

Monsieur le président,

Messieurs les premiers conseillers,

Le Docteur A... B...est médecin spécialisé en rhumatologie. Inscrit au tableau de l'Ordre des médecins du conseil départemental de la ville de Paris, il exerce son activité principale en qualité de médecin salarié à temps partiel du centre de santé BTP Robert Pommier, à Paris (75012), et dispose d'un site distinct depuis le 1^{er} septembre 2021 au centre de santé René Laborie, à Paris également (75002). Le Docteur HO, médecin généraliste, exerce à l'hôpital de la Pitié-Salpêtrière à Paris (75013) et est également inscrite au tableau de l'Ordre des médecins du conseil départemental de la Ville de Paris.

Par décision du 17 novembre 2021, le conseil départemental de la Ville de Paris de l'Ordre des médecins (ci-après « CDOM ») s'est opposé à la déclaration du Dr B...d'exercice en site distinct au centre Auber de la Coordination des œuvres sociales et médicale (ci-après « COSEM ») à Paris (75009), en qualité de salarié à temps partiel (une demi-journée par semaine) pour y réaliser des consultations et des infiltrations. Par décision du 15 décembre 2021, le CDOM s'est opposé à la déclaration du Dr HO d'exercice en site distinct au centre Maubeuge du « COSEM » à Paris (75010), en qualité de salarié à temps partiel (une journée par semaine) pour y réaliser des consultations.

A la suite de recours administratif préalable obligatoire, le Conseil national de l'Ordre des médecins (ci-après « CNOM) a, par deux décisions du 31 mars 2022, annulé les décisions d'opposition du 17 novembre et 15 décembre 2021, pour des motifs analogues.

Les requêtes se présentent de façon analogue : Le CDOM, demande par deux requêtes distinctes, l'annulation pour excès de pouvoir des décisions du 31 mars 2022 prises sur recours administratif préalable obligatoire. Il soulève un défaut de motivation, ainsi qu'une erreur de droit sur laquelle nous reviendrons.

Le CNOM indique dans ses mémoires en défense s'en remettre à la sagesse de la juridiction sur le bien-fondé de la requête. Il complète néanmoins son propos, en soulignant que les questions soulevées par le litige présentent des difficultés sérieuses et nouvelles, en l'absence notamment de précédent jurisprudentiel topique du Conseil d'État. Il demande en conséquence au Tribunal de saisir le Conseil d'Etat d'une demande d'avis sur le fondement de l'article L.113-1 du code de justice administrative.

La première difficulté alléguée porte sur la contestation éventuelle de la faculté dont dispose, par détermination de l'article R.4127-85 du code de la santé publique, un CDOM pour s'opposer à une déclaration d'exercice sur site distinct qui peut être fondée, selon le CNOM, sur un manquement à l'obligation déontologique d'indépendance. Mais l'interprétation du texte nous paraît clairement rejoindre l'analyse qu'en fait le défendeur qui tend à reconnaître la compétence d'un CDOM¹. La seconde difficulté porte, en substance, sur la compatibilité d'une

¹ En application de l'article R.4127-85 du code de la santé publique, « Le conseil départemental dans le ressort duquel se situe l'activité envisagée ne peut s'y opposer que pour des motifs tirés d'une méconnaissance des

rémunération proportionnelle du médecin salarié au principe d'indépendance. Nous reviendrons, lors de l'examen au fond, sur la question de la rémunération du praticien salarié.

Appelés à la cause dans les litiges les concernant, les Dr C... et B..., qui expliquent que le requérant ne justifie pas d'un intérêt lui donnant qualité pour agir dès lors que chaque litige, qui ne revêt pas un caractère disciplinaire, est régie par les règles singulières du recours administratif préalable obligatoire, concluent, à titre principal, à l'irrecevabilité de la requête les concernant. A titre subsidiaire, ils concluent chacun pour ce qui les concerne au rejet au fond, faisant valoir le caractère inopérant, manquant en fait ou infondé des moyens invoqués.

Intervenant, le COSEM, dont l'intérêt à agir ne fait pas débat, conclut à titre principal à l'irrecevabilité des deux requêtes en reprenant l'argumentaire des Dr C... et B.... A titre subsidiaire, il fait valoir le rejet au fond de la requête.

Tel est l'état en lequel se présente ces litiges, qui présentent à juger les mêmes questions.

**** Sur le litige concernant le Dr B...***

Brièvement, le conseil départemental est recevable à contester la décision administrative litigieuse prise par le conseil national (CE, section, 11 juillet 1988, CDOM des Alpes Maritimes c/Boucq, n°50638 ; 20 juin 2009, Chebaro et CDOCD d'Ille-et-Vilaine, n°316365 ; CE, 9 juin 2011, Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de la Meurthe-et-Moselle et Mme Bravetti, n°s335601,336246, concernant des décisions du conseil national relatives au lieu d'exercice des chirurgiens-dentistes exerçant en société contestées par un conseil départemental).

Abordons donc le fond. Nous en viendrons directement à la légalité interne.

Selon le requérant, la rémunération du médecin salarié, le Docteur B..., calculée principalement sur les actes réalisés et subsidiairement sur une rémunération fixe correspondant au minimum légal, constitue une clause de rendement qui ne garantit pas les conditions d'un exercice indépendant à temps partiel au COSEM Auber. Ce qui par ricochet compromet la qualité et la sécurité des soins au paient.

Ce requérant en déduit que, pour avoir considéré que la déclaration de site distinct du Docteur B..., consécutive à la conclusion du contrat en cause que produit par le requérant, garantissait un exercice conforme aux exigences déontologiques posées par les articles R.4127- 5, R.4127-95 et R.4127-97 du code de la santé publique, la décision attaquée est entachée d'erreur de droit.

Ce moyen, qui met en cause la validité même de la clause de rémunération, pose une difficulté préalable.

obligations de qualité, sécurité et continuité des soins et des dispositions législatives et réglementaires. » ; la qualité des soins et la sécurité du patient est le corollaire de l'indépendance professionnel du praticien ; les dispositions législatives et réglementaires inclut le code de déontologie inséré dans la partie réglementaire du code de la santé publique, dont relève au demeurant l'article R.4127-85.

Elle tient au fait que la légalité de la décision querellée annulant la décision d'opposition est subordonnée à l'appréciation de la validité de la clause en cause du contrat de travail régi par les dispositions du code du travail et le code de déontologie médicale. Par suite, en cas de question nécessaire à l'issue du litige présentant une difficulté sérieuse sur la validité de cette clause substantielle, le tribunal, en l'espèce compétemment saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre la décision attaquée sera, eu égard au caractère de contrat de droit privé que présente le contrat d'exercice, tenue de renvoyer à l'autorité judiciaire l'examen de cette question préjudicielle. L'appréciation du caractère sérieux de la difficulté que présente à juger le moyen sera décisive, si vous considérez que le moyen tiré de l'insuffisante motivation doit être écarté, et, par suite, que la question soulevée par l'erreur de droit (unique moyen restant à examiner) est nécessaire à l'issue du litige.

La question posée doit être analysée à l'aune du code de déontologie médicale² qui figure aux articles R. 4127-1 et suivants du code de la santé publique, et dont les dispositions sont applicables aux médecins salariés, ainsi que le rappelle d'ailleurs l'article 1^{er} du contrat en cause.

Le code de déontologie médical interdit toute clause de rémunération au contrat d'un praticien salarié de nature à limiter ou exclure son indépendance professionnelle.

Il prévoit en effet :

- En son article R. 4127-5 que « *Le médecin ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit* »³ ;
- En son article R. 4127-95 que « *Le fait pour un médecin d'être lié dans son exercice professionnel par un contrat (...) à tout (...) organisme (...) privé n'enlève rien à ses devoirs professionnels et en particulier à ses obligations concernant (...) l'indépendance de ses décisions. (...)* » ;
- En son article R. 4127-83 relatif à la rédaction du contrat que « *Un médecin ne peut accepter un contrat qui comporte une clause portant atteinte à son indépendance professionnelle ou à la qualité des soins, notamment si cette clause fait dépendre sa rémunération ou la durée de son engagement de critères de rendement* » ;
- Et enfin en son article R. 4127-97 que « *Un médecin salarié ne peut, en aucun cas, accepter une rémunération fondée sur des normes de productivité, de rendement horaire ou toute autre disposition qui auraient pour conséquence une limitation ou un abandon de son indépendance ou une atteinte à la qualité des soins* ».

² Pour comparaison, sachez que l'existence d'une difficulté sérieuse est niée en cas d'invocation devant le juge disciplinaire par un praticien de la nullité d'ordre public de la clause du contrat de droit privé sur laquelle est susceptible de prendre appui une sanction disciplinaire (CE, section, 8 février 1985, n°50591, au Recueil ; CE, 16 juin 2021, Mme Perrier-Doron, n°437366, aux Tables). Par suite, l'allégation d'une nullité d'ordre public n'impose pas à ce juge de question préjudicielle au juge judiciaire.

³ L'indépendance professionnelle du médecin, érigé au nombre des principes généraux du droit par le Tribunal des conflits (14 févr. 2000, Ratinet).

Les commentaires du Conseil national de l'ordre des médecins concernant le code de déontologie, qui figurent sur son site internet, explicitent l'interdiction déontologique de toute clause de rémunération au contrat d'un praticien salarié de nature à limiter ou exclure son indépendance professionnelle. Ils indiquent en effet :

- Sous l'article R. 4127-5 que :

« L'indépendance est acquise quand chacun de ses actes professionnels est déterminé seulement par le jugement de sa conscience et les références à ses connaissances scientifiques, avec, comme seul objectif, l'intérêt du patient »

Dans ses rapports avec les structures de soins, *« En milieu privé, l'indépendance du praticien est confrontée à des facteurs financiers : limitation quantitative et surtout qualitative de certaines prescriptions en raison de leur coût, choix dans les pathologies à traiter. La plus grande menace pour l'indépendance est constituée par des contrats léonins »* afin de satisfaire un objectif de rentabilité.

Dans ses rapports avec les structures administratives ou organismes privés, d'une part, *« le corps médical doit continuer à préserver son indépendance professionnelle, sans en sacrifier une partie pour une meilleure stabilité personnelle »*, d'autre part *« le risque de subordination reste important pour la médecine salariée, (...) la subordination dans la décision médicale est inadmissible, (...) et l'absence de clause garantissant l'indépendance professionnelle (clause considérée comme "essentielle" et confirmée par le Conseil d'Etat) est une cause de nullité déontologique du contrat. Dans le domaine privé comme public, tout contrat doit faire l'objet d'un examen minutieux des conditions de rupture et de leur caractère éventuellement arbitraire »*.

- Sous l'article R.4127-95 que :

« Il ne peut y avoir de subordination ou de dépendance, vis-à-vis de l'établissement, de l'organisme ou du confrère qui emploie le médecin, qu'au point de vue administratif (horaires, organisation du service...). »

- Sous l'article R.4127-97 que :

« Cet article est essentiel pour préserver l'indépendance du médecin dans son activité médicale (...). »

« Le paiement mensuel ou horaire est le plus fréquent. Sa fixité devrait mettre, en principe, le médecin à l'abri des pressions. Il faudra cependant être vigilant (...). Les rémunérations complémentaires (octroi de primes ou d'avantages...) ne devront en aucun cas être subordonnées à des objectifs quantitatifs qui porteraient atteinte à l'indépendance du médecin [telle qu'elle a été envisagée aux articles R.4127-5 et R.4127-95 du code]. »

« La possibilité, offerte par un même employeur de compléter une rémunération salariée par des paiements à l'acte doit être considérée avec circonspection, car son application peut constituer un important moyen de pression. Si elle est proposée, elle devra faire l'objet, de dispositions permettant d'en apprécier le caractère déontologique. (...) »

L'ensemble de ces considérations conduisent à mettre en exergue que, pour la sauvegarde de sa liberté de jugement, le praticien salarié, ne doit pas accepter d'être contraint directement ou indirectement, pour améliorer sa rémunération, à une cadence minimale ou maximale sur ses horaires de travail. La qualité des soins et la sécurité des patients en dépendent. Pour cela, sa rémunération peut être fixe, ou mixte, avec une part principalement forfaitaire. La part variable servie en complément de rémunération prévue au contrat doit être motivée pour permettre aux instances professionnelles d'apprécier sa compatibilité avec l'exigence d'indépendance professionnelle du médecin. En tout état de cause, une rémunération exclusivement ou principalement à l'acte du médecin salarié est incompatible avec son indépendance professionnelle, compte tenu des pressions auxquelles elle l'expose sur ses horaires de travail contractuelles.

Le raisonnement ne présente pas de complexité. La comparaison concrète des modes respectifs de rémunération du médecin libéral et du praticien salarié finit de lever toute éventuelle incertitude, fût-elle minime.

En tant qu'assurés sociaux, vous savez que des médecins libéraux peuvent exercer dans trois secteurs différents et pratiquer des honoraires différents. Chaque secteur possède en effet sa propre tarification. Les secteurs 1 et 2 sont dits conventionnés, alors que le secteur 3 est en dehors du système conventionnel. En secteur 1, les médecins doivent en principe appliquer les tarifs conventionnels, il ne pratique pas de dépassement d'honoraires, sauf cas exceptionnels (exigence de temps ou de lieu du patient). En secteur 2, dits conventionnés à honoraires différents, les médecins peuvent pratiquer des honoraires dépassant le tarif conventionnel, « avec tact et mesure » selon la déontologie médicale. En secteur 3, les médecins, en dehors du système conventionnelle, pratiquent des honoraires libres qui ouvrent droit à un remboursement sur la base du tarif « d'autorité » par l'assurance-maladie. Parce que sa rémunération est connectée à l'acte de soin, le médecin libéral est susceptible d'utiliser, sur ses horaires de travail, sa capacité d'influer sur le volume des soins pour accroître son revenu. Dans le respect de la qualité des soins qu'il doit aux patients, bien évidemment.

À la différence du médecin libéral, payé à l'acte par son patient, le praticien salarié reçoit de son employeur en principe une rémunération fixe (cf. supra, commentaires du CNOM sous l'article R.4127-97 du code de la santé publique). Elle correspond à un paiement forfaitaire pour un temps de travail donné, indépendant du nombre et de la nature des actes pratiqués et, par suite, de toute productivité. Parce que l'on s'attend à ce que le médecin porte plus d'attention à chacun de ses patients, quitte à y passer plus de temps, la durée de la consultation devient un indicateur de qualité des soins. Le praticien salarié peut néanmoins recevoir une rémunération mixte (cf. supra, commentaires du CNOM sous l'article R.4127-97 du code de la santé publique), sous certaines limites. En effet une rémunération complémentaire (primes, etc.), ne saurait conduire à une rémunération partielle à l'acte pour obtenir du médecin salarié une activité plus soutenue, plus intensive, dans un cadre horaire prédéfinie. Cette incitation à la

productivité, connectée à l'exercice même de la pratique médicale, aurait un effet pervers : raccourcir la durée de consultation pour favoriser le volume de soins au détriment de leur qualité. La cadence à laquelle serait soumise le médecin salarié, pour améliorer sa rémunération, limiterait son indépendance professionnelle. Finalement, un complément à la rémunération du médecin salarié ne paraît concrètement possible que s'il affecte une partie de la rémunération globale et ne vise pas l'exercice même des pratiques médicales (rapp. CE 30 déc. 2009, n°306040, concernant un arrêté fixant le mode de calcul d'une indemnité en faveur des praticiens hospitaliers qui s'engagent par contrat avec le directeur d'établissement à respecter des objectifs d'activité et de qualité déconnectés de la pratique médicale).

Tenant compte de l'ensemble de ces considérations, voyons de qu'il en est en l'espèce.

L'article 5 du contrat, qui est la contrepartie des services rendus par le praticien sur un temps de présence limité à une demi-journée par semaine au sein de l'association, a pour objet de tirer les conséquences d'une situation de fait selon le type de consultation ou acte technique pratiqué, d'en limiter le montant rémunéré à 40 % de leur valeur fixée par l'assurance maladie, et de fixer pour plancher de rémunération mensuelle le salaire minimal prévu par la législation, au prorata du temps passé.

Dès lors que la valeur fixée par l'assurance maladie diffère selon le type de consultation ou d'acte technique réalisé par le rhumatologue, et que le taux de 40 % est en revanche un taux fixe, la variable de rémunération du salarié est principalement la nature de l'acte, puisque celle-ci détermine le montant auquel est appliqué un taux unique de 40 %. La rémunération est principalement connectée à l'acte de soin. Par ailleurs, elle est subsidiairement forfaitaire, par référence au SMIC, lequel ne garantit au demeurant pas un seuil substantiel de rémunération. Par suite, elle est susceptible d'inciter le médecin salarié à user, sur ses horaires de travail, de sa capacité d'influer sur le volume des soins pour accroître son revenu (Le taux unique de 40 % est potentiellement suffisamment substantiel par rapport au revenu minimal subsidiaire pour contraindre indirectement le médecin salarié à raccourcir la durée de consultation pour favoriser le volume de soins au détriment de leur qualité, et, par suite, à limiter son indépendance professionnelle ; la solution inverse se serait imposée en cas de revenu minimal fictivement garanti à titre subsidiaire nettement plus élevé que le SMIC).

Par suite, au vu du contexte rappelé plus haut, qui, pour garantir l'indépendance du médecin salarié, ne permet l'introduction, sous le contrôle de l'ordre, d'une part variable qu'à titre de complément de rémunération, la clause de rémunération litigieuse doit être analysée comme une clause de productivité du médecin salarié portant atteinte à l'indépendance professionnelle du praticien, en violation du code de déontologie, notamment son article R.4127-97.

Si le CNOM a considéré l'inverse, cela tient aux circonstances propres au cas d'espèce, à la brièveté du temps partiel (voyez la motivation de l'acte attaqué). Mais telle considération ne pouvait être prise en compte que pour apprécier la licéité d'une part variable complémentaire au regard de l'exigence déontologique d'indépendance professionnelle.

Notre appréciation est dénuée de tout embarras, eu égard la clarté des exigences déontologiques et à l'absence de difficultés intrinsèques à la clause de rémunération litigieuse au regard des obligations déontologiques dont sont redevables les médecins salariés. Elle nous amène à

exclure toute difficulté réelle et sérieuse, et par suite, toute question préjudicielle, puis à considérer fondé le moyen tiré de l'erreur de droit.

PCMNC à l'annulation de l'acte attaquée pour erreur de droit, SQSB de statuer sur le défaut de motivation⁴.

** Sur le litige concernant le Dr C...*

Les motifs fondant la décision attaquée sont identiques à ceux précités concernant le Dr B.... Les questions à traiter sont identiques. La solution préconisée également.

PCMNC à l'annulation de l'acte attaquée pour erreur de droit, SQSB de statuer sur le défaut de motivation.

⁴ **Concernant l'insuffisante motivation invoquée par le CDOM** : L'article R. 4127-112 du code de la santé publique prévoit que « Toutes les décisions prises par l'ordre des médecins en application du présent code de déontologie doivent être motivées ». En l'espèce, la décision du CNOM, prise sur recours hiérarchique, concerne une obligation déontologique dont est redevable un médecin salarié ; elle met en relation un engagement contractuel avec cette obligation déontologique pour se prononcer sur l'appréciation qu'en a fait le CDOM à l'occasion d'une déclaration par le praticien d'exercice de son activité sur un site distinct. Le moyen est opérant. S'agissant de la motivation elle-même, la décision indique que le Dr B...a fait une déclaration de site distinct pour exercer au centre Auber du COSEM, en qualité de salarié pour y réaliser des consultations et des infiltrations d'une demi-journée par semaine, et que, par une décision en date du 17 novembre 2021, le CDOM s'est opposé à l'ouverture du site envisagé, au motif que le contrat présenté par le praticien comporte des stipulations pouvant s'assimiler à une clause de rendement en ce qu'il ne prévoit pas un salaire plein et entier et fait dépendre la rémunération du médecin directement du chiffre d'affaires généré. Elle ajoute que le conseil départemental en déduit qu'une telle clause est susceptible de porter atteinte à l'indépendance professionnelle du médecin et à la qualité des soins envisagés. Statuant sur le recours, le Conseil national estime alors que la demande de site distinct du praticien pour exercer à temps très partiel doit être regardée, dans les circonstances particulières de l'espèce, comme répondant aux exigences posées par l'article R 4127-85 du code de la santé publique. Il annule dès lors la décision d'opposition du conseil départemental de la Ville de Paris en date du 17 novembre 2021 doit être annulée. Cette motivation nous semble suffire pour comprendre les circonstances de fait propres à l'espèce, en particulier la brièveté du temps partiel, sur lesquels s'est fondé l'auteur de l'acte pour écarter toute atteinte à l'indépendance professionnelle. Par suite, le présent moyen doit être écarté comme manquant en fait.