

N°s 446506 et 446510 Syndicat national de l'orthopédie française

1^{ère} et 4^{ème} chambres réunies

Séance du 21 février 2022

Lecture du 14 mars 2022

CONCLUSIONS

M. Arnaud SKZRYERBAK, Rapporteur public

Ces deux requêtes portent sur les conditions de délivrance et de remboursement des appareillages orthopédiques de série. Elles sont introduites par le Syndicat national de l'orthopédie française qui reproche à un arrêté ministériel et à la Caisse nationale de l'assurance maladie de méconnaître la compétence exclusive des professions de l'appareillage.

Pendant longtemps, ces professions n'ont été encadrées que de manière indirecte, par le biais de la législation de sécurité sociale. La prise en charge des appareillages était en effet conditionnée à l'agrément du fournisseur par les caisses, sur des critères de diplôme ou de compétence professionnelle. Les prothésistes et orthésistes avaient la vocation première à cet agrément. Pour autant, aucune disposition ne leur conférait un domaine de compétence exclusive, comme vous l'aviez rappelé en rejetant un recours contre un décret permettant aux masseurs-kinésithérapeutes de réaliser des appareils temporaires de rééducation et des appareils de posture¹. La procédure d'agrément a été fragilisée quand vous avez donné raison à plusieurs pharmaciens qui faisaient valoir qu'elle n'était pas applicable au petit appareillage². Elle a disparu avec l'adoption de la liste des produits et prestations remboursables³.

Pour combler ce vide et pour garantir une prise en charge par des professionnels compétents et contrôlés, la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées a fait des professionnels

¹ 10 mars 1997, Union française des orthoprothésistes et Union nationale interprofessionnelle de l'orthopédie, n°s 184147 et 184148

² 5 mars 1993, Mme R-G... et autres, n° 84527

³ Décret n°2001-256 du 26 mars 2001 relatif à la prise en charge des produits et prestations mentionnés à l'article L. 165-1 du code de la sécurité sociale et modifiant ledit code ainsi que le code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre. L'absence de fondement législatif à la procédure d'agrément était problématique. Voir la circulaire de la CNAMTS 98/2003 du 11 juillet 2003.

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 l'appareillage des auxiliaires médicaux régis par le code de la santé publique. L'article L. 4364-1 de ce code dispose ainsi que les prothésistes et orthésistes réalisent, sur prescription médicale, l'appareillage nécessaire aux personnes handicapées. La loi a distingué cinq professions, en renvoyant à un décret le soin d'en fixer la réglementation. Deux d'entre elles ne réalisent que des prothèses sur mesure. Vous n'aurez donc pas à vous en préoccuper puisque seuls sont en cause dans les présents litiges les appareillages de série.

Les trois autres professions sont les orthoprothésistes, les podo-orthésistes et les orthopédistes-orthésistes, respectivement régis par les articles D. 4364-2, D. 4364-3 et D. 4364-6 du code de la santé publique. Ces trois articles sont construits sur le même modèle.

Un premier alinéa définit le champ de la profession réglementée. L'orthoprothésiste procède à l'appareillage sur mesure d'une personne présentant soit une amputation totale ou partielle d'un membre soit une déficience ostéoarticulaire, musculaire ou neurologique. Le podo-orthésiste quant à lui réalise l'appareillage sur mesure du pied. Enfin, la profession d'orthopédiste-orthésiste n'est pas définie par référence à une partie du corps ou à l'appareillage sur mesure. Exerce cette profession toute personne qui procède à l'appareillage des personnes malades ou atteintes d'un handicap par appareillage réalisé sur mesure ou par appareillage de série.

Les alinéas suivants précisent quels sont les appareillages mis en œuvre par chaque profession.

Pour les orthoprothésistes et pour les orthopédistes-orthésistes, il est prévu qu'un arrêté définit les appareillages qui leur sont réservés. Il s'agit de l'arrêté du 1^{er} février 2011 relatif aux professions de prothésiste et orthésiste pour l'appareillage des personnes handicapées. Comme son intitulé le suggère, cet arrêté a un objet plus large puisqu'il précise également les conditions d'accès aux cinq professions de l'appareillages ainsi que les règles de bonne pratique s'imposant à elles.

Pour chacune des trois professions qui nous intéresse, l'article du code de la santé publique la concernant a été complété en 2011⁴ par un alinéa qui dispose qu'un arrêté du ministre chargé de la santé fixe la liste des orthèses de série que ses membres peuvent délivrer. Il s'agit de l'arrêté du 3 décembre 2015 relatif à la délivrance des orthèses de série par les orthoprothésistes, les podo-orthésistes et les orthopédistes-orthésistes.

⁴ Décret n° 2011-1432 du 3 novembre 2011 modifiant les articles D. 4364-2, D. 4364-3 et D. 4364-6 du code de la santé publique

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.

La première requête dont vous êtes saisis porte sur cet arrêté du 3 décembre 2015 et sur le refus du ministre des solidarités et de la santé de faire droit à la demande d'abrogation présentée par le Syndicat national de l'orthopédie française. Ce dernier considère que l'arrêté est illégal faute d'indiquer que les professions de l'appareillage ont la compétence exclusive pour délivrer les orthèses de série qu'il liste, comme cela ressortirait des textes que nous vous avons présentés.

Vous pourriez rejeter la requête en constatant que l'arrêté du 3 décembre 2015 se borne à énumérer les orthèses de série délivrées par les orthoprothésistes, les podoprothésistes et les orthopédistes-orthésistes, sans prendre aucunement parti sur la compétence exclusive de ces derniers pour ce faire. Cette compétence exclusive, à supposer qu'elle existe, n'est donc pas méconnue par l'arrêté et l'on ne saurait lui faire grief, sur le terrain du principe de clarté et d'intelligibilité du droit, de ne pas l'avoir rappelée.

Mais nous vous proposons de juger plus radicalement que cette compétence exclusive n'existe pas sur les orthèses de série.

Rappelons d'abord la base légale de l'arrêté contesté : le ministre chargé de la santé doit lister les orthèses de série « pouvant être délivrées » par les trois professions. Il n'y a là aucune trace d'une exclusivité.

Lorsque le pouvoir réglementaire a entendu attribuer une compétence exclusive aux professions de l'appareillage, il l'a fait expressément en renvoyant à un arrêté distinct le soin de définir les appareillages concernés. Il ne l'a pas fait pour toutes les professions concernées par l'arrêté du 3 décembre 2015. Seules les orthoprothésistes et les orthopédistes-orthésistes bénéficient d'une exclusivité. Et vous relèverez que les appareillages qui leur sont réservés par l'arrêté du 1^{er} février 2011 sont uniquement des appareillages sur mesure.

Le sur-mesure est en effet au cœur de la légitimité technique des professions de l'appareillage. C'est ce qui définit les professions d'orthoprothésiste et de podoprothésiste, aux articles D. 4364-2 et 3 du code de la santé publique. Si la définition réglementaire de la profession d'orthopédiste-orthésiste mentionne en outre l'appareillage de série, nous ne saurions en déduire un quelconque monopole sur les orthèses de série, alors que le pouvoir réglementaire a pris soin de reconnaître expressément aux orthopédistes-orthésistes une exclusivité mais sur d'autres types d'appareillages. Nous relevons en outre que la loi, qui seule peut instituer un monopole, définit les prothésistes et orthésistes comme œuvrant pour l'appareillage des personnes handicapées et n'évoque pas celui des personnes malades.

Le syndicat requérant tente enfin de s'appuyer sur l'article 13 de l'arrêté du 1^{er} février 2011 mais nous comprenons de ses versions antérieures, qui étaient mieux rédigées⁵, que cette

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.

disposition exige seulement que les opérations d'appareillage mentionnées aux articles D. 4364-2, D. 4364-3 et D. 4364-6 du code de la santé publique soient réalisées par des personnes répondant aux règles de diplôme ou de compétence précisées par l'arrêté. Elle ne crée aucune compétence exclusive supplémentaire pour les professions de l'appareillage, ce qui d'ailleurs ne relèverait pas d'un arrêté.

Au total, les dispositions réglementaires régissant les orthoprothésistes, les podoprothésistes et les orthopédistes-orthésistes ne nous semblent pas faire de la délivrance des orthèses de série un attribut indissociable de l'exercice de ces professions.

Ajoutons que d'autres professionnels de santé sont reconnus compétents pour délivrer des orthèses de série.

D'une part, les pharmaciens, qui sont autorisés, en vertu de l'arrêté du 15 février 2002 fixant la liste des marchandises dont les pharmaciens peuvent faire le commerce dans leur officine, à vendre des dispositifs médicaux individuels, ce qui comprend les orthèses de série. Le syndicat requérant objecte que l'article 7 de l'arrêté du 1er février 2011 fait obligation aux pharmaciens qui souhaitent vendre des orthèses de série d'être titulaire d'un diplôme d'orthopédie. Nous lisons autrement cette disposition : elle prévoit seulement que les pharmaciens remplissant cette condition de diplôme peuvent exercer la profession d'orthopédiste-orthésiste.

D'autre part, les pédicures-podologues peuvent aussi délivrer des orthèses de série. C'est ce qui ressort en particulier de votre décision du 23 septembre 2020, rendue sur une précédente requête du Syndicat national de l'orthopédie française⁶.

Vous pourrez donc rejeter la première requête : le monopole des professions de l'appareillage sur la délivrance des orthèses de série n'existe pas et il n'est en tout état de cause pas méconnu par l'arrêté en litige.

⁵ L'arrêté du 1^{er} février 2011 a fusionné les arrêtés du 23 février 2007 modifiés relatif à la définition des appareillages réservés aux orthoprothésistes, aux conditions ouvrant droit à l'exercice et aux règles de bonne pratique qu'ils doivent respecter, relatif aux conditions ouvrant droit à l'exercice de la profession de podoprothésiste et aux règles de bonne pratique que ces professionnels doivent respecter, relatif à la définition des appareillages réservés aux orthopédistes-orthésistes, aux conditions ouvrant droit à l'exercice et aux règles de bonne pratique qu'ils doivent respecter, relatif aux conditions ouvrant droit à l'exercice de la profession d'oculiste et aux règles de bonne pratique que ces professionnels doivent respecter et relatif aux conditions ouvrant droit à l'exercice de la profession d'épithésiste et aux règles de bonne pratique que ces professionnels doivent respecter.

⁶ n° 438690

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.

La seconde requête ne porte pas sur l'interprétation des textes mais sur leur application.

Au cours de l'année 2016, le Syndicat national de l'orthopédie française a saisi la Caisse nationale de l'assurance maladie pour lui demander de cesser de rembourser les orthèses de série délivrées par les prestataires de services et distributeurs de matériel.

Ces prestataires sont régis par le code de la santé publique sans être pour autant des professionnels de santé. Ce sont des magasins habilités à vendre une liste de matériels destinés à favoriser le retour à domicile et l'autonomie des personnes malades ou handicapées : lits médicaux, appareils respiratoires, fauteuils roulants, etc. La liste ne comprend pas d'orthèses de série⁷.

Cela n'empêche pas de nombreux magasins d'en proposer à leurs clients. Il n'y a pas de difficulté lorsque les orthèses en cause ne sont pas remboursables. Les magasins de sport et les grandes surfaces vendent eux aussi des ceintures lombaires et des bas de contention ne répondant pas aux exigences de la liste des produits et prestations remboursables.

Ce que le syndicat requérant dénonce, c'est que les magasins de matériel médical vendent des produits inscrits sur cette liste et que leurs clients soient remboursés par l'assurance maladie.

En vertu de l'article L. 165-1 du code de la sécurité sociale, l'inscription sur la liste peut être subordonnée au respect de spécifications techniques, d'indications thérapeutiques ou diagnostiques et de conditions particulières de prescription, d'utilisation et de distribution. Il est ainsi prévu, s'agissant des orthèses de série, que « *les conditions d'exercice des professionnels doivent être conformes à la réglementation en vigueur* ». Nous comprenons de cette disposition sibylline qu'il faut que la délivrance d'orthèses de série entre dans les missions du professionnel qui la délivre.

Ce n'est pas le cas des prestataires de services et distributeurs de matériel. Sauf à ce qu'ils emploient des professionnels de santé habilités, les orthèses de série qu'ils vendent ne devraient pas être remboursées⁸.

⁷ Ou très marginalement, voir le rapport de l'IGAS de janvier 2020, Missions des prestataires de services et distributeurs de matériel

⁸ Le ministre a envisagé d'explicitier la chose (avis SSAS1716595V) mais il a renoncé à modifier la LPPR sur ce point.

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.

La Caisse nationale de l'assurance maladie en est parfaitement consciente. Elle explique avoir accordé aux prestataires de services et distributeurs de matériel un moratoire pour leur donner le temps, s'ils souhaitent poursuivre leur activité de vente d'orthèses, de se mettre en conformité avec la réglementation, c'est-à-dire de recruter des orthopédistes-orthésistes ou de former leurs salariés pour qu'ils le deviennent. Le Syndicat national de l'orthopédie française n'y avait pas d'objection de principe mais les divergences sur l'étendue de la formation à assurer aux salariés et les prolongations répétées du moratoire l'ont conduit à demander, par un courrier reçu le 10 juillet 2020, qu'il y soit mis fin.

Le directeur général de la Caisse nationale de l'assurance maladie a expressément rejeté cette demande par une décision du 10 novembre 2020 que le syndicat vous demande d'annuler.

Vous pourriez vous interroger sur la nature de l'acte attaqué. Le moratoire dont il est question n'est matérialisé par aucun acte. Les caisses ont continué de prendre en charge les orthèses vendues par les distributeurs de matériel sans se préoccuper de l'évolution des conditions mises à leur délivrance et à leur remboursement. Ce n'est qu'à la suite de la saisine du Syndicat national de l'orthopédie française en 2016 que la CNAM a pris acte l'illégalité de la situation actuelle et qu'elle a décidé néanmoins de la prolonger.

Le syndicat requérant voit dans cette décision un acte réglementaire illégal et il place sa demande sur le terrain du droit à l'abrogation des règlements illégaux.

Vous avez fréquemment à connaître de décisions non écrites. En dehors du cas où il est statué sur une demande, une telle décision peut être révélée par un fait matériel⁹ ou par un communiqué de presse¹⁰ par exemple. Les exigences du code des relations entre le public et l'administration relatives à la signature et à la mention du nom, du prénom et de la qualité de l'auteur d'une décision ne vous ont pas conduit à revenir sur cette absence de formalisme¹¹. Nous avons cependant de sérieuses hésitations à admettre qu'un acte réglementaire puisse ne pas prendre la forme écrite. Il nous semble en outre que la caisse nationale de l'assurance maladie n'a pas de pouvoir réglementaire sur les produits de santé¹².

Ce qui est en cause ici, ce n'est pas une modification implicite des règles de remboursement des orthèses de série mais le refus de la CNAM de faire cesser des

⁹ Assemblée, 22 décembre 1982, Comité central d'entreprise de la société française d'équipement pour la navigation aérienne, nos 34252, 34798, au recueil

¹⁰ Section, 28 novembre 1997, T... et autres, nos 156773;156806;163085, au recueil

¹¹ 12 octobre 2016, M. R..., n° 395307, aux tables

¹² A l'inverse de l'UNCAM, sur la participation des assurés ou sur le remboursement des actes des professionnels (art. L. 182-2 CSS).

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.

remboursements illégaux. A titre de comparaison, par une décision Fédération nationale des syndicats d'agents généraux d'assurances de 1983¹³, vous avez jugé qu'il appartenait à un ministre, saisi d'une demande tendant à ce qu'il prenne des mesures pour faire cesser les pratiques illégales de certains fonctionnaires, d'apprécier par quelle voie et à quel moment il y avait lieu pour lui d'user des pouvoirs dont il disposait pour y mettre fin, mais que le ministre ne pouvait légalement refuser de prendre aucune mesure. Vous avez transposé en 1995¹⁴ ce raisonnement au cas où le ministre chargé de la sécurité sociale était informé de pratiques illégales de caisses et vous avez jugé qu'il était tenu de faire usage de ses pouvoirs de tutelle.

En l'espèce, article L. 221-3-1 du code de la sécurité sociale donne au directeur général de la CNAM autorité sur le réseau des caisses locales et le charge de prendre toutes décisions nécessaires pour assurer son bon fonctionnement. Nous vous invitons donc à requalifier les conclusions dont vous êtes saisis et à annuler la décision du directeur général de la CNAM refusant de prendre les mesures nécessaires pour que les caisses locales cessent de rembourser les orthèses de série qui ne sont pas délivrées dans les conditions prescrites par la LPPR.

La mesure d'instruction diligentée par votre première chambre a montré qu'il n'y avait pas lieu de moduler dans le temps les effets de cette annulation car elle ne remettra pas en cause la continuité de la délivrance des orthèses à la population.

PCMNC

Sous le numéro 446506 au rejet de la requête

Sous le numéro 446510, à l'annulation de la décision du DG de la CNAM refusant de prendre les mesures propres à faire cesser les remboursements illégaux des orthèses de série délivrées par les prestataires de services et distributeurs de matériel, à ce qu'il lui soit enjoint de prendre ces mesures dans un délai de quatre mois, à ce qu'une somme de 3 000 euros soit mise à la charge de la CNAM au titre de l'article L. 761-1 du CJA et au rejet de ses conclusions au même titre

¹³ 18 février 1983, Fédération nationale des syndicats d'agents généraux d'assurances, n° 18624, au recueil

¹⁴ 10 juin 1995, Union syndicale des distributeurs de fauteuils roulants et appareils médicaux, n° 118534, aux tables

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.