

N° 410991

M. A...

4^{ème} chambre jugeant seule

Séance du 10 janvier 2019

Lecture du 1^{er} février 2019

CONCLUSIONS

Mme Sophie-Justine Lieber, Rapporteur public

Cette affaire est proche de l'affaire D... que vous avez récemment jugée par votre décision du 19 décembre dernier, n° 4034026, aux T. Elle porte en effet sur le même réseau de soins, Santéclair, à l'encontre duquel certains praticiens ont formulé des griefs, notamment, de compéragé. Les deux pourvois ne se recoupent toutefois que très partiellement. En l'espèce, M.A..., chirurgien-dentiste, a porté plainte contre plusieurs de ses confrères, affiliés au réseau Santéclair, et dont l'une de ses patientes s'était vue communiquer les coordonnées par cette plate-forme, auprès de laquelle sa mutuelle était liée et à laquelle elle avait soumis un devis établi par M. A... pour des soins dentaires.

1. Nous passerons tout d'abord très rapidement sur les – quelques – moyens identiques dans les deux affaires.

1.1. 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. Vous pourrez, comme dans votre décision précitée D..., juger que si la décision du 18 janvier 2017 du Garde des sceaux, ministre de la justice, portant nomination au Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes nomme l'intéressé « *membre titulaire* » du CNOCD, sans davantage de précision, celui-ci remplit bien la double condition de grade et de nomination, prévue par le II de l'article L. 4122-3 et par l'article L. 4122-1-1 du code de la santé publique, ce qui l'habilite en vertu des mêmes dispositions, à présider la chambre disciplinaire nationale de cet ordre.

1.2. Un autre moyen commun avec l'affaire D... n° 4034026, est tiré de l'erreur de droit à avoir jugé qu'aucune faute déontologique ne pouvait être reprochée aux praticiens affiliés dès lors que les faits reprochés ont été commis par Santéclair et non par les intéressés. Mais ce moyen est dirigé contre un motif surabondant de la décision et il est donc inopérant.

1.3. Le dernier moyen commun aux deux pourvois est tiré de la dénaturation qu'aurait commise la CDN en jugeant que le nom et les coordonnées des praticiens affiliés à Santéclair n'étaient communiqués aux patients qu'à leur demande expresse. Or la lettre de la patiente de M. A...est ambiguë, puisque, comme le souligne le requérant dans toutes ses écritures, y compris le mémoire enregistré hier soir à votre greffe, la patiente indiquait avoir été contactée par un conseiller Santéclair après l'envoi de son devis, lequel l'avait informée que le type de prothèse prévu n'était pas pris en charge, que son chirurgien-dentiste pratiquait des tarifs élevés, et lui avait communiqué les coordonnées de trois praticiens affiliés au réseau. Il ressort toutefois des pièces du dossier que ce n'est qu'après qu'elle a pris contact avec Santéclair

pour une analyse de devis que les noms desdits praticiens lui ont été communiqués - autrement dit, il y a bien eu une démarche volontaire de l'intéressée au départ et le fait que Santéclair rappelle la patiente, dans ces circonstances, ne relève pas, contrairement ce qui est soutenu, d'un « *démarchage systématique* » mais plutôt d'une obligation contractuelle liée à la mutuelle de l'intéressée. En outre, il ressort du courrier que le type de soin proposé n'était pas pris en charge, ce qui pouvait justifier, dans le cadre d'une analyse de devis, l'étude d'autres possibilités. Dans ces conditions la dénaturation ne nous paraît pas pouvoir être retenue.

2. Nous pouvons à présent aborder les deux moyens restants.

2.1. M. A... soutient que l'instance d'appel a commis une erreur de droit, entaché sa décision de dénaturation et inexactement qualifié les faits en estimant que la transmission, selon lui, « *spontanée et systématique* » aux patients des prix « *moins disants* » pratiqués par les praticiens affiliés au réseau de soins, était une simple information et ne permettait de caractériser ni un recours à un procédé de publicité, ni un détournement de clientèle, ni un acte de compéage. Le requérant vise, en particulier, le passage de la décision où la CDN a notamment relevé que le fait que l'information des bénéficiaires du réseau sur les tarifs pratiqués par les praticiens signataires 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* ».

Or selon M.A..., la communication aux bénéficiaires du réseau de tarifs plus intéressants pratiqués par les praticiens de ce réseau serait un procédé publicitaire, servant une pratique organisée de « *démarchage à grande échelle* » pour détourner les patients de leur praticien non adhérent au profit de ceux du réseau, leur assurant ainsi, en contrepartie de leurs tarifs plus bas, un flux plus important de clientèle, dans le cadre d'une forme de compéage.

Il nous semble qu'il faut traiter ce moyen en deux temps, en examinant d'abord la question de l'existence ou non d'un procédé publicitaire, puis celle du détournement de clientèle et du compéage.

2.1.1. L'interdiction de recourir à un procédé publicitaire direct ou indirect figure, pour les chirurgiens-dentistes, à l'article R. 4127-215 du CSP. En l'espèce, le requérant estime que la communication à ses bénéficiaires, par le réseau Santéclair, de soins à meilleurs prix, s'apparente à de la publicité comparative aux fins d'influencer les patients dans le choix de leur praticien, et ne peut être qualifiée d'« *information* », contrairement à ce qu'a jugé la CDN. Celle-ci s'est notamment appuyée sur les stipulations du contrat, en relevant qu'elles 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* ».

Votre grille d'analyse pour faire le partage entre information et publicité se fonde sur plusieurs critères, comme l'indiquait G. Dumortier dans ses conclusions sur la décision C... (4/5, 11 décembre 2013, n° 356578) :

- tout d'abord l'origine du procédé (dont le praticien est à l'initiative ou auquel il ne s'est pas opposé) ainsi que son destinataire ; or en l'espèce, les praticiens ne peuvent être regardés comme étant directement à l'origine du procédé puisque c'est Santéclair qui a communiqué leurs coordonnées, appliquant le point 3.3 des contrats d'affiliation prévoyant cette

communication comme l'a relevé la CDN, « *si ces patients en font expressément la demande* » - la seule affiliation à la plate-forme ne suffit pas, dans ces conditions, à faire regarder ce premier critère comme rempli ;

- ensuite la nature et le contenu du procédé (allant au-delà d'informations objectives à but scientifique ou éducatif). Un « procédé » ne sera pas considéré comme publicitaire si les informations diffusées ont un caractère objectif et ne visent pas à promouvoir l'activité propre du professionnel de santé. En l'espèce, vous relèverez que les informations transmises ne sont pas individualisées praticien par praticien mais indiquent un tarif moyen, dans une zone géographique donnée, par type d'acte pratiqué par les praticiens affiliés ; que plusieurs coordonnées de praticiens sont communiquées en fonction de la zone où habite le bénéficiaire (il n'y a pas d'orientation vers un seul professionnel), que ces informations sont fournies à la suite d'une démarche en ce sens du bénéficiaire de la plate-forme. Ces données ne visent donc pas à faire la publicité d'un seul professionnel, elles ne sont pas le fruit d'une démarche spontanée de la plate-forme et elles sont objectives dans la mesure où elles sont établies à partir de relevés de prix par zone et par acte. La CDN, en estimant qu'il s'agissait d'informations objectives et non de publicité, nous paraît ainsi avoir correctement appliqué votre grille. En outre, vous avez déjà jugé dans votre décision de Section du 4 février 2000, Confédération nationale des syndicats dentaires, n° 189657, au rec., 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 du réseau. Dans ces conditions, nous vous proposons d'écarter cette branche du moyen.

2.1.2. S'agissant du compéragé et du détournement de clientèle, l'argumentaire développé rejoint celui que vous avez déjà eu à connaître dans le pourvoi de Mme D... (décision précitée n° 4034026). Vous pourrez l'écarter pour les mêmes raisons :

- dans la mesure où la pratique en cause ne porte pas préjudice aux patients, et où 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, il ne peut être reproché à la CDN une inexacte qualification juridique de faits à ne pas avoir retenu le compéragé, prohibé par l'article R. 4127-224 du CSP ;

- quant au détournement de clientèle, prohibé par l'article R. 4127-262 du CSP, vous avez déjà jugé dans votre décision précitée du 4 février 2000, Confédération nationale des syndicats dentaires, n° 189657, qu'il n'y avait pas de manquement de détournement de clientèle du seul fait que l'adhésion au protocole permet éventuellement l'amélioration des conditions de remboursement des soins ; et dans votre décision D..., n° 4034026 du 19 décembre 2018, vous avez écarté toute erreur de qualification juridique de la CDN à ne pas avoir qualifié de détournement de clientèle la pratique de Santéclair consistant à communiquer, sur démarche de l'affilié, plusieurs noms de praticiens ainsi que des informations objectives sur les honoraires.

2.2. Enfin, le requérant soutient que la CDN aurait commis une erreur de droit et méconnu son office et les règles en matière de charge de la preuve, en rejetant son grief selon lequel les praticiens qu'il a mis en cause feraient « *selon toute vraisemblance* » varier le tarif de leurs prothèses selon que le patient est bénéficiaire ou non du réseau de soins Santéclair, au motif qu'il n'en rapportait pas la preuve. Il estime que l'instance d'appel aurait dû mobiliser ses pouvoirs d'instruction pour obtenir des défendeurs qu'ils communiquent les tarifs pratiqués, que lui-même n'était pas en mesure de produire. Mais la CDN, qui a estimé que les allégations du requérant, formellement contestées par les praticiens concernés, n'étaient pas établies par les pièces du dossier, pouvait souverainement les écarter, de même qu'elle

pouvait souverainement ne pas estimer utile de faire usage de ses pouvoirs d'instruction. Le moyen peut là aussi être écarté.

PCMNC au rejet du pourvoi et à ce que le requérant verse, au titre de l'article L. 761-1 CJA, 1.000 euros à chacun des Dr B..., T..., R... et O... (les 4 confrères encore en défense au stade de la cassation).