer, l'autre est de dire si le professionnel a commis une « faute abus ou fraude » au sens du contrôle technique, les deux procédures étant indépendantes, ainsi que l'a d'ailleurs jugé le juge judiciaire (Civ. 2^{ème} 3 mai 2006 n° 04-30705 Bull. civ. II n° 121). Que la caisse ne puisse prétendre revenir sur une prise en charge financière à laquelle elle a donné son accord par l'intermédiaire du service médical se comprend bien – où serait sinon la réalité de l'accord ? -. Que cet accord lave de toute faute disciplinaire le praticien est moins mécanique.

Votre jurisprudence sur cette question apparaît nuancée.

D'un côté, comme le résumait Anne Roul en concluant sur une affaire *M...* du 10 avril 2002 n° 204562, aux Tables, lorsque le praticien a commis une faute, le fait qu'il ait obtenu l'entente préalable de la caisse ne l'exonère pas en soi de sa faute (28 juillet 1994 *Sultan* n° 153119 pour des prescriptions jugées excessives en dépit de ce que l'un des traitements avait fait l'objet d'un accord préalable). Le fait de « *demandeur à des assurés des honoraires supérieurs* » à ceux résultant de la nomenclature est fautif lors même que la caisse n'aurait pas refusé son accord sur l'entente préalable présentée pour les actes correspondants (6 février 1981 *M. D...* n° 14557, *M. L...* n° 14558 et *M. B...* n° 14559, ainsi que 29 juin 1983 *M. D...* n° 14556 inédite)

Mais, d'un autre côté, le fait d'avoir recherché cette entente préalable n'est pas non plus inopérant. D'abord parce que le médecin qui omet de s'y soumettre alors qu'il l'aurait dû est fautif (4 octobre 1978 *V...* n° 2481 p. 346), autant à l'inverse que celui qui soumet à l'entente préalable, en vue de procurer à son patient un avantage indu, des actes qui à l'évidence ne sauraient être pris en charge par l'assurance-maladie (1^{er} octobre 1993 *B...* n° 104611 inédite au recueil ; *M...*, précité). Ensuite, vous sanctionnez le juge du contrôle technique qui omet de répondre au moyen tiré de l'entente préalable obtenue sur la prise en charge d'un acte (27 mars 1996 *M. Z...* n° 153894 s'agissant de l'exécution d'un acte de chirurgie correctrice des oreilles ; 9 avril 1999 *L...* n° 178046 pour des traitements de chimiothérapie dispensés ; 23 juillet 2010 *M. D...* n° 327268 pour une surfacturation).

On peut au total en déduire qu'en matière de contrôle technique, l'existence d'une entente préalable ne supprime pas la faute mais peut l'atténuer, selon des critères qui peuvent être parents de ceux de la répétition de l'indu et qui, en réalité, permettent de prendre en compte la bonne foi du praticien. Sur un acte dont la cotation pouvait raisonnablement prêter à hésitation, ou qui devait être coté par assimilation et dont l'assimilation proposée n'était pas absurde, l'atténuation de la faute par l'existence d'un accord préalable devrait pouvoir jouer au maximum. Inversement, cette atténuation n'aurait pas de justification pour un praticien qui aurait coté un acte manifestement non conforme à celui qui a été exécuté ou insusceptible d'être pris en charge – sans même parler du praticien qui ne l'aurait pas exécuté du tout -.

Si l'on fait l'effort de comprendre ainsi l'affirmation de la décision faisant l'objet du pourvoi selon laquelle « *l'accord tacite ne [pouvait] en tout état de cause valoir pour des surcotations irrégulières* », le moyen d'erreur de droit pourra être écarté.

4- M. J... conteste pour finir le remboursement auquel il a été condamné. L'article L. 145-2 du code de la sécurité sociale permet le prononcé de la sanction du reversement aux organismes de sécurité sociale du trop-remboursé dans le cas d'abus d'honoraires – contrairement à ce que soutient M. J..., ce remboursement n'est donc pas réservé aux parties -. Vous avez précisé, dans une décision N... du 24 octobre 2008 n° 288051 au recueil, que constituent des honoraires abusifs au sens de l'article L. 145-2 du code de la sécurité sociale notamment ceux qui sont réclamés pour un acte surcoté. La section des assurances sociales a dès lors suffisamment indiqué comment elle déterminait la somme qu'elle mettait à la charge de M. J... en caractérisant les surcotations aux considérants précédents.

Par ces motifs nous concluons au rejet du pourvoi.