N° 395505

**Ministre des affaires sociales,
de la santé et des droits des femmes
c/ Clinique ophtalmologique Thiers**

1^{ère} et 6^{ème} chambres réunies

Séance du 25 octobre 2017

Lecture du 17 novembre 2017

CONCLUSIONS

M. Charles TOUBOUL, rapporteur public

La présente affaire va vous donner l'occasion de préciser sur de nombreux points les conditions dans lesquelles doivent être opérés les contrôles sur les établissements de santé en matière de tarification à l'activité ou « T2A ». Mais tout n'est pas à bâtir en ce domaine. Sur bien des points, la Cour de cassation, compétente pour connaître du recouvrement de l'indu auquel aboutit ces procédures, vous a devancés et nous pensons que vous pourrez la suivre pour statuer au titre des sanctions auxquelles la même procédure a également conduit.

L'affaire de ce jour, qui oppose la Clinique « Thiers » à l'administration à la suite de la sanction de 44 872 euros qu'elle s'est vue infliger en 2008 pour des surfacturations de certains actes d'ophtalmologie, n'est pas inconnue de vous. Après une première séquence contentieuse qui s'est soldée par une cassation en mai 2015, la cour de Bordeaux a statué à nouveau et nous pensons que son arrêt encourt à nouveau votre censure.

1. Cette fois, ce n'est pas la position qu'elle a prise sur la question du respect des droits de la défense qui pose problème, mais l'erreur qu'elle a commise sur la date à laquelle elle devait se placer pour statuer sur cette sanction administrative. La cour a en effet jugé illégale la sanction infligée à la clinique au motif que si les faits étaient répréhensibles à la date à laquelle ils avaient été commis au regard d'un arrêté du 5 mars 2006, ils ne l'étaient plus à la date à laquelle la sanction avait été prononcée, du fait de l'intervention, dans l'intervalle, d'un arrêté du 27 février 2007.

Pour statuer ainsi, la cour, qui a retenu, à raison qu'elle statuait comme juge de l'excès de pouvoir sur ces sanctions assimilées à des sanctions professionnelles (16 mars 2015, Min. c. hôp. Privé de l'Estuaire n°371465 T. sur un autre point), en a déduit qu'elle devait statuer au vu des textes applicables à la date à laquelle la décision de sanction avait été prise.

Toutefois, en matière de sanction, sont seuls punissables les faits constitutifs d'un manquement à des obligations définies par des dispositions législatives ou réglementaires en vigueur à la date où ces faits ont été commis (18 mars 2015, B..., n°373158, T.). L'appréciation de l'existence ou non d'un manquement est donc cristallisée à la date des faits, c'est à dire à une date qui est antérieure à la date à laquelle la sanction est décidée.

Certes, l'évolution des textes intervenant entre ces faits et la décision de sanction n'est pas totalement sans incidence. D'une part, les textes de procédure sont d'application immédiate (18 mars 2015, B..., précitée). D'autre part et surtout, le juge de l'excès de pouvoir peut être amené à tenir compte de l'intervention d'une loi pénale plus douce. Vous avez bien entendu : le juge de l'excès de pouvoir doit tenir compte de l'intervention d'une loi pénale plus douce. Mais en affirmant ceci, nous n'abordons pas là l'épineuse question de la rétroactivité *in mitius* en excès de pouvoir, qui est celle de savoir si cette rétroactivité peut jouer alors que les textes ont évolué entre la date de la décision administrative et la date à laquelle le juge statue sur le recours dirigé contre celle-ci. Ici, le nouveau texte est intervenu avant la décision administrative, de sorte que le juge de l'excès de pouvoir, qui doit se prononcer à la date à laquelle la décision a été prise, devait bien en tout état de cause en tenir compte et déterminer si la loi nouvelle devait ou non rétroagir.

Mais le texte dont la cour a fait application, qui n'était pas un texte de procédure, n'était pas non plus une loi pénale plus douce. Comme vous le savez, un texte ne peut être qualifié comme tel que lorsqu'il revient sur une incrimination ou une sanction alors que l'obligation de fond demeure quant à elle (v. not. 9 juill. 2010, E..., n°336556 rec. ; 28 nov. 2014 Arkéon Finance et autres, n°362868 T. ; 15 déc. 2014, Banque populaire Côte-d'Azur, n°366640 T.). Dans tous les autres cas, il n'y a pas loi pénale plus douce mais simple succession des législations, sans rétroactivité. C'est bien dans cette dernière hypothèse que l'on se trouve avec l'arrêté de 2007, qui a en réalité modifié l'obligation de fond qui résultait de l'arrêté de 2006 en matière de tarification et non son incrimination ni la peine qui y était attachée. Il ne s'agissait donc pas d'une loi pénale plus douce et elle ne pouvait donc amener le juge à reconsidérer les éléments constitutifs du manquement aux règles de facturation reproché à la clinique. La cour a donc commis une erreur de droit en jugeant implicitement le contraire. Vous annulerez son arrêt pour la seconde fois et devrez régler au fond.

2. C'est à ce stade que trouverez les nombreuses questions de procédure en matière de tarification à l'activité que nous vous annonçons.

Vous pourrez les aborder sans vous attarder sur la régularité du jugement, qui n'est pas douteuse. Si les visas des conclusions sont erronés sur le montant de la sanction et les frais de procédure, les motifs de la décision montrent que le tribunal ne s'est pas mépris sur leur substance. Et il n'y a pas d'insuffisance de motivation du jugement sur le fait que « le guide du contrôle externe régional », invoqué par la clinique, était dépourvu de caractère normatif.

La clinique Thiers conteste pour ainsi dire tout ce qui peut l'être, de sorte qu'au terme de la revue que nous allons vous infliger, le contrôle de la T2A n'aura plus aucun secret pour vous.

Nous vous présenterons les choses en quatre quarts, en espérant que cela suscitera en vous un peu de gourmandise pour ces questions, qui le méritent.

2.1 Premier quart - La procédure préalable à la décision de sanction.

La clinique a d'abord essayé de faire tomber la procédure en contestant le dispositif de **coordination et de programmation des contrôles** dans lequel s'inscrivait celui dont elle a fait l'objet. Mais si ce dispositif de coordination est évidemment souhaitable dans le souci d'une bonne gestion des capacités et besoins de contrôle, d'éventuelles irrégularités affectant la mise en place ou le fonctionnement de ce dispositif ne sauraient rejaillir sur la légalité des

contrôles eux-mêmes vis-à-vis des personnes contrôlées. Cette position est aussi celle que la Cour de cassation a retenue (Civ. 2^e, 10 nov. 2011, 10-25804, Bull.). Vous pourrez donc juger ces moyens inopérants.

La clinique tente ensuite, un peu plus utilement, de contester **l'information préalable** dont elle a bénéficié avant l'engagement du contrôle, au motif que l'article R. 162-42-10 du code de la sécurité sociale imposant de communiquer diverses informations à l'établissement contrôlé n'aurait pas été respecté. Mais il n'y a pas lieu d'être excessivement formaliste en ce domaine. Ce qui compte est que l'établissement ait disposé des informations utiles pour se préparer au contrôle. Et vous pourrez, là encore, suivre les pas de la Cour de cassation dont la jurisprudence laisse quelques souplesses. Elle a en effet jugé que certains éléments pouvaient figurer dans un document distinct du courrier d'information (Civ. 2^{ème}, 26 mai 2016, 15-19999, Bull.), que le courrier pouvait se contenter de mentionner les activités ciblées, la période contrôlée et la réalisation du contrôle par des médecins conseils des trois principaux régimes d'assurance maladie (Civ. 2^{ème}, 13 févr. 2014, 13-13294), sans qu'il soit nécessaire d'indiquer les noms et qualités des personnes chargées du contrôle (Civ. 2^{ème}, 5 nov. 2015, 14-25059).

La lettre contestée en l'espèce est du même type que celles validées par la Cour de cassation dans ces décisions et vous pourrez, vous aussi, écarter ce type de critiques.

La clinique critique en outre, utilement, le **rapport de contrôle** au motif qu'il ne serait pas signé par les personnes chargées du contrôle ou qui n'auraient pas qualité pour ce faire, contrairement aux exigences des articles L. 162-22-18 et R. 162-42-10 du code de la sécurité sociale. La souplesse admissible sur l'amont du contrôle en ce qui concerne l'identité des contrôleurs trouve sa contrepartie dans l'exigence en aval d'une indication précise de cette identité sur leur rapport, afin notamment que leur qualité pour l'établir puisse être vérifiée.

La Cour de cassation retient cette même approche en affirmant, comme une condition de validité du contrôle, la nécessité d'une signature des personnes qui l'ont assuré. Mais il résulte aussi de sa jurisprudence que seuls les véritables contrôleurs doivent signer et non ceux qui avaient été annoncés mais qui n'y ont finalement pas participé et que n'est pas non plus requise la signature des personnes qui ont accompagné les contrôleurs sans procéder elles-mêmes aux vérifications (rapp. Civ. 2^{ème}, 22 janvier 2015, n°14-11614 et 26 mai 2016, n°15-19999 Bull). Cette approche converge avec la grille d'analyse que vous mettez en œuvre dans des situations similaires (p. ex. en matière de contrôle de la formation professionnelle : 13 nov. 2013, Sté Powersource computer systems, n°351066 T. sur un autre point).

En l'espèce, le dossier fait apparaître selon les pièces et les écritures que l'on consulte entre 5 et 1 contrôleur. A la suite d'une mesure supplémentaire d'instruction ordonnée par votre première chambre, le ministre précise que le contrôle a bien été opéré par deux médecins et il produit le rapport de contrôle signé par l'un et l'autre. Il ajoute qu'une troisième personne était également présente mais n'a pas procédé elle-même aux opérations. Ces éléments sont convaincants et la clinique, qui se borne à soutenir que cette question est restée très incertaine dans le débat contentieux, n'apporte pas la preuve d'un nombre de contrôleurs différent. Le ministre ayant par ailleurs justifié de la qualité des deux intéressés pour effectuer le contrôle, qui n'avaient pas, contrairement à ce que soutient la clinique, à être désignés par la commission exécutive de l'ARH, vous pourrez écarter ce moyen.

La clinique critique encore, un peu plus en aval dans la procédure, le fait qu'elle n'aurait pas pu utilement présenter ses **observations sur les conclusions** du rapport ou la sanction qui étaient envisagées, en méconnaissance des articles R. 162-42-10 et 13 du code de la sécurité sociale, du principe du contradictoire et du droit à un procès équitable. Ce dernier principe n'est évidemment pas invocable dans le cadre de cette procédure administrative et les deux autres normes invoquées n'ont pas été méconnues, comme le suggère votre première cassation et comme l'a estimé aussi pour sa part la Cour de cassation qui a eu à connaître du contrôle de la clinique Thiers dans le cadre de la récupération de l'indu de versement de l'assurance maladie (2^{ème} civ. 25 avril 2013, 11-28668). Au vu de l'ensemble de la procédure et du débat contentieux qui se prolonge encore devant vous, il est incontestable que la clinique a pu connaître et utilement contester l'ensemble des griefs retenus contre elle.

La clinique entend enfin contester certains **aspects concrets de la procédure** suivie au motif qu'ils ne respecteraient pas le guide du contrôle externe régional et la circulaire de la ministre de la santé du 31 juillet 2007 relative à la procédure d'application par la Comex des sanctions financières résultant des contrôles menés dans le cadre de la T2A. Mais nous avons déjà indiqué que ce guide était dépourvu de caractère réglementaire et il en va de même de la circulaire, de sorte que son argumentation sur ce terrain est inopérante.

En écartant ce dernier moyen, vous n'aurez alors traité que le premier quart, roboratif, de cette affaire. Mais nous ne doutons pas qu'il vous restera assez d'appétit pour les trois qui suivent et qui sont un peu plus digestes.

2.2. Le deuxième quart concerne la décision de sanction elle-même, c'est à dire la délibération de la commission exécutive.

La clinique, mettant en avant le courrier du directeur de l'ARH du 31 octobre 2008 notifiant la sanction, soutient que la **commission exécutive n'aurait pas elle-même délibéré** sur celle-ci et que sa décision ne serait pas exécutoire. Mais le courrier du 31 octobre n'était bien qu'une notification. La Commission a délibéré le 9 septembre. Cette décision a été transmise au préfet le 24 septembre, soit dans le délai de 15 jours prescrit par les textes pour ce faire, et elle était donc bien exécutoire dès cette date, ceci restant néanmoins sans incidence sur sa légalité.

La clinique soutient encore que la décision de sanction ne serait pas motivée. Vous avez déjà affirmé l'obligation de **motivation** de telles sanctions notamment par votre décision du 7 mai 2015, *Ministre des affaires sociales et de la santé c. Clinique Mathilde*, n°373313 T. et précisé qu'elle supposait de mentionner les dispositions appliquées, les considérations de fait et les éléments de calcul retenus, tout en admettant la motivation par référence. Vous pouvez appliquer cette jurisprudence, rendue à propos de décisions du DG de l'ARS au cas de la commission exécutive de l'ARH, tout en veillant à ce que la motivation puisse bien être imputée à cet organe collégial et non au seul directeur de l'ARH au stade de la notification.

Il nous semble que tel est bien le cas ici, le PV de la délibération de la Comex, très succinct, fait corps avec le document élaboré par les services auquel il se réfère et qui comporte les éléments de motivation requis. Ce document a par ailleurs été joint au dossier transmis au Préfet, ce qui montre bien qu'il était une composante de la décision du point de vue de l'ARH. On peut donc admettre que l'organe compétent, c'est à dire la commission exécutive, a bien adopté une décision motivée, le directeur de l'ARH s'étant borné à retranscrire ces motifs dans le courrier de notification du 31 octobre 2008. Ces éléments,

rapprochés des autres informations complémentaires communiquées à la clinique, suffisaient en l'espèce à satisfaire l'obligation de motivation.

3. On en vient au troisième quart, portant sur le bien fondé des griefs, qu'il appartient au juge administratif de contrôler conformément à la décision du 16 mars 2015, MASS c. Hôpital privé de l'Estuaire, n°371465 T.

Ici, le litige se concentre sur une quarantaine de dossiers sur les 100 de l'échantillon du contrôle, pour lesquels l'ARH a constaté que la clinique avait facturé des forfaits de « groupe homogène de séjour » ou GHS, c'est à dire avait appliqué le tarif « prestations d'hospitalisation » pour des soins ophtalmologiques qui pouvaient être pratiqués comme des actes et consultations externes ou réalisés en médecine de ville.

C'est la première fois que vous êtes confrontés à la question de savoir ce qui doit ou non être qualifié de « GHS ». S'agissant en l'espèce d'un élément constitutif d'un manquement susceptible de donner lieu à une sanction, vous opérez, comme juge de l'excès de pouvoir, outre un contrôle de l'exactitude matérielle des faits, un plein contrôle de qualification juridique. Mais il convient de préciser que, sur cette question de facturation, il ne vous appartient, pas plus qu'à l'autorité administrative qu'est l'ARH elle-même, de vous livrer à un examen de la pertinence des soins au plan médical. C'est la ligne de crête sur laquelle vous devez avancer, mais vous profiterez là encore d'un premier balisage par la Cour de cassation et celle-ci s'est montrée assez exigeante sur ce qui était susceptible de recevoir la cotation « GHS » (Civ. 2^{ème}, 7 octobre 2010, 09-16663 ; 13 oct. 2011, 10-24118).

Les dispositions pertinentes figurent au 10° de l'article 5 de l'arrêté du 5 mars 2006. Elles précisent les conditions auxquelles un GHS peut être facturé en cas de prise en charge de moins d'une journée et elles le font en termes restrictifs, puisque trois conditions cumulatives doivent être réunies : premièrement, une admission en structure d'hospitalisation individualisée dotée de moyens adaptés pour répondre aux risques de l'acte ; deuxièmement un environnement permettant la pratique de l'anesthésie ou une prise en charge par une équipe paramédicale ou médicale coordonnée par un médecin ; troisièmement, l'utilisation d'un lit ou d'une place pour la durée de la prise en charge.

Or, en l'espèce, il ressort des pièces du dossier et notamment des 23 dossiers médicaux produits par la clinique que les deux dernières conditions n'étaient pas remplies : les caractéristiques des actes pratiqués sous anesthésie locale, souvent de faible durée (de l'ordre de 3 heures pour certains) n'impliquaient pas un suivi post-interventionnel particulier. Il y avait donc bien un manquement aux règles de facturation de l'arrêté du 5 mars 2006 de nature à justifier une sanction administrative. Vous écarterez donc ces moyens.

4. Voici enfin le quatrième quart, sur le montant de la sanction, qui amène à réaborder les questions de rétroactivité *in mitius* en excès de pouvoir, mais cette fois, sur le sujet qui fâche, c'est à dire la prise en compte d'une éventuelle loi pénale plus douce intervenue après l'intervention de la décision de sanction. Mais nous sommes bien toujours en chambre réunies et non en Section ou en Assemblée du contentieux, parce que nous pensons que les deux questions de rétroactivité qui se posent ici peuvent, en tout état de cause, être réglées sans difficulté.

La première « loi pénale » potentiellement plus douce intervenue postérieurement à la décision administrative prononçant la sanction est l'article 115 de la LFSS pour 2011 (loi

n°2010-1594 du 20 décembre 2010), qui a modifié l'article L. 162-22-18 du code de la sécurité sociale pour introduire la prise en compte du « *caractère réitéré des manquements* ». Il s'agit sans doute d'une disposition anti-récidive, mais qui pourrait théoriquement servir aussi à atténuer les sanctions dans le cas où il y n'y aurait pas eu réitération.

Mais en l'espèce, il s'agissait de la première année d'application des nouvelles règles, de sorte que la question d'une éventuelle réitération était sans objet. L'ARH a, au demeurant, devancé la loi en tenant compte de ce qu'il s'agissait d'une « première fois », en abaissant le quantum à 50%, de sorte qu'à considérer même que les dispositions de l'article 115 de la LFSS pour 2011 aient été plus douces et qu'elles aient dû rétroagir, cela serait resté sans conséquence sur le sort à réserver à la sanction prononcée.

La seconde loi pénale plus douce était un en réalité un décret, celui du 29 septembre 2011, qui a notamment modifié les dispositions de l'article R.162-42-12 du code de la sécurité sociale sur le montant des sanctions encourues. Mais là encore, les règles nouvelles, à considérer qu'elles aient pu être regardées comme plus douces et rétroactives à ce titre, n'auraient rien changé à l'affaire. Les nouveaux plafonds étaient supérieurs ou égaux à ceux qui prévalaient jusqu'alors et le seul élément d'atténuation que l'on aurait pu éventuellement imaginer, lié à la déduction de sous-facturation qu'introduit le décret, ne trouve aucun écho dans les pièces du dossier.

Vous pourrez donc évacuer sans difficulté ces questions de rétroactivité *in mitius*.

Il ne vous restera plus qu'à répondre au moyen tiré de ce que le montant de la sanction serait disproportionné. Mais, on l'a dit, la commission exécutive de l'ARH, tenant compte de ce qu'il s'agissait d'une première application, a appliqué un taux de 50% du montant maximal susceptible d'être retenu. Vous pourrez donc écarter la disproportion de la sanction.

PCMNC à l'annulation de l'arrêt de la cour, au rejet de l'appel de la Clinique Thiers et au rejet des conclusions présentées par les parties au titre des frais de procédure.