

N° 438690

Syndicat national de l'orthopédie française

1^{ère} et 4^{ème} chambres réunies

Séance du 11 septembre 2020

Lecture du 23 septembre 2020

CONCLUSIONS

M. Vincent VILLETTE, rapporteur public

Le tableau *La procession des infirmes* de Jérôme Bosch¹ constitue l'une des premières compositions picturales représentant de façon précise **des orthèses**, c'est-à-dire des appareillages destinés à « *corriger, maintenir ou suppléer l'altération morphologique ou la déficience fonctionnelle* »² d'une partie du corps. Si, et c'est heureux, ces appareillages ont beaucoup évolué depuis le XVe siècle, cette peinture met néanmoins en lumière **deux caractéristiques des orthèses qui demeurent d'actualité**. Leur diversité d'une part, la méticulosité du peintre flamand donnant à voir que chaque aide technique est adaptée au défaut à corriger. Leur caractère répandu, d'autre part, puisque sont représentées des orthèses destinées aux pauvres, faites de bois et de cuir, à une époque où les soins étaient pourtant réservés aux plus aisés. Ce sont ces deux caractéristiques qui, **en ce qu'elles créent une demande forte et récurrente de petits appareillages**, sont à l'origine des dispositions législatives contestées par voie de QPC dans le cadre de la présente affaire.

Celle-ci porte en effet sur les orthèses plantaires, au premier rang desquelles figurent les semelles orthopédiques. Pour être prises en charge, ces orthèses doivent être prescrites par un médecin. Or, nous l'évoquons, ces appareillages doivent être fréquemment adaptés à l'évolution des besoins du patient, en particulier chez les jeunes enfants. Aussi, pour permettre aux intéressés de

¹ Pour une analyse plus précise, v. *Histoire de l'orthopédie et des orthopédistes de l'antiquité à la renaissance*, G. Laurent, 2015

² V. la définition donnée par le dictionnaire de l'académie de médecine :
<http://dictionnaire.academie-medecine.fr/index.php?q=orth%C3%A8se>

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

s'épargner une consultation auprès de leur médecin aux seules fins de renouveler leur ordonnance initiale, la LFSS pour 2009 a autorisé les pédicures-podologues à adapter, dans le cadre d'un renouvellement, les prescriptions médicales d'orthèses plantaires datant de moins de trois ans ; cette possibilité a été introduite au dernier alinéa de l'article L. 4322-1 du code de la santé publique (CSP). Il a toutefois fallu attendre plus de 10 ans³, et l'intervention du décret du 12 août 2019, pour que les prescriptions réalisées dans ce cadre par **les pédicures-podologues soient prises en charge par l'assurance-maladie**. En pratique, c'est bien cette admission au remboursement qui est venue donner son plein effet à la mesure législative votée en 2008, en permettant à l'assuré social de sauter la case « médecin » sans perte financière. Craignant ainsi que les patients privilégient désormais, pour ce motif, les pédicures-podologues au détriment des orthopédistes-orthésistes, eux aussi habilités à réaliser des orthèses plantaires, le syndicat national de l'orthopédie française a attaqué ce décret. Au soutien de son recours pour excès de pouvoir, il soulève une QPC dirigée contre le dernier alinéa de l'article L. 4322-1 du CSP.

Précisons d'emblée que ces dispositions sont bien **applicables au litige** puisqu'elles constituent la base légale du décret attaqué, et qu'elles n'ont pas été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel. Aussi, pour décider ou non de renvoyer la question posée, vous aurez seulement à vous interroger **sur son caractère nouveau ou sérieux** – ces terrains alternatifs étant tous deux mobilisés par le requérant, qui soulève trois griefs.

Il est d'abord soutenu que cette disposition législative **méconnaît le principe d'égalité**, en ce qu'elle octroie un avantage aux seuls pédicures-podologues, alors même que les orthopédistes-orthésistes sont dans la même situation au regard de l'objet de la norme.

Pour apprécier le sérieux du grief, il convient donc de rechercher, d'abord, si les deux professions paramédicales en cause sont placées dans la même situation.

En première analyse, les pédicures podologues et les orthopédistes orthésistes présentent **deux différences significatives**. Une différence de diplôme d'une part : les premiers sont titulaires d'un diplôme d'Etat délivré à Bac + 3 tandis que les seconds sont titulaires d'un certificat professionnel correspondant à un

³ Ce qui a pu susciter l'impatience des parlementaires : v. en ce sens <http://questions.assemblee-nationale.fr/q14/14-92708QE.htm>

Bac + 2. Une différence quant à leur champ d'intervention, d'autre part. Les pédicures podologues ont un champ de compétence bien plus vaste : outre la réalisation d'orthèses plantaires, ils sont les seuls autorisés à traiter des affections épidermiques et unguéales du pied, et la loi du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé les a par ailleurs habilités à analyser et évaluer « les troubles morphostatiques et dynamiques du pied » en élaborant le diagnostic correspondant. A l'inverse, les orthopédistes orthésistes ont pour leur part une compétence circonscrite à la délivrance de petits appareillages, de série ou réalisés sur mesure, pour les personnes malades ou handicapées. **En somme, l'un est spécialiste du pied, l'autre de l'appareillage.** Il nous semble que ces différences permettent de caractériser, dans l'absolu, une différence de situation, ce qui serait cohérent par rapport à l'état de votre jurisprudence lorsque deux professions médicales ou paramédicales sont comparées au prisme du principe d'égalité⁴.

Reste alors à voir, ce qu'exige le Conseil constitutionnel, si la différence de traitement qui en résulte est en **rapport direct avec l'objet de la loi**⁵ qui l'établit.

Sur ce point, **il y a davantage matière à hésitation.** En effet, s'agissant précisément des orthèses plantaires, force est d'admettre que les compétences respectives des deux professions se rejoignent puisqu'il s'agit, pour le pédicure podologue (art. L. 4322-1 du CSP) comme pour l'orthopédiste-orthésiste (v. art. L. 4364-1 et D. 4364-6 du CSP), de mettre en place, à la suite d'une décision médicale, l'appareillage nécessaire, en l'ajustant au pied du patient. Par suite, il devient plus délicat de justifier que les pédicures podologues soient seuls habilités à renouveler l'ordonnance. C'est d'ailleurs à la lumière de ce risque de discrimination que certains parlementaires avaient proposé, dès les débats sur la LFSS pour 2010⁶, de reconnaître une possibilité d'adaptation équivalente aux orthopédistes-orthésistes. Mais cette démarche n'a pas abouti, le Gouvernement préférant d'abord tirer les enseignements de la mesure votée l'année précédente avant d'en élargir le champ.

⁴ CE, 30-11-2005, *Syndicat des médecins d'Aix et région et autres*, n° 278291, A ; CE, 13-11-1995, *Fédération des chirurgiens-dentistes de France et autres*, n° 163931, B

⁵ v. sur cette exigence, parmi de nombreux exemples, décision n° 2015-463 QPC du 09-04-2015

⁶ http://www.senat.fr/seances/s200911/s20091114/s20091114_mono.html ; http://www.assemblee-nationale.fr/13/cr/2009-2010/20100063.asp#P363_69498

Malgré ces éléments troublants, nous vous proposons d'estimer que la différence de traitement en cause **ne soulève pas une question sérieuse de constitutionnalité au regard du principe d'égalité**. En effet, la loi a eu pour objet de faciliter la vie des patients et de leur épargner des dépenses de santé, mais sans pour autant remettre en cause la **dimension médicale de la prescription**. C'est d'ailleurs cet objet qui explique que le législateur ait prévu que ce renouvellement s'opérait sous le contrôle du médecin initial, qui peut s'y opposer, en limitant aussi cette possibilité aux prescriptions datant de moins de trois ans afin d'assurer un regard médical périodique. Or, à cette aune, force est de constater que les pédicures podologues bénéficient d'une expertise plus pointue et d'une compétence étendue au diagnostic et au soin, ce qui les met davantage en mesure d'appréhender l'évolution de la pathologie, pour ensuite déterminer s'il convient simplement d'adapter l'appareillage ou si au contraire une nouvelle consultation médicale s'impose. Il s'ensuit qu'il n'est pas incohérent, au regard de l'objet de la loi, de traiter différemment des orthopédistes-orthésistes – étant rappelé ici qu'au regard du principe constitutionnel d'égalité, il n'y a pas lieu, en principe, d'apprécier si la différence de traitement est manifestement disproportionnée au regard des motifs susceptibles de la justifier.

Par un deuxième grief, le syndicat fait valoir que ces dispositions méconnaissent également **la liberté de commerce et d'industrie** et la **liberté d'entreprendre**. Si la première est maniée avec parcimonie par le Conseil constitutionnel, la seconde est plus consistante. Rattachée à l'article 4 de la Déclaration de 1789, elle comprend « *non seulement la liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique mais également la liberté dans l'exercice de cette profession ou de cette activité* ». En cette matière, le contrôle du Conseil constitutionnel s'est progressivement approfondi : alors qu'il se bornait initialement à souligner que la liberté d'entreprendre n'était « ni générale, ni absolue » et à ne censurer que les cas où la portée de cette liberté était « dénaturée », il exerce depuis 1998 un contrôle de proportionnalité. Son contrôle est normal lorsque l'atteinte litigieuse poursuit un objectif d'intérêt général, mais demeure restreint en présence d'une exigence constitutionnelle.

A la lumière de cette grille d'analyse, il nous semble que le grief est bien opérant puisque la disposition contestée réserve à certaines professions un droit

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

de prescription. En revanche, il ne nous paraît pas sérieux. Certes, nous ne nions pas que la faculté ainsi ouverte aux quelque 13 000 pédicures podologues exerçant sur le territoire national va amener plus de patients, par facilité, à se tourner vers eux, ce qui pourrait à terme fragiliser par ricochet l'activité des 2 200 orthopédistes-orthésistes. Pour autant, nous l'avons dit, l'étroitesse du tempérament ici apporté au monopole médical sur les prescriptions peut s'expliquer par **le souci de protéger la santé publique**, en évitant que des professions moins aguerries au diagnostic aient à apprécier l'évolution d'une pathologie. Sur ce point, la question est finalement assez proche du précédent par lequel le Conseil constitutionnel a accepté que l'accès à certaines activités artisanales à risques soient subordonnées à une condition de qualification, en jugeant l'atteinte proportionnée au regard de l'objectif de prévention des risques pour la santé et la sécurité des personnes⁷. Ainsi, l'atteinte portée aux libertés économiques ne nous paraît pas manifestement disproportionnée compte tenu des exigences relatives à la protection de la santé découlant du 11^e alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

Vous pourrez alors en venir au troisième grief, plus original. Le requérant soutient que les dispositions en cause se heurtent **au principe de libre choix du professionnel de santé**, en faisant valoir que l'avantage comparatif ainsi octroyé aux pédicures podologues contraint, en pratique, les patients à avoir recours à leurs services.

Si vous transmettiez la QPC pour ce motif, vous devriez vous fonder sur le **caractère nouveau** de la question ainsi posée puisqu'il s'agirait d'inviter vos voisins de la rue de Montpensier à prendre parti sur l'existence même d'un principe de valeur constitutionnelle⁸. En effet, si le libre choix du médecin par le patient, qualifié de principe fondamental de la législation sanitaire (art. L. 1110-8 du CSP), a été consacré par votre jurisprudence comme un principe fondamental de la sécurité sociale⁹ puis comme un principe général du droit¹⁰, le requérant admet lui-même que **le Conseil constitutionnel n'a jamais eu l'occasion de lui reconnaître une valeur constitutionnelle**. Saisi plusieurs fois d'une argumentation sous cet angle, il a explicitement¹¹ réservé la question¹² en écartant le moyen comme manquant en fait tout en réservant son opérance. Cette

⁷ Décision n° 2011-139 QPC du 24-06-2011

⁸ V. CE, 17-12-2010, *Le Normand de Bretteville*, n° 343752, B

⁹ CE, assemblée, 13-07-1962, *CNOM*, p. 479

¹⁰ CE, 18-02-1998, *Section locale du Pacifique sud de l'ordre des médecins*, n° 171851, B ; pour une application plus récente CE, 06-04-2018, *Syndicat des médecins libéraux de Polynésie française*, n° 416563, C

¹¹ V. sur ce point ses Tables analytiques, dépourvues d'ambiguïtés

¹² V. décision n° 77-92 DC du 18-01-1978, décision n° 89-269 DC du 22-01-1990 et décision n° 2004-504 DC du 12-08-2004

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

volonté de ne pas trancher la question suffit à révéler que la réponse à y apporter ne s'impose pas avec évidence, ce d'autant plus que le Conseil constitutionnel a déjà été amené à consacrer des principes après avoir un temps écarté l'invocation de leur méconnaissance comme manquant en fait (nous pensons notamment ici au droit au respect de la vie privée, qui a fait l'objet d'une constitutionnalisation progressive¹³). Dans ces conditions, vous ne pourriez pas écarter ce grief au motif qu'il ne saurait être sérieusement soutenu que le principe nouveau invoqué aurait valeur constitutionnelle¹⁴, même si, pour notre part, nous peinons à voir à quelle disposition ce principe, qui n'est à l'évidence pas un PFRLR, pourrait être rattaché¹⁵. En particulier, contrairement à ce que soutient le requérant, nous estimons que les principes de liberté et d'égalité respectivement garantis par les articles 4 et 6 de la Déclaration de 1789 constitueraient des fondements inappropriés car bien trop indirects.

Mais, en tout état de cause, le présent litige n'est pas l'occasion idoine pour inciter le Conseil constitutionnel à sortir du bois. Comme vous l'avez déjà fait à l'occasion de votre décision *Conseil national de l'ordre des médecins* de 2011¹⁶, nous vous invitons plutôt à **écarter l'argumentation au fond** sans qu'il y ait lieu de rechercher si le principe du libre choix par le malade de son médecin revêt un caractère constitutionnel.

En effet, il ne fait à nos yeux aucun doute que **l'argumentation développée au regard de ce principe est vouée à être écartée**. D'une part, pour la juger fondée, il faudrait considérer que ce principe s'applique aussi au choix des professions paramédicales, ce qui n'a rien d'évident. D'autre part, et surtout, le dernier alinéa de l'article L. 4322-1 ne limite en rien la possibilité qu'ont les patients de recourir aux services des orthopédistes-orthésistes en étant remboursés. Il implique simplement que les assurés qui entendent adapter leurs orthèses plantaires devront continuer à solliciter au préalable un médecin – dont la consultation sera du reste prise en charge – pour obtenir une prescription. Aussi, sauf à donner à ce principe une portée maximaliste qui risquerait d'obérer toute possibilité pour le législateur de rationaliser le système de santé en mettant en place des parcours de soins, il n'est pas possible d'estimer que cette étape

¹³ *La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée*, V. Mazeaud, NCCC n° 48, juin 2015 ; v. aussi *Libertés médicales, principes généraux du droit et Nouvelle-Calédonie*, M. Joyau, RFDA 1999.47

¹⁴ v. pour un contre-exemple : CE, 30-05-2012, *GFA Fielouse-Cardet*, n° 355287, B

¹⁵ V. aussi en ce sens : *Le contrôle de l'ordonnance du 24 avril 1996 relative à la maîtrise médicalisée des dépenses de soins*, C. Maugué, RFDA 1997.474 et les conclusions de C. Landais sur la décision CE, 20-05-2011, *CNOM*, n° 347908, C

¹⁶ CE, 20-05-2011, *CNOM*, n° 347908, C

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

intercalaire est à elle seule susceptible de constituer une atteinte au libre choix par le patient de son praticien.

PCMNC au non-renvoi de cette QPC.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.