

N°409631

M. L...

5^{ème} et 6^{ème} chambres réunies

Séance du 6 juillet 2018

Lecture du 26 juillet 2018

Décision à mentionner aux tables du recueil Lebon

CONCLUSIONS

M. Nicolas POLGE, rapporteur public

M. L... exerce à titre libéral la profession d'infirmier à Villeneuve d'Ornon, dans le Gers. A la suite d'un contrôle portant sur son activité du 1^{er} janvier 2012 au 31 août 2013, la caisse primaire d'assurance maladie de la Gironde a saisi la section des assurances sociales de la chambre disciplinaire de première instance du conseil régional de l'ordre des infirmiers d'Aquitaine d'une plainte. Cette instance disciplinaire a infligé à M. L... une sanction comportant l'interdiction temporaire de donner des soins aux assurés sociaux et le remboursement à la caisse du montant des honoraires regardés comme abusifs. En appel, la section des assurances sociales du conseil national de l'ordre des infirmiers a alourdi la peine en ce qui concerne la durée de l'interdiction de donner des soins remboursables et l'a confirmée, à quelques dizaines d'euros près, en ce qui concerne le montant du reversement.

Trois types de manquements ont été retenus : avoir facturé comme accomplis personnellement des actes confiés en réalité à des remplaçants, dont certains n'étaient pas comme lui conventionnés ; avoir facturé des majorations de nuit pour des actes qui, bien que répétés, n'étaient pas prescrits par le médecin avec la précision expresse que leur exécution de nuit relevait d'une nécessité impérieuse ; avoir facturé au tarif AIS3, c'est-à-dire le tarif des soins pratiqués par séance d'une demi-heure, jusqu'à quatre fois par 24 h, des actes qui durait moins longtemps en réalité.

Comme la décision n'entre pas dans le détail des dates des manquements retenus, elle pouvait paraître entachée d'une erreur de droit, dans la mesure où après avoir relevé que la plainte de la caisse a été enregistrée le 3 juillet 2015 à la suite d'un contrôle portant sur l'activité du praticien du 1^{er} janvier 2012 au 31 août 2013, elle se fonde ensuite sur les faits dénoncés sans préciser leur date, alors qu'aux termes de l'article R. 145-22 du code de la sécurité sociale : *« Les sections des assurances sociales des chambres disciplinaires de première instance de l'ordre (...) des infirmiers (...) sont saisies (...) dans le délai de trois ans à compter de la date des faits »*.

La décision des juges d'appel pouvait donc paraître se fonder en partie sur des faits atteints par la forclusion à la date d'enregistrement de la plainte.

Cependant, la caisse, qui a défendu bien tard au pourvoi, fait valoir que la plainte pouvait porter sur des soins dispensés avant le 3 juillet 2012 dès lors qu'ils avaient donné lieu à des

remboursements mandatés après cette date, soit moins de trois ans avant la plainte. En réalité, selon les précédents, et ainsi que la caisse les résume elle-même, ce n'est ni la date des actes ni la date du remboursement à l'égard de laquelle s'apprécie le délai imparti pour saisir l'instance disciplinaire mais la date de facturation par le praticien à l'assurance maladie (23 décembre 2014, *Mme R...*, n°373115, 17 juin 2015, *Mme V...*, n°381593, inéd). Ce critère est cohérent avec l'objet du contentieux du contrôle technique de la sécurité sociale, qui est de réprimer les fautes commises à l'occasion des soins dispensés non pas à tout patient mais à des patients en leur qualité d'assurés sociaux, et, surtout, avec les modalités de saisine des sections des assurances sociales compétentes, qui peuvent l'être notamment par les organismes d'assurance maladie, lesquels ne peuvent avoir connaissance des faits litigieux qu'à compter du moment où le paiement des soins leur est demandé.

Mais il demeure que pour que le moyen d'erreur de droit invoqué ait une portée concrète et ne demeure pas purement formaliste, il faudrait que les juges d'appel se soient fondés au moins sur certaines facturations antérieures au 3 juillet 2012. Or le pourvoi n'en identifie aucune. Il se borne à mentionner les dossiers correspondants à des périodes de soin ayant débuté avant le 3 juillet 2012, mais sans se référer à la date des facturations correspondantes. En l'absence de telles précisions, et bien que les premiers juges aient été plus prudents que les juges d'appel en se référant expressément à la période du 5 juillet 2012 au 3 septembre 2013, le simple fait que la section d'appel ait fait mention d'une période de contrôle débutant le 1er janvier 2012 ne signifie pas qu'elle se soit fondée sur des faits correspondant à des factures émises avant le 3 juillet 2012. Dans ces conditions, vous pourrez écarter ce moyen qui avait paru particulièrement sérieux avant le nouvel éclairage tardivement apporté par la défense.

Vous ne devriez pas mieux accueillir d'autres moyens du pourvoi.

S'agissant de la régularité de la décision d'appel, cette décision est suffisamment motivée, et si elle a le tort de se référer à des pièces produites par la caisse à l'appui d'une note en délibéré, il ressort du dossier de la section des assurances sociales que ces documents extraits du fichier image national des professionnels de santé (FINPS) avaient déjà été produits en cours d'instance et communiqués aux parties, avant d'être de nouveaux produits par la caisse primaire d'assurance maladie à l'appui de sa note en délibéré. Aussi cette rédaction défectueuse de la décision d'appel ne révèle pas, dans ces circonstances particulières, de manquement au caractère contradictoire de la procédure.

S'agissant de son bien-fondé, la section des assurances sociales pouvait sans erreur de droit se fonder, après les avoir soumis au contradictoire, sur des témoignages des patients de l'infirmier ou de leurs proches, dont elle pouvait apprécier souverainement la valeur probante comme celle de toute autre pièce du dossier.

Un dernier moyen paraît en revanche fondé.

Pour sanctionner la facturation à une patiente de 316 majorations pour soins de nuit, la section des assurances sociales a cité les dispositions du B de l'article 14 de la nomenclature générale des actes professionnels, selon lesquelles les majorations pour soins dispensés entre 20 heures et 8 heures ne peuvent, pour les actes infirmiers répétés, « être perçues qu'autant que la prescription du médecin indique la nécessité impérieuse d'une exécution de nuit ». Et elle a retenu que les prescriptions produites par M. L... pour cette patiente, qui se bornaient à prescrire des soins à domicile « le matin avant 8 h » ne satisfaisaient pas à cette condition.

Malgré l'ancienneté de cette disposition et le nombre important de litiges auquel elle semble donner lieu entre les caisses d'assurance maladie et les infirmiers libéraux, il ne semble pas que vous ayez eu à vous prononcer sur son interprétation.

La cour de cassation a eu de son côté à en connaître dans le cadre du contentieux relevant des tribunaux des affaires de sécurité sociale. Elle a alors pris le chemin d'une interprétation plutôt littérale et sévère, en accord avec les finalités de la disposition. Ainsi, par exemple, elle a jugé que l'établissement par le prescripteur, à une date postérieure aux soins, d'une attestation selon laquelle les soins doivent être dispensés après 20 heures, « n'entraîne pas dans les prévisions » de cet article (Cass. Soc. 27 mars 1997, n°95-17931, bull. 1997, V, n°127, p.90), c'est-à-dire ne pouvait pallier l'absence de mention initiale de cette exigence sur les ordonnances du médecin. Et la cour de cassation n'a d'abord pas non plus admis que la prescription d'actes deux fois par jour à 12 heures d'intervalle équivale à la prescription d'au moins un acte entre 20 h et 8 h (Cass. Soc. 30 octobre 1997, n°96-10661, inéd ; 17 octobre 2002, n°01-20027, inéd.). Elle en est même venue à juger qu'une prescription précisant qu'un acte doit être réalisé après 20 h 30 ne répond pas à l'obligation de mentionner expressément la nécessité impérieuse de soins de nuit (Cass. Civ. 2, 4 mai 2004, n°02-31188, inéd.).

La cour de cassation a cependant fini par modérer sa sévérité : elle a ainsi finalement jugé, et c'est le dernier état de sa jurisprudence, qu'en présence de la prescription d'injections d'insuline deux fois par jour à 7 heures et à 19 heures, l'auxiliaire médical devait impérativement l'exécuter et était en droit de facturer les majorations de nuit (Cass. Civ. 2, 12 juillet 2012, n°11-14852, inéd.)¹ Il n'est donc plus question d'exiger en outre que figurent les mots « nécessité impérieuse » ou une formule équivalente sur la prescription. On pourra admettre, comme le suggère le pourvoi, qu'il faut mais qu'il suffit que l'obligation d'effectuer les actes en cause entre 20 h et 8 h ressorte sans ambiguïté de la prescription médicale et ne laisse aucune place à l'interprétation ni aucune marge de manœuvre à l'infirmier.

Un « rappel réglementaire » rédigé le 10 mars 2017 à l'intention des professionnels de santé de l'Essonne mais disponible sur le site internet national de l'assurance maladie² est conforme à ce dernier état de la jurisprudence judiciaire. Après avoir rappelé que les majorations de nuit ne peuvent pour les actes infirmiers répétés être perçues que si la prescription du médecin indique la nécessité impérieuse d'une exécution de nuit, et ajouté « Si vous pratiquez un acte sur ces plages horaires du fait de votre propre organisation, vous ne pouvez pas facturer de majoration de nuit », ce document précise les « mentions obligatoires sur l'ordonnance » en indiquant seulement : « actes de nuit : les horaires de passage pour les soins doivent être précisés ».

Or la justification de cette position plus souple par le passé est exprimée dans l'arrêt du 12 juillet 2012 : l'infirmier doit impérativement exécuter la prescription du médecin. Ainsi que le

¹ « Mais attendu qu'il résulte de l'article 14 B de la première partie de la nomenclature générale des actes professionnels annexée à l'arrêté modifié du 27 mars 1972 qu'à l'égard des actes infirmiers répétés, les majorations de nuit ne peuvent être perçues qu'autant que la prescription du médecin indique la nécessité impérieuse d'une exécution de nuit ; que sont considérés comme actes de nuit, les actes effectués entre 20 heures et 8 heures ;

« Et attendu qu'il résulte du jugement qu'il avait été prescrit à l'auxiliaire médical de réaliser, sur un patient atteint de diabète, des injections d'insuline, deux fois par jour, à 7 heures et à 19 heures ;

« Qu'en l'état de ces constatations dont il résultait que le médecin avait expressément prescrit une injection de nuit que l'auxiliaire médical devait impérativement exécuter, le tribunal a exactement décidé que M. X... était en droit de facturer les majorations de nuit ; »

² https://www.ameli.fr/fileadmin/user_upload/documents/Majorations_nuit_dimanche_et_jour_ferie_inf.pdf

rappelle le pourvoi, le respect de la prescription médicale entre dans la définition même de la profession d'infirmier (art. L. 4311-1 du code de la santé publique) et figure au nombre de ses devoirs professionnels énoncés par le code de déontologie : « L'infirmier applique et respecte la prescription médicale (...) » (première phrase de l'art. R. 4312-29 dans sa rédaction applicable à l'affaire, transférée depuis à l'art. R4312-42).

On ne peut pas raisonnablement exiger d'un infirmier de pratiquer des soins la nuit lorsque le médecin l'ordonne et lui refuser néanmoins la majoration de nuit si le médecin n'a pas exprimé la nécessité impérieuse de leur exécution de nuit mieux qu'en en fixant l'heure. Et si le médecin paraît prescrire une exécution de nuit avec trop de légèreté, c'est à sa pratique à lui que le contrôle médical devrait s'intéresser, et c'est à lui que l'assurance maladie devrait demander des comptes, non à l'infirmier.

Vous pourrez donc retenir sur ce point que la section des assurances sociales du conseil national de l'ordre des infirmiers a commis l'erreur de droit invoquée par le pourvoi.

Cette erreur affecte à tout le moins la partie de la décision par laquelle les juges d'appel ont retenu qu'il y avait lieu de condamner M. L... à reverser à la caisse, sur la somme totale de 28 059,51 euros, celle de 2 891,40 euros correspondant aux majorations de nuit regardées comme abusives.

Mais elle affecte aussi la décision de prononcer une interdiction temporaire du droit de donner des soins aux assurés sociaux, puisque cette sanction a été choisie au vu de l'ensemble des faits retenus comme constituant des fautes ou des abus.

Tout au plus pourrez-vous regarder comme divisible et comme n'étant pas affectée par l'erreur de droit relevée la partie de la décision qui décide le reversement des sommes correspondant aux facturations abusives d'actes cotés AIS 3. Sur ce point en effet, les juges disciplinaires ont distinctement et exclusivement tiré les conséquences de leur appréciation de la seule troisième série de faits reprochés à M. L.... La décision de reversement du montant correspondant est sans lien avec le raisonnement propre aux majorations de nuit.

Après avoir prononcé dans ces conditions l'annulation partielle de la décision attaquée, vous pourrez renvoyer l'affaire à la juridiction d'appel et mettre à la charge de la CPAM de la Gironde le versement à M. L... d'une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, en rejetant les conclusions présentées sur le même fondement par la CPAM de la Gironde.