



HAL
open science

L'ours d'Ardres et la “ redevance ” des médecins exerçant en cliniques privées

André Castaldo

► **To cite this version:**

André Castaldo. L'ours d'Ardres et la “ redevance ” des médecins exerçant en cliniques privées. *Ecrits de droit de l'entreprise. Mélanges en l'honneur de Patrick Serlooten*, Dalloz, pp.399-432, 2015, 9782247152964. halshs-02969842

HAL Id: halshs-02969842

<https://shs.hal.science/halshs-02969842>

Submitted on 19 Nov 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Écrits de droit
de l'entreprise

mélanges
en l'honneur de

*Patrick
Serlooten*

DALLOZ

L'OURS D'ARDRES ET LA « REDEVANCE » DES MÉDECINS EXERÇANT EN CLINIQUES PRIVÉES

par André CASTALDO

*Professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas (Paris II),
Doyen honoraire de la Faculté de droit et de science politique
de l'Université de Paris-Nord (Paris XIII)*

1. – Au début du XIII^e siècle, le seigneur d'Ardres (dans le département actuel du Pas-de-Calais) reçoit en cadeau du roi d'Angleterre un ours magnifique, et tout content le montre en train de combattre des chiens à ses sujets. Le spectacle conduit la population à demander au seigneur de renouveler la distraction les jours de fête : en contrepartie, les habitants s'engagent à payer la nourriture de l'animal. Les choses se passent bien jusqu'au jour où... le plantigrade meurt : mais le seigneur continue néanmoins d'exiger de ses sujets la pitance habituelle. La fourniture de celle-ci avait tourné en « *coutume si exécrationnelle que, toujours depuis lors, bien que le jeu de l'ours ait disparu, le pain de l'ours est exigé par les seigneurs et extorqué, bon gré mal gré, au pauvre peuple en vertu de cette coutume* »¹. On sait, en effet, qu'au Moyen Âge « *de nombreuses prestations ou "coutumes" se sont ainsi maintenues alors que leur cause avait disparu et était complètement tombée dans l'oubli* »².

1. Lambert d'Ardres, *Chronique de Guines et d'Ardres (918-1203)*, éd. Godefroy-Méniglaise, 1855, p. 300-301.

2. Le texte a été publié et commenté par P.C. Timbal, *Institutions et faits sociaux*, Paris, 1958, p. 112.

2. – De nos jours, dans un système juridique fortement légitimiste, l'existence (et la nécessité) d'une règle de droit et son interprétation par les tribunaux doivent être conformes à la raison et explicables clairement. Mais ne peut-on rencontrer dans une solution jurisprudentielle la trace d'une routine, alors que le raisonnement perd de vue le rapport qui devait exister entre un texte juridique (ou un usage) et son origine ?

3. – Un premier exemple, tiré de l'activité médicale libérale dans un établissement privé de soins, montre que, lors de la rupture unilatérale d'un contrat d'exercice, l'exigence d'un temps de préavis assez long est justifiée par la nécessité de ne pas priver brutalement les patients des services de leur médecin habituel et de les plonger dans le désarroi³. Le lien entre un cardiologue (ou un autre spécialiste) et son patient ne peut disparaître d'un coup et du jour au lendemain : il faut laisser le temps au médecin et au patient de trouver une solution qui tienne compte de l'existence d'un « dialogue singulier » entre les deux parties, et du principe fondamental du libre choix par le patient de son médecin. Fruit de l'expérience, la pratique contractuelle a peu à peu fixé une durée de préavis, en fonction du temps de présence du médecin dans l'établissement : la jurisprudence a conféré au modèle de contrat (qui n'est nullement un contrat-type) diffusé par l'Ordre national des médecins une valeur considérable (sauf cas de figure exceptionnels, fondés sur la faute tout aussi exceptionnelle du médecin).

Mais le juge accorde aussi invariablement le bénéfice de cette durée à des praticiens qui, quelle que soit leur importance médicale, n'assistent que ponctuellement des patients. Certes, on comprend qu'un spécialiste, y compris un chirurgien, qui « suit » ses malades soit protégé, mais que doit-on penser de l'application du principe dans le cas de l'absence de « patientèle » habituelle ? Ce qui peut-être déjà le cas d'un anesthésiste (le patient à opérer choisit son chirurgien, et bien rarement – sans doute à tort – son anesthésiste-réanimateur) et surtout celui d'un « urgentiste », qui ne verra vraisemblablement qu'une seule fois une personne accidentée... même s'il l'a sauvée.

4. – Un second exemple est important du point de vue de la liberté de gestion des cliniques, du respect de la liberté contractuelle et, aussi, de l'égalité : un établissement de soins privé ne peut exiger d'un praticien qui y travaille dans le cadre d'un contrat d'exercice que le remboursement, à leur prix de revient, de certaines prestations, sans bénéfice aucun : « *Le principe du juste coût implique que l'établissement ne peut refacturer avec profit* »⁴.

La limitation apportée par la Cour de cassation repose sur l'article L. 4113-5 (anciennement L. 365) du Code de la santé publique : « *Il est interdit à toute personne ne remplissant pas les conditions requises pour l'exer-*

3. V. G. Mémeteau, dans *Droit médical et hospitalier*, dir. Cl. Esper, Paris, 2003, fasc. 140-3, n° 8, 9 et 14.

4. *Hospitalisation Nouvelle*, n° 286, mars 2001, p. 18.

cice de la profession de recevoir, en vertu d'une convention, la totalité ou une quote-part des honoraires ou des bénéfices provenant de l'activité professionnelle d'un membre de l'une des professions régies par le présent livre ». Cet article est d'ordre public, de surcroît renforcé par des sanctions pénales à l'encontre du non-médecin⁵ et doublé au plan déontologique par l'ire ordinale.

5. – À première vue, cette disposition législative (dont on peut sans doute trouver l'équivalent dans d'autres législations européennes) veut empêcher qu'un médecin, à l'insu de son patient, rétrocède à d'éventuels pourvoyeurs de clients et autres « rabatteurs » de malades une partie de ses honoraires : ceux-ci, ont le sait, sont personnels au médecin et impartageables⁶.

D'après le classique *Traité de droit médical*, les critiques de ces pratiques, contraires à la déontologie, se sont multipliées à la fin du XIX^e siècle, surtout après 1925⁷, même si elles existaient depuis longtemps : par ex., le médecin de famille adresse un patient à un confrère chirurgien, qui en retour fait un cadeau⁸. Ou bien un hôtelier et un médecin « travaillent » de concert⁹. Mais la maladie a progressé, pour des raisons qui tiennent aux médecins eux-mêmes¹⁰ – révélation qui a quelque peu gêné la profession¹¹ – et, aussi, lorsque les cliniques privées se sont développées après la Seconde guerre et ont été de plus en plus préoccupées – mutuelles comprises – par une gestion rentable de leur activité¹².

6. – Ce texte, dont la portée paraît bien circonscrite, n'est cependant que le point de départ de son extension redoutable à une situation qu'il ne paraît pas viser de façon évidente, au point que ce tout petit sujet alimente depuis

5. Amende de 4 500 euros et en cas de récidive six mois d'emprisonnement et 9 000 euros d'amende (L. 4163-3).

6. On distingue ici la dichotomie du compéragé : le partage illégal d'honoraires prend le nom de « compéragé », quand il intervient indûment entre médecins eux-mêmes, et on parle de « dichotomie » lorsqu'un tiers non médecin y est intéressé. Sur les exceptions : V. M. Harichaux, *La rémunération du médecin*, Paris, 1979, p. 75, n° 119s.

7. R. et J. Savatier, J.-M. Auby, M. Péquignot, Paris, 1956, p. 471, n° 499bis. Le *Syndicat des chirurgiens français*, discute pour la première fois du sujet en octobre 1927 (A. Valton, *Un cas déontologique épineux : la dichotomie*, Paris, 1937, p. XIII).

8. J. Léonard, *La médecine entre les pouvoirs et le savoir*, Paris, 1981 ; p. 175. Pour des détails : J. Sayn, *Le partage clandestin d'honoraires dans la profession médicale*, thèse Lyon, 1938, p. 16 s.

9. J. Sayn, *op. cit.*, p. 25.

10. V. dans J. Sayn, *op. cit.*, p. 47s. un exposé sur le sujet.

11. La *Ligue médicale contre la dichotomie*, qui publie en 1930 une série de contributions sur le sujet, est justiciable en 1930 d'un blâme pour cette divulgation (A. Valton, *op. cit.* p. 13).

12. Le *Traité de droit médical* ne consacrait à sa date que peu de lignes à la question (p. 335, n° 354 s.). Il ne cite d'ailleurs que les cas 1) des collusions entre médecins, 2) des redevances des « cliniques ouvertes » dans les hôpitaux publics et 3) les établissements tenus par des mutuelles (p. 395, n° 419). Les ouvrages plus anciens précités n'abordent même pas la question.

bientôt cinquante ans une jurisprudence bien fournie, signe sans doute d'un malaise¹³. Comment est-on parvenu, à partir de la disposition précitée, à interdire aux cliniques de facturer aux médecins certains services au prix du marché, au point d'en faire « *un exemple caractéristique de l'atteinte à l'autonomie de la volonté, en raison de la loi* »¹⁴ (I), ce qui suscite étonnement et même critique (II) ?

I. – LA FORMATION DE LA JURISPRUDENCE

7. – Le passage d'une prohibition ancienne et aisément compréhensible à une jurisprudence intransigeante que maintient avec persévérance la Haute Cour révèle que la solution n'a pas été trouvée d'emblée, signe en soi d'une difficulté. Il convient de préciser de quoi l'on parle exactement (A), puis d'exposer la construction de la Cour de cassation (B) et qui s'inscrit dans une construction plus vaste (C).

A. – LES « SERVICES RENDUS » PAR UNE CLINIQUE À UN PRATICIEN

8. – « *Le médecin d'autrefois opérait seul* »¹⁵. Après les maisons de santé du XIX^e siècle, des établissements de soins privés sont apparus à côté des hôpitaux publics : les progrès scientifiques et techniques ont exigé pour l'exercice en particulier de la chirurgie (mais pas seulement) un nouvel environnement technique et humain, destiné à faciliter la profession médicale et à accroître la sécurité des patients (1). Le coût en est entièrement supporté par la sécurité sociale, sauf pour des prestations spécifiques dont profitent, mais à leur frais, des praticiens (2).

1° Les deux sortes de prestations

9. – *a) Les prestations prises en charge par la sécurité sociale.* Lorsqu'un établissement s'engage contractuellement à fournir à un praticien ce qui est nécessaire à son art (on parle de « contrat d'exercice »), cet établissement perçoit diverses recettes des organismes de sécurité sociale¹⁶ pour accueillir des patients dans des conditions assurant leur sécurité, les héberger, ainsi

13. D'où le titre donné par G. Mémeteau à l'un de ses articles : « Questions sur la redevance, source intarissable de contentieux » (RGDM, 2006, n° 21, p. 61-70).

14. I. Lucas-Baloup et O. Vorms, *Médecins/Clinique. Le contrat d'exercice*, Paris, 2001, p. 308.

15. R. et J. Savatier, J.-M. Auby et M. Péquignot, *Traité de droit médical*, Paris, 1956, p. 25, n° 11.

16. À partir de 1984, les « prix de journée » ont été remplacés par un « dotation globale » puis, en 2005, a été introduite dans les cliniques privées la « tarification à l'activité » (T2A).

que pour mettre à disposition des médecins (chirurgiens, anesthésistes, obstétriciens, etc.) une salle d'opération équipée de matériels divers, dotée d'un personnel correspondant à des normes réglementaires et donnant lieu à des ressources¹⁷. Un chirurgien utilise donc gratuitement une salle d'opération dotée d'un équipement suffisant et d'un personnel soignant minimum, la clinique étant tenue contractuellement à son égard d'assurer ces mises à disposition¹⁸. La clinique ne peut ici rien faire payer aux praticiens, ce qui constituerait un « double paiement » illégal.

10. – **b) Les prestations à la charge des médecins.** Mais d'autres prestations, non couvertes par ces recettes, sont fournies par la clinique à un praticien, exclusivement lorsque celui-ci en fait personnellement la demande : la liste de ces prestations figure dans le contrat d'exercice liant le praticien et la clinique (ou dans une annexe). En contrepartie, celui-ci paie alors à la clinique une somme au titre de la prestation ou du service apporté par celle-ci personnellement au médecin pendant l'exécution de son contrat d'exercice¹⁹.

2° Les diverses prestations facultatives

11. – Il va sans dire que la valeur de ces prestations varie selon les diverses spécialités médicales (a). La situation des radiologues, tant par les enjeux financiers qu'au regard de décisions particulières de la Haute Cour (*infra*) mérite une précision (b).

12. – **a) Une vue générale.** On peut définir ce que fournit la clinique *contrario* des obligations des établissements qui reçoivent pour d'autres dépenses des recettes publiques ; il s'agit donc des « éléments ne figurant pas dans les éléments de tarification listés dans le cadre de l'arrêté fixant les catégories de prestations prises en charge par les caisses d'assurance maladie »²⁰.

17. L'art. R. 162-28 s. du Code de la sécurité sociale précise les catégories de prestations d'hospitalisation donnant lieu à une prise en charge par le régime obligatoire de la sécurité sociale

18. En conséquence, une clinique ne peut facturer une redevance pour l'acquisition du matériel de salle d'opération et sa mise à disposition dans la mesure où celle-ci constitue une obligation légale pour laquelle celle-ci est rémunérée par le forfait de salle d'opération (Civ. 1^{re}, 27 juin 2000, n° R 98-19565).

19. La redevance couvrirait donc anciennement « les frais payés par l'établissement et profitant aux médecins, non inclus dans les frais de fonctionnement eux-mêmes couverts par les prix de journée et les forfaits de salle d'opération et de travail » (G. Mémeteau, « Observations sur l'évaluation de la redevance versée par les médecins aux cliniques », *RDSS* 1991. 609). V. aussi J. Penneau, *D.* 1997. Somm. 316.

20. « *Recommandations* » du Comité de Liaison et d'Action de l'Hospitalisation Privée (CLAHP) du 24 février 1994 (modifiées le 7 décembre 2003), qui constituent une sorte de code de bonne conduite entre les cliniques et les praticiens qui y exercent. Ce comité regroupe la Fédération de l'Hospitalisation Privée (FHP) et plusieurs syndicats de

Certains spécialistes ne reçoivent que peu de prestations, d'autres (chirurgiens, anesthésistes-réanimateurs) davantage, les radiologues quelquefois beaucoup plus. Les contrats d'exercice en donnent toutes les variantes²¹ : personnel mis à disposition pour la prise de rendez-vous et le secrétariat médical propre au médecin, facturation aux organismes de sécurité sociale (bordereau S. 3404, ex-615...) et recouvrement des honoraires, locaux de consultation (avec ses accessoires : chauffage, électricité, entretien ménager...), matériels divers plus ou moins complexes, aides anesthésiste ou opératoire... Lors d'expertises, on rencontre encore des frais d'accès aux aires de stationnement ou à la cantine.

13. – **b) Le cas de l'imagerie médicale.** La situation particulière de ces praticiens retient l'attention, car les personnes physiques ou les structures collectives professionnelles qui les regroupent peuvent exercer leur art au profit de patients de deux façons :

– soit, et *via* des baux commerciaux, ils travaillent dans des locaux (ils les louent à l'établissement, ou à une personne physique ou morale autre que la clinique) pour lesquels ils paient directement un loyer au propriétaire du bâtiment. Toutefois, notamment parce que la clinique s'efforce d'éviter la création d'une propriété commerciale dans ces murs, il arrive que la mise à disposition d'une surface soit rétribuée par le biais de la redevance, dans le cadre du contrat d'exercice. Ils utilisent aussi leur propre matériel (acheté ou loué) et rétribuent leur propre personnel, etc. Ils assument alors la charge financière totale et directe de toutes ces dépenses et leurs honoraires bruts tiennent compte de ces charges professionnelles.

– soit, afin de faciliter leur travail, et en complément substantiel d'autres services que la clinique apportent généralement aux médecins libéraux (par exemple, très généralement la facturation et l'encaissement des honoraires), les praticiens peuvent demander contractuellement à l'établissement de leur fournir en tout ou partie les moyens d'exercer.

Dans le cas d'une fourniture globale des murs et des équipements, le prix d'achat et d'entretien du matériel de radiologie, ainsi que les frais d'entretien

médecins : pour cette raison, le document prend valeur d'usages incontestables. Mais il en va de ces « recommandations » comme de tous les modèles : les clauses contractuelles doivent prendre le pas sur les modes de calcul issus des usages consacrés en particulier par le CLAHP : « *si des systèmes plus précis de facturation des prestations fournies au médecin par les cliniques privées ont pu être préconisés par des instances ordinaires ou organismes professionnels, il n'est pas justifié de textes imposant, dans les contrats en cours, l'adoption de clauses de facturation des prestations fournies au coût réel* » (Civ. 1^{re}, 13 mars 2007, n° 06-10229).

21. Sur la difficulté d'énumérer les prestations possibles et les variations d'un établissement à un autre : v. les articles rassemblés dans *L'hospitalisation nouvelle*, n° 286, mars 2001 ; I. Lucas-Baloup et O. Vorms, *op. cit.*, p. 365 s. ; J.-P. Ortis, « Enquête sur les prestations fournies par les établissements aux praticiens (redevance) », dans *RGDM*, 2006, n° 21, p. 71-77 ; C. Daver, *RGDM* 2003. 275-287.

des locaux et les frais de personnels incombent directement à la clinique. Celle-ci reçoit ensuite des praticiens, sous la forme d'une redevance correspondant le plus souvent à un pourcentage forfaitaire de leurs honoraires, une contrepartie financière, dès lors qu'il ne peut s'agir de prestations gratuites. Les radiologues ne supportent donc plus (mais en sus d'une redevance qui est alors élevée) que leurs charges professionnelles personnelles.

B. — *LA DOCTRINE DE LA COUR DE CASSATION*

14. — La clinique ne recevant pas de recettes publiques pour les services facultatifs, le principe général est que leur prix est à la charge des médecins au titre de leurs frais professionnels. Cette contrepartie financière est couramment appelée « redevance » : le mot est particulièrement malheureux (ce qui a été dit depuis longtemps²²), car il s'agit du paiement par le médecin de prestations assurées à sa demande par l'établissement. Mais, commode et d'un emploi courant, le mot a la vie dure. C'est à partir de cette réalité que la jurisprudence a construit un édifice (1), en recourant pour ce faire à l'interdiction édictée par l'article L. 4113-5 du Code de la santé publique (2).

1° La genèse du principe

15. — Conséquence des difficultés qui, en matière de paiement de frais, ont opposé de plus en plus fréquemment, passé le milieu du xx^e siècle, les médecins et les établissements, l'instauration d'une règle claire (b) a bien tardé (a).

16. — a) *La rigueur initiale et l'évolution.* La chronologie des décisions traduit une progression qui, paradoxalement mais rapidement, va faire perdre de vue la raison d'être de la dichotomie.

17. — Dans un premier temps, la contestation des médecins a porté sur le principe même du paiement des frais²³. Avant l'ordonnance du 24 septembre 1945 relative en particulier à la profession de médecin, les juridictions avaient certes « *diversement apprécié* » le paiement d'un pourcentage des honoraires²⁴, mais les auteurs du *Traité de droit médical* indiquent que l'« *indemnité pour les facilités* » accordées par les établissements pouvait être « *forfaitaire et mensuelle* », ou « *proportionnées à l'usage de l'installation par*

22. V. I. Lucas-Baloup et O. Vorms, *Médecins /Cliniques. Le contrat d'exercice*, Paris, 2001, p. 308, note 593.

23. Y. Lachaud, « Les reversements d'honoraires des médecins libéraux exerçant en cliniques privées », *Médecine et Droit*, 1994, n° 4, p. 21.

24. R et J. Savatier, J.-M. Auby et M. Péquignot, *Traité de droit médical*, Paris, 1956, p. 403, n° 424 bis.

le médecin ». Ils ne font pas allusion à la prohibition²⁵. Pour eux, « *L'essentiel est qu'elle* (= la « redevance ») *ne comporte pas de pourcentage sur les honoraires* »²⁶. Le principe du paiement leur paraissait indiscutable.

Et même en 1963, pour la Haute Cour, des juges d'appel avaient pu considérer qu'une partie des sommes provenant d'une caisse primaire de sécurité sociale avait pu être retenue selon le système du pourcentage par un hôpital privé, au motif qu'elles « *étaient largement compensées par les avantages accordés à son chirurgien* »²⁷. Pour M. Harichaux, la jurisprudence civile était donc au départ favorable à la redevance sous la forme de pourcentage, y compris même après la parution du Code de la santé publique et du code de déontologie²⁸.

18. – Dans un second temps, la Cour a proscrit le pourcentage, mais toujours pas le principe de la rémunération des services rendus par la clinique : était licite le paiement, du moins lors qu'il revêtait la forme d'une « *redevance forfaitaire mais pas proportionnelle aux honoraires* »²⁹. L'ancien article 365 du Code de la santé publique était donc appliqué à la lettre : le contrat pouvait même être considéré comme nul et les sommes indûment payées devaient être restituées au médecin³⁰. Ainsi, il est dit en 1973 qu'une cour d'appel, en rejetant la demande de remboursement du pourcentage prélevé sur des honoraires, « *au motif que ce pourcentage était la rémunération des services divers qu'en tout état de cause le médecin aurait été dans l'obligation de payer* », a néanmoins violé l'article L. 365 (= L. 4113-5)³¹. Un an après, et dès lors qu'il résultait du contrat le versement d'un pourcentage (extrêmement modeste, au demeurant, s'agissant de radiologues) des honoraires médicaux, la cour approuve les juges du fond d'avoir admis la nullité du contrat, l'article L. 365 « *ne comportant aucune exception* »³².

25. *Op. cit.*, p. 403.

26. *Op. cit.*, p. 403, n° 424 bis. « *Cette clause est formellement interdite par l'article 13 de l'ordonnance du 24 septembre 1945* ».

27. Civ. 1^{re}, 19 nov. 1963, *Bull. civ.* I, p. 420. « *Attendu que les juges du fond ont énoncé que "le médecin peut fort bien se lier par un contrat de louage de services à une collectivité ou à une entreprise privée si ce contrat ne porte pas atteinte à la liberté de médecin dans l'exercice de son art", qu'ils ont constaté que "tel avait le cas en l'espèce", après avoir au surplus énuméré ces avantages tel que les allouait le contrat et souverainement décidé que les sommes retenues "étaient largement compensées par les avantages accordés à son chirurgien"* ». V. L. Mélenec (dir.), *Traité de droit médical*, t. 5, *Les honoraires médicaux*, par L. Mélenec et A. Dorsner-Dolivet, Paris, 1981, p. 57.

28. *Op. cit.*, p. 267, n° 474.

29. Civ. 1^{re}, 16 févr. 1971, n° 69-13785.

30. Civ. 1^{re}, 16 févr. 1971, n° 69-13785 ; Civ. 1^{re}, 15 janv. 1974, n° 72-12868. La clause seule, si elle est considérée comme essentielle, peut être annulée. On pense aussi au « pouvoir modérateur » du juge (G. Mémeteau *in* Cl. Esper [dir.], *Traité de droit médical et hospitalier*, fasc. 140-1, n° 29).

31. Civ. 1^{re}, 10 avr. 1973, n° 72-10192.

32. V. notamment Civ. 1^{re}, 15 janv. 1974, n° 72-12868, *D.* 1974. IR.86 ; v. F. Vialla, « Les redevances dans les contrats d'exercice libéral : à propos de l'arrêt de la Cour de

C. Daver, à bon droit, a donc pu parler du radicalisme de la Cour à l'époque³³, à l'unisson des foudres ordinales. Toutefois les médecins, après la bataille, ne pouvaient plus contester le principe même du paiement de frais : seule la présence d'un pourcentage conduisait à l'anéantissement du contrat et à la restitution des sommes payées³⁴.

19. – On constate que le raisonnement jurisprudentiel qui conduira un peu plus tard à la fausse notion de « frais réels » vient, qu'au départ, la rémunération des services était ordinairement calculée selon le mécanisme d'une « redevance », consistant en un pourcentage assis sur les honoraires médicaux. Les contrats d'exercice comportaient une clause qui permettait en sus aux établissements de prélever d'office cette redevance sur les honoraires des praticiens, ces honoraires étant facturés et encaissés pour leur compte le plus souvent par l'établissement mandataire. Ce mécanisme, simple et commode, s'est développé dans les établissements privés alors que les hôpitaux publics le connaissaient déjà³⁵.

C'est évidemment le prélèvement d'un pourcentage qui a conduit à constater un abus et une atteinte au caractère personnel de l'honoraire payé par le patient³⁶ à son insu, et donc un cas de dichotomie interdit par l'article L. 365 (= L. 4113-5) du code. La méthode employée dans les cliniques, certes en accord avec les médecins, pouvait faire suspecter que ces recettes étaient fonction de la seule activité du médecin, et pouvaient ne pas correspondre à la juste rémunération de services ou prestations assurés par la clinique en faveur de ce médecin. L'établissement pouvait participer ainsi aux revenus du médecin et prélever sur les honoraires une somme supérieure à la valeur du service ou de la prestation, en détournant illégalement à son profit une partie de ces honoraires. La fixation de la redevance sous la forme d'un pourcentage était bien de nature à créer une confusion. Par ce biais, le mode de paiement infectait le principe même du paiement.

20. – ***b) L'arrêt du 28 mai 1976 et le « coût réel »***. Si son importance est une banalité, on ne voit pas ordinairement qu'en réalité son résultat, ambigu, a donné au juge de fond la possibilité d'innover grandement, sans être désavoué par la Haute Cour.

cassation du 13 mars 2007 », *Médecine et Droit*, 2008, n° 88, p. 1-7. En l'espèce la clinique pour une fois sollicitait la sanction.

33. C. Daver, *RGDM* 2003. 281.

34. V. un écho tardif – et inexact – dans CE 29 nov. 1982, req. n° 1982 : une clinique tente, mais inutilement, d'échapper à un redressement fiscal intervenu en 1974 en soutenant que la Cour de cassation aurait prohibé à l'époque toute redevance couvrant des dépenses.

35. Les praticiens exerçant en « cliniques ouvertes » versent une redevance aux termes du décret du 28 juin 1955 (validé par le Conseil d'État, 13 févr. 1959, *Lebon* 117 ; v. R. et J. Savatier, J.-M. Auby et M. Péquignot, *op. cit.*, p. 197, n° 223). Selon le décret du 17 avril 1942, les redevances étaient pour les frais : 1) de fonctionnement de 20 % (médecins), 30 (chirurgiens et spécialistes), 50 % (radiologie) et 2) de recouvrement des honoraires : 5 %.

36. C. Daver, *RGDM* 2003. 278.

21. – 1) *Les deux glissements*. Alors qu'une cour d'appel avait rejeté, contre la jurisprudence de l'époque, une demande de restitution d'une redevance calculée selon un pourcentage et que la Cour avait rappelé sa position de principe³⁷, la juridiction de renvoi a résisté. L'Assemblée plénière a alors suivi le mouvement³⁸ : après tout, faire prédominer une façon de payer sur la nécessité d'honorer des prestations était tout de même excessif.

Par un arrêt de principe, l'Assemblée plénière, revenant ainsi sur son appréciation antérieure, précise que le choix d'une redevance assise sur un pourcentage sur les honoraires pour rembourser une clinique des prestations fournies peut être désormais licite, dès lors que cette redevance est prélevée sur les revenus professionnels bruts de ce praticien et qu'il n'était pas porté directement atteinte à la rémunération de l'activité médicale (le revenu net)³⁹.

Comme l'a dit G. Mémeteau⁴⁰, « dans la lecture de l'article L. 365 (= L. 4113-5) on gliss(ait) de l'expression "quote-part des honoraires" à celle de "quote-part des bénéfices" », dès lors que les honoraires comportent évidemment des frais professionnels. Ceci revenait à dire qu'une clinique ne pouvait percevoir une sorte de « dîme » sur une rémunération nette et, toujours à l'insu des patients, recevoir une partie des honoraires (entendus comme le revenu qui reste au médecin après paiement de ses charges), et sans aucune prestation (ou une prestation insuffisante) de sa part. La rémunération nette correspond au « bénéfice » que retire un médecin de son activité professionnelle⁴¹, une fois qu'il a déduit de son chiffre d'affaires (c'est-à-dire des honoraires bruts) ses dépenses professionnelles.

La Cour de cassation, dans son arrêt, ne dit rien de plus et se borne à édicter un principe, auquel désormais elle va tenir la main⁴². Mais comment s'assurer que la clinique n'amputait pas les honoraires nets ? La réponse allait venir, d'une simplicité biblique : il fallait le vérifier tout simplement en alignant le montant des frais facturés sur ce que l'établissement dépensait lui-même pour délivrer les prestations en cause. Un second glissement s'est donc produit.

37. V. en effet Civ. 1^{re}, 10 avr. 1973, n° 72-10192.

38. V. déjà Paris, 1^{re} ch., 20 janv. 1973 (*D.* 1974. 61). Dans une précédente décision du 13 mars 1970, la même juridiction avait déjà considéré que la proportionnalité de la redevance par rapport aux honoraires « n'est pas nécessairement incompatible avec l'indépendance du médecin ».

39. Ass. plén., 28 mai 1976, n° 75-1037, *Bull. ass. plén.*, n° 8 ; *JCP* 1977. II. 18535, obs. R. Savatier, et A. Dorsner-Dolivet et A. Scemama, *JCP* 1979 chron. I, 2929.

40. *Le droit médical*, op. cit., p. 77, n° 141.

41. Au titre de sa « prestation scientifique » (G. Mémeteau, *RDSS* 2004. 632) ou de sa « prestation intellectuelle » (M. Harichaux, *La rémunération du médecin*, Paris, 1979, p. 268, n° 475).

42. Par ex. : « La rétrocession d'honoraires ne contrevient pas aux prescriptions d'ordre public invoquées, dès lors que son montant modéré correspond à l'évaluation normale des prestations et services assurés par l'établissement et énumérés dans la convention laquelle précisait également que les services rendus ne sont pas compris dans le tarif des prix de journée déjà payés par la sécurité sociale » (Civ. 1^{re}, 21 nov. 1995, n° 93-18597).

22. – 2) *La définition du « coût réel » par le prix de revient*. La discussion, par une sorte de déplacement du questionnement, a alors abouti à une situation bizarre, où l'interdiction de la dichotomie (c'est-à-dire le partage *stricto sensu* d'honoraires nets entre un médecin et un tiers non-médecin) s'est transformée, au détriment des établissements privés de santé, en un véritable avantage au profit des praticiens.

Par un arrêt du 8 février 1977, la Cour se réfère seulement au « *coût réel* » des prestations effectivement délivrées, et elle a régulièrement confirmé cette exigence par la suite⁴³ : on comprend que le montant des paiements, bien qu'exprimé sous la forme d'un pourcentage des honoraires bruts, doit toujours correspondre à l'exacte contrepartie des services rendus au praticien⁴⁴. Or, selon les juges du fond, et afin d'éviter la dichotomie, cette contrepartie doit être facturée selon le prix de revient : ils tirent de l'expression utilisée par la Cour de cassation (« *la redevance n'est indue qu'autant qu'elle excède le coût réel des dépenses effectivement engagées* »)⁴⁵, ou d'autres que l'on considère comme équivalentes⁴⁶, l'alignement obligatoire de la facturation sur ce prix de revient calculé par un expert judiciaire⁴⁷ dont le rapport est la plupart du temps entériné par le juge du fond. Même le tribunal civil de première instance de Papeete le sait : de principe, « *la redevance devait correspondre au franc le franc* [« à l'euro l'euro... »] *aux dépenses engagées par l'établissement dans le cadre de ses obligations contractuelles à l'égard des médecins* »⁴⁸. Tout bénéfice est proscrit⁴⁹. Contrairement à ce que l'on peut lire quelquefois, la redevance ne peut comporter actuellement de « *marge bénéficiaire raisonnable* »⁵⁰.

43. *Gaz. Pal.* 1977, somm. I, p. 151 ; C. Daver, *RGDM* 2003. 281.

44. Il doit s'agir évidemment d'un « service réel », pas fictif (Civ. 1^{re}, 8 juin 2004, n° 01-16802 (*Les grandes décisions*, op. cit., p. 345)).

45. Civ. 1^{re}, 20 mai 2003, n° 02-15251.

46. Par ex. : « *La redevance est réductible dans la mesure où elle ne correspondrait pas, tant par sa nature que par son coût, à un service rendu au médecin* » (Civ. 1^{re}, 19 mai 1998, n° 96-13394 ; v. aussi Civ. 1^{re}, 21 nov. 2006, n° 05-12652) ; « *Une somme prélevée sur les honoraires d'un médecin doit correspondre exclusivement, par sa nature et par son coût, à un service rendu au praticien* » (Civ. 1^{re}, 13 mars 2008, n° 07-11544).

47. Le calcul est facilité par la mise en place d'une comptabilité analytique détaillée (mais non obligatoire, comme l'a relevé la Cour : Civ. 1^{re}, 13 mars 2007, n° 06-10229) qui permet de détailler l'ensemble des services fournis au praticien. Faute de cet instrument, la valeur est approchée par le recours à des « clés de répartition », plus ou moins discutables.

48. Jugement du 22 novembre 2000, *Catteau, Lépidi, Rouffilange et Lallemand c/ Clinique Paofai*.

49. Selon les recommandations du CLAHP (et donc avec l'assentiment des fédérations d'établissements privés) « *Le matériel d'imagerie médicale, ou de radiothérapie, s'il appartient à la Clinique, fait l'objet d'un remboursement de prestations qui doit être calculé sur la base des amortissements et des frais encourus, y compris pour la fourniture éventuelle de films et accessoires* ». La Vulgate ne ferait pas de doute.

50. Syndicat des médecins pathologistes français, *Les redevances en cliniques*, sept. 2007/oct. 2012, *Google*.

23. – Or, jamais la Haute Cour n'a dit – sauf erreur – explicitement que ce service rendu devait s'apprécier seulement d'après son prix de revient⁵¹. Elle y était pourtant expressément invitée dans un pourvoi et n'a pas saisi l'occasion⁵². Elle se limite à entériner les constatations des cours inférieures (quelquefois la Haute Cour vise explicitement la disposition qui expliquerait la prohibition⁵³, mais il arrive qu'elle s'en dispense, tant la messe est dite), en disant par exemple qu'il résulte de l'article L. 4113-5 du Code de la santé publique, « *protecteur de la rémunération de l'activité médicale, qu'une somme prélevée sur ceux-ci doit correspondre, exclusivement, par sa nature et par son coût, à un service rendu au praticien* »⁵⁴.

À la suite, et rapidement, de très nombreux médecins exerçant en clinique privée et informés par les revues professionnelles sont devenus extrêmement sensibles à leur redevance et les litiges ont afflué devant les tribunaux.

Cette jurisprudence a été maintenue alors même que les établissements ont pu abandonner le système d'un pourcentage des honoraires bruts pour appliquer le système dit des « frais réels », dans lequel la clinique facture chaque mois par exemple et détaille chaque service ou prestation. Mais la clause prévoyant le paiement d'une somme fixe au titre de la redevance n'a pas disparu (loin de là⁵⁵) et n'est pas prohibée, dès lors qu'elle « *correspond à l'exacte contrepartie des services rendus* »⁵⁶, c'est-à-dire aux « frais réels ». Une régularisation, par exemple annuelle, permet de retrouver *in fine*, en les arrêtant en fin d'année, ces « frais réels »⁵⁷.

51. « *La Haute juridiction n'a... pas encore eu à se prononcer* » écrivaient en 2001 I. Lucas-Baloup et O. Vorms, *op. cit.*, p. 326.

52. Il était soutenu qu'« en homologuant (...) le taux de redevance fixé a posteriori par l'expert en seule considération du prix de revient des prestations fournies par la clinique... cependant qu'une telle redevance doit seulement correspondre à la valeur du service rendu, et non à son seul prix de revient, la cour d'appel a violé l'article L. 4113-5 du code de la santé publique » (Civ. 1^{re}, 28 avr. 2011, n° 10-16738). La Haute cour se limite à approuver le juge du fond, selon lequel « la redevance versée par un médecin à une clinique ne saurait excéder la valeur du service rendu ».

53. V. par ex. Civ. 1^{re}, 13 mars 2008, n° 07-11544 : « Vu l'article L. 4113-5 du Code de la santé publique ; Attendu qu'il résulte de ce texte, qu'une somme prélevée sur les honoraires d'un médecin doit correspondre exclusivement, par sa nature et par son coût, à un service rendu au praticien ».

54. Civ. 1^{re}, 21 nov. 2006, n° 05-12652 ; Civ. 1^{re}, 13 mars 2008, n° 07-11.544. Ou « la redevance est réductible dans la mesure où elle ne correspondrait pas, tant par sa nature que par son coût, à un service rendu au médecin » (Civ. 1^{re}, 19 mai 1998, n° 96-13394).

55. V. C. Daver, *RGDM*, 2005, n° 16, p. 278-279. Selon J.-P. Ortis (« Enquête sur les prestations fournies par les établissements aux praticiens (redevance) », dans *RGDM*, 2006, n° 21, p. 71-77) beaucoup de contrats comportent encore un pourcentage.

56. V. notamment, après des arrêts de 1996 et 1997 : Civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, n° 01-14650 inédit ; Civ. 1^{re}, 30 juin 2004, n° 01-14.888 ; 21 nov. 2006, n° 05-12652, *Bull. civ. I*, n° 506 ; 13 mars 2008, n° 07-11.544 ; 22 janv. 2009, n° 08-11.204. Douai, ch. 1, sect. A, 29 mars 2005 (*Polyclinique du Bois*).

57. « *Une prestation... d'une clinique au profit d'un médecin peut donner lieu à une rémunération sous forme d'un pourcentage des honoraires, dès lors qu'elle rémunère une activité qu'il*

24. – Dès lors, la prohibition de la dichotomie a été « déconnectée » de la perception d'un pourcentage des honoraires bruts d'un praticien, pour aller frapper directement le remboursement de frais en ne tenant compte que du « juste prix »⁵⁸, ce dernier étant entendu comme le prix de revient.

Il s'ensuit que le danger de dichotomie, lorsqu'on a recours dans ces conditions au mécanisme de la redevance, est exclu, puisqu'il est de principe que, quel que soit son mode de paiement, la redevance n'est indue qu'autant qu'elle excède le coût réel des dépenses effectivement engagées. Avant de se demander si l'assimilation du coût réel au prix de revient est correcte et comment la jurisprudence a complété par la suite son arsenal, il convient de s'arrêter un instant sur les raisons qui peuvent expliquer le très haut degré de protection des honoraires médicaux et qui devraient justifier rationnellement la prise en compte du seul prix de revient.

2° La justification de la prohibition

25. – Si on ne peut prendre à la lettre le raccourci elliptique de la Haute Cour (« *le but* (de l'article L. 4113-5) *est la protection du médecin contre l'atteinte à la rémunération de son activité* »⁵⁹), le fondement de l'interdiction est loin d'être univoque. Les auteurs ne s'attardent guère sur le sujet. On se réfère ordinairement et en quelques mots à l'un ou l'autre des principes fondamentaux de la médecine libérale : essentiellement le paiement direct⁶⁰, ou bien, et plus souvent, l'indépendance professionnelle des médecins⁶¹. Au vrai, le fondement de la prohibition n'est pas très assuré, et on cite pêle-mêle « *la crainte d'une inflation des actes médicaux, d'une atteinte à la liberté du praticien, le caractère occulte de ces reversements...* »⁶². Cette accumulation en forme de confluences est le signe d'hésitations. D'autres considérations, étroitement liées entre elles, viennent aussi à l'esprit : la dignité du médecin **(a)** est incompatible avec l'argent **(b)**.

doit assumer au titre de ses frais professionnels » (et si ces frais ne sont pas déjà pris en charge par la sécurité sociale) : Civ. 1^{re}, 5 nov. 1996, n° 94. 18335.

58. Selon l'expression de G. Mémeteau, « Questions sur la redevance », *op. cit.*, p. 66.

59. Civ. 1^{re}, 20 mai 2003, n° 00-21069 (même formule dans Civ. 1^{re}, 13 mars 2007, n° 06-10229). Ou bien l'article est « *protecteur de la rémunération de l'activité médicale* » (Civ. 1^{re}, 17 juin 2010, n° 09-68021). Du moins lorsque ce visa apparaît, car la Haute Cour se dispense souvent de la référence.

60. G. Mémeteau, *Le droit médical*, Paris, 1985, p. 76, n° 139.

61. V. G. Mémeteau, « Questions sur la redevance », *op. cit.*, p. 64-65. En dernier lieu : I. Alquier, *Le statut du patient hospitalisé en établissement de santé privé*, thèse Université Aix-Marseille, 2011, p. 185. Selon l'Ordre, « *La pratique de la dichotomie est inadmissible car elle restreint l'indépendance professionnelle du médecin nécessaire à l'expression du droit des patients qui ne disposerait plus du libre choix de leur praticien* » (commentaire sous l'article 22 = CSP, art. R. 4127-22).

62. G. Mémeteau, *Le droit médical*, *op. cit.*, p. 77, n° 140.

26. – **a) Le statut social du médecin.** De façon générale, « *les ordres professionnels se sont constitués autour de cette idée directrice, que le fait d'exercer certaines professions (...) impliquait un certain comportement, une certaine attitude et rendait certains agissements intolérables* », « *la noblesse de la profession (...) appelle la noblesse du comportement* »⁶³. Exercer « *des professions hors du commun* »⁶⁴ exige une attitude sociale exemplaire⁶⁵ et, parlant en particulier des médecins, pour B. Beignier « *le prestige de la conscience les entourait d'une certaine aura qu'ils ne craignaient nullement de parler de sacerdoce dans le premier code de déontologie* »⁶⁶. On rappellera seulement que cette dignité explique que « *Tout médecin doit s'abstenir, même en dehors de l'exercice de sa profession, de tout acte de nature à déconsidérer celle-ci* » (CSP, art. R. 4127-31) et qu'une morale sans faille, des qualités humaines exceptionnelles sont l'armature de la profession (« *Le médecin doit, en toutes circonstances, respecter les principes de moralité, de probité et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine* », art. R. 4127-3). Le médecin, campé par le code de déontologie sous la rubrique « *Devoirs* », doit avoir un comportement, aujourd'hui, quasiment héroïque.

Ce socle – certes incarné de fait par nombre de praticiens – est l'indépendance professionnelle, inaliénable (article R. 4127-6), ou le libre choix de son médecin par le patient. L'image élevée que le praticien veut donner et qu'il se donne lui-même, et à laquelle l'Ordre tient la main, rend difficile d'accepter une atteinte à celle-ci : on sait que le renversement assez récent de la charge de la preuve de l'information délivrée au patient afin de recueillir son consentement éclairé⁶⁷ a été très mal vécu⁶⁸. Le médecin ne peut non plus déchoir en côtoyant l'affairisme.

27. – **b) La médecine et le commerce.** Cette vision de la profession⁶⁹ explique le dogme selon lequel « *la médecine ne doit pas être pratiquée comme*

63. F. Mbala Mbala, *La notion philosophique de dignité à l'épreuve de sa consécration juridique*, thèse (dir. Fr. Dekeuwer-Defossez) Univ. Lille II, 2007, p. 4.

64. B. Beignier, *L'honneur et le droit*, Paris, 1995, p. 399.

65. M. Harichaux, *La rémunération du médecin*, Paris, 1979, p. 21, n° 25, parle d'une « *conception sociale* » de la profession.

66. Le code de 1947 disait exactement que « *l'exercice de la médecine est un ministère* » (art. 10), c'est-à-dire une fonction particulièrement élevée. Ce qui revient au même.

67. Civ. 1^{re}, 9 oct. 2001, n° 00-14564. G. Mémeteau, *Le droit médical*, 1985, n° 510s. ; v. une étude récente dans *Les grandes décisions du droit médical*, Fr. Vialla (dir.), Paris, 2^e éd., 2014, p. 188 s.

68. Car il altère la « *confiance, fondement du soin efficace* » (*Devoir d'information et consentement éclairé du patient*, Rennes, 2006, p. 184). Le *Rapport sur les revirements de jurisprudence* (groupe de travail présidé par N. Molfessis), p. 9, cite la décision au titre des arrêts qui ont mis en lumière « *le caractère inique que peut revêtir l'application rétroactive de la règle jurisprudentielle* ».

69. Sans doute ancienne et propre à l'ensemble des professions de santé : selon l'art. 21 des statuts de 1508, les apothicaires de Rouen « *ne feront participation d'aucun profit aux médecins, sur leurs drogues et médecines, sur peine de dix livres d'amendes pour la première fois et*

un commerce » (Code de déontologie, art. 19 = CSP, art. R. 4127-19)⁷⁰, aisément compréhensible à cause de la nature particulière et unique d'une activité qu'on ne peut ravalier au rang d'une profession ordinaire⁷¹.

Si on se reporte au commentaire de l'Ordre national des médecins, l'article 19 est simplement la conséquence des grands principes précités de la médecine libérale : « *cet article, qui vise les médecins et les autres professionnels de santé, interdit toute entente illicite qui entacherait la liberté et l'indépendance professionnelle des médecins et porterait ainsi atteinte au libre choix des patients* ».

Le principe peut être malmené – la cession de clientèle, longtemps interdite aux médecins, motif pris précisément de ce principe, tourné dans la pratique, a ouvert une brèche⁷² –, mais la déontologie médicale et la loi interdisent toujours toute une série d'agissements. Après l'énoncé du précepte en coup de clairon, de nombreux exemples concrets illustrent l'adage⁷³, au point que le rapport à l'argent est ouvertement omniprésent dans le code et que le spectre du « mercanti » explique à lui seul l'interdiction du partage d'honoraires sous toutes ses formes, tant des ristournes « *en argent ou en nature* », que des « *commissions* » et autres « *avantages en nature ou en espèces* ». La plupart des interdictions jouent toujours au détriment du praticien, en le frappant d'incapacités spéciales, et jamais à l'encontre du cocontractant ; la loi ne fait que deux exceptions, dont la première est le partage d'honoraires (L. 4113-5) et la seconde la situation visée par l'article suivant (L. 4113-6)⁷⁴.

s'ils y retournent seront privés dudit état » (O. Lafont, dans *Revue d'histoire de la pharmacie*, 1998, vol. 86, p. 313).

70. On parle ainsi de « *rejet de la commercialité* » (J. Moret-Bailly, *Les déontologies*, Aix-Marseille, 2001, p. 213).

71. Y a-t-il ici un jugement moral ? V. sur l'« *esprit de lucre* » v. Fr. Vialla, *L'introduction du fonds libéral en droit positif français*, Paris, 1998, p. 66-67, n° 94, avec une citation de J. Savatier : « *L'activité libérale prétend être plus noble que l'activité commerciale. Pourquoi ? Parce que le commerçant est perçu comme un spéculateur* ».

72. V. une excellente étude dans *Les grandes décisions du droit médical*, Fr. Vialla (dir.), Paris, 2^e éd., 2014, p. 321-334.

73. Interdiction de la publicité personnelle ou tapageuse, du mélange des genres, de la concurrence entre médecins par le biais de « *rabais* » sur les honoraires, des manœuvres commerciales ou de la vente des médicaments, de « *tout partage d'honoraires entre médecins* » (sauf dérogations légales) et de « *tout compéage entre médecins, entre médecins et pharmaciens, auxiliaires médicaux ou toutes autres personnes physiques ou morales* », « *de toute ristourne en argent ou en nature, de toute commission à quelque personne que ce soit, de la sollicitation ou l'acceptation d'un avantage en nature ou en espèces sous quelque forme que ce soit, d'une façon directe ou indirecte, pour une prescription ou un acte médical quelconque* ». Comme si le seul énoncé du principe général ne suffisait pas à sanctionner déontologiquement tel ou tel comportement.

74. Interdiction de recevoir des avantages (en nature ou en espèces, directement ou indirectement) « *procurés par des entreprises assurant des prestations, produisant ou commercialisant des produits remboursés par les régimes obligatoires de sécurité sociale* », avec des sanctions pénales pour le médecin et pour le corrupteur (L. 4163-2). Sur ce « *dispositif*

28. – **Le sens originel de l'article L. 4113-5.** Il faut le relire : « *Il est interdit à toute personne ne remplissant pas les conditions requises pour l'exercice de la profession de recevoir, en vertu d'une convention, la totalité ou une quote-part des honoraires ou des bénéfices provenant de l'activité professionnelle d'un membre de l'une des professions régies par le présent livre* ». Au regard des principes fondamentaux ci-dessus, l'objet de la disposition est tout de même clair : on craint que l'argent donné au com-père puisse conduire le médecin, pour « se rattraper », à des pratiques contraires à la déontologie et à multiplier les actes. L'intervention d'un tiers pourrait aussi altérer le principe du libre choix : R. et J. Savatier, J.-M. Auby et M. Péquignot voyaient dans la dichotomie « *une sorte d'abus de confiance* »⁷⁵, dans la mesure où un tiers « recommandait » à une personne tel ou tel médecin et que celui-ci rétribuait ce service. Un parasite intervenait alors dans le « dialogue singulier »⁷⁶. On se demandera le moment venu si une clinique en est bien un.

C. – LE PERFECTIONNEMENT DU « DROIT DE LA REDEVANCE »

29. – La nature de la redevance (le remboursement de frais) explique qu'elle ne doit pas être détournée de cet objet précis, et par exemple servir à des investissements mis à la charge de l'établissement par l'article D. 712-40 du Code de la santé publique⁷⁷, ou être utilisée comme une subvention destinée à améliorer les comptes de l'établissement⁷⁸. Surtout, à la suite de l'arrêt de 1976 la jurisprudence, d'une part, a appliqué à la matière des règles traditionnelles qu'il suffit de rappeler (1) et, d'autre part, a dégagé des solutions spécifiques aux relations entre médecins libéraux et cliniques (2).

1° L'application à la redevance de solutions générales

30. – **a) L'effet de l'article 1315 du Code civil.** Dès lors qu'un établissement ne peut être remboursé – le mot est juste – que de ses « *frais réels et justifiés* », il doit le prouver⁷⁹. Les cliniques ont beaucoup de mal à comprendre qu'elles ne peuvent se retrancher derrière l'accord des volontés exprimé dans

anti-cadeau », v. P. Mistretta, *Droit pénal médical*, Paris, 2013, p. 426. La jurisprudence est « *quasi inexistante* ».

75. *Traité de droit médical*, Paris, 1956, p. 236, n° 257.

76. Les « *relations juridiques médecin-malade* » sont « *exclusives de l'intervention d'un tiers* » (M. Harichaux, *op. cit.*, p. 20, n° 26 s., p. 21).

77. CA Bordeaux, 17 mars 2008, *Juris-Data* n° 2008-359469.

78. Y. Lachaud, « Les versements d'honoraires des médecins libéraux exerçant en cliniques privées », *Médecine et Droit*, 1994, n° 4, p. 21.

79. Civ. 1^{re}, 13 mars 2008, n° 07-11544. V. encore Paris, Pôle 5, 5^e ch., 18 oct. 2012, n° 11/13255.

le contrat d'exercice ; encore en 1996, une cour d'appel avait même appliqué l'article 1134⁸⁰.

Le système du pourcentage permet sans doute à un établissement de ne pas « actualiser » chaque année le coût des prestations, mais cela n'empêche pas le praticien de soutenir que le forfait n'est pas l'exacte contrepartie des services rendus, étant vérifié en plus que le coût de certaines prestations n'est pas déjà assumé par un organisme de sécurité sociale⁸¹.

31. – **b) L'exécution du mandat de gestion des honoraires.** Des précautions évitent toute utilisation irrégulière des sommes pour lesquelles un établissement agit comme dans l'intérêt des praticiens. Elles ne doivent pas transiter par le compte de la clinique, mais par un « compte mandataire » particulier, et les chèques sont signés par des praticiens désignés par leurs confrères⁸². On a vu, lors de l'ouverture d'une procédure collective, des administrateurs judiciaires imprudents bloquer ces fonds, au risque de se voir reprocher un abus de confiance...

32. – **c) Les risques fiscaux.** Le Conseil d'État, assez rapidement, a considéré que la non-perception par une clinique des frais particuliers qu'elle engage pour un praticien constituait un acte anormal de gestion donnant lieu à la réintégration des recettes correspondantes pour la détermination du bénéfice imposable⁸³ : « *il s'agit de vérifier que les décisions de l'entreprise ayant une répercussion fiscale ont bien été prises dans l'intérêt de celle-ci* »⁸⁴. Le redressement doit correspondre au « *coût réel des services rendus, dont le montant est seul susceptible de donner lieu à réintégration* »⁸⁵. Néanmoins, des circonstances particulières peuvent permettre d'éviter la réintégration : ainsi, lorsque l'absence de rentabilité d'une activité partielle de radiologie ne permet pas d'amortir des frais de location de locaux et d'équipement⁸⁶. Le

80. Civ. 1^{re}, 5 nov. 1996, n° 94-18335 ; v. G. Mémeteau, *RDSS* 1997. 338.

81. Civ. 1^{re}, 13 mars 2008, n° 07-11544.

82. Voir sur ce sujet une intéressante note sur TGI Paris, 5^e ch., 4 mars 2014 dans I. Lucas-Baloup, *La Lettre du Cabinet*, sept. 2014, p. 2.

83. CE du 29 nov. 1982, n° 33181, *Dr. fisc.* 1983, n° 19, comm. 1006, concl. Léger : l'Administration est fondé à soutenir que « *le fait d'avoir mis gratuitement à la disposition des médecins ses équipements, son matériel et son personnel ne relevait pas d'une gestion commerciale normale* ». Fr. Violla (dir.), *Les grandes décisions du droit médical*, Paris, 2^e éd., 2014, p. 343 ; CE 17 mai 1985, req. n° 1045 ; *RJF* 7/85, n° 1045. V. Douai, 2 nov. 2005, n° 03DA00650 : C. Daver, « Les juristes à votre secours », dans *Acta Endoscopica*, vol. 36, n° spécial CRGG 2006. 421.

84. P. Serlooten, « Liberté de gestion et droit fiscal : la réalité et le renouvellement de l'encadrement de la liberté », *Dr. fisc.*, n° 12, 22 mars 2002, p. 301, n° 26.

85. CAA Nantes, 27 déc. 2006, n° 04NT00165.

86. CE 24 juill. 1981, req. n° 20750 (l'établissement n'a pas « *accompli un acte excédant les limites d'une gestion commerciale normale* »). V. C. David, « La fiscalité des établissements hospitaliers privés », *RDSS* 1990. 533, n° 22.

médecin gratifié s'expose de son côté à une réintégration pour avoir reçu un avantage en nature⁸⁷.

33. – *d) La fraude à la loi par l'interposition d'une personne.* Doit-on voir le délit lorsqu'une clinique a loué auprès d'une personne morale, avec laquelle elle a des liens étroits, un matériel à un prix supérieur au prix de revient, et qu'elle répercute ce qu'elle-même paie dans les frais facturés à un praticien ? Une cour d'appel avait alors réduit le montant d'une redevance⁸⁸. Or, la Cour de cassation casse partiellement l'arrêt, car ces motifs « *ne prennent pas en compte les montants établis des loyers supportés par la clinique pour mettre le matériel radiologique à la disposition des praticiens, alors que la redevance n'est indue qu'autant qu'elle excède le coût réel des dépenses effectivement engagées* » (violation des articles 1376 du Code civil et L. 4113-5 du Code de la santé publique).

Un commentateur avait – trop vite – estimé que s'en était fini de la notion de « frais réels » au sens habituel, défavorable aux établissements⁸⁹. Plus justement, pour G. Mémeteau, la Haute Cour « *paraît admettre la validité d'une redevance excédant la valeur réelle des services rendus aux médecins. Ainsi est-il, du moins annoncé sur les pages des plus savantes revues* »⁹⁰, et plus catégoriquement qu'« *on ne peut écrire que la Cour de cassation admet les redevances excédant la valeur réelle des services rendus* ». Ceci qui est exact⁹¹.

En effet, un second arrêt, du 28 avril 2011⁹², entre les mêmes parties et pour les mêmes faits, dit que la décision rendue par la cour de renvoi avait pu légitimement retenir que la facturation était excessive « *eu égard à sa valeur et sa durée d'amortissement, en raison d'une collusion constitutive de fraude entre les Sociétés X... et Y, toutes deux animée par les époux X..., laquelle permettait de réclamer aux médecins radiologues des sommes manifestement supérieures au coût de la mise à disposition du matériel s'il avait été acheté directement par*

87. Sauf à nouveau si celui-ci est justifié : même décision. À l'inverse, faute de lien direct entre une absence de redevances et le chiffre d'affaires, la décharge de l'imposition est refusée (CAA Marseille, 3 mai 2005, n° 01MA02542 : C. Daver, « Les juristes à votre secours », dans *Acta Endoscopica*, vol. 36, n° spécial CRGG 2006. 420-421 ; CAA Douai, ch. 3, 2 nov. 2005, n° 03DA00650).

88. Faisant sienne « *l'observation de l'expert selon laquelle les matériels mis à leur disposition par la clinique étaient pris à bail par elle auprès de deux sociétés qu'animait le couple propriétaire de l'établissement, pour un loyer égal à 36 % de leur valeur d'achat, permettant en conséquence un amortissement sur trois ans et non sur huit ans ainsi qu'usuellement pratiqué, et qu'une diminution du montant des factures, par le recours à un taux d'emprunt de 8 % l'an et à des durées d'utilisation de huit ans pour le matériel de radiologie et cinq ans pour le matériel d'échographie était donc parfaitement légitime* » (Civ. 1^{re}, 20 mai 2003, n° 02-1521).

89. Ch. Lachièze, « Les méandres de la redevance versée par les praticiens libéraux aux cliniques privées », *JCP* 2003. 10187.

90. « Le calcul de la "redevance" due par le médecin à la clinique. Note sous Cour de cassation, 1^{re} civ., 20 mai 2003 (2 espèces) », *RDSS* 2004. 362.

91. Cl. Esper (dir.), *Traité de droit médical et hospitalier*, t. 4, Paris, 2013, mise à jour du fasc. 140-1, n° 29.

92. Civ. 1^{re}, n° 10-16738.

la clinique dans les conditions usuelles de durée d'utilisation et de taux d'emprunt ». L'interposition d'une personne morale ne pouvait être acceptée.

En somme, le juge du fond, dans sa première décision, n'avait pas retenu la fraude, mais l'a vue dans la seconde. Dès lors, la Haute Cour s'est retranchée derrière l'appréciation souveraine de la cour d'appel, fondée d'ailleurs uniquement – *brevitas imperialis* – sur une phrase de l'expert (... « *collusion constitutive de fraude* »...), sans autre constatation : le fait que le matériel n'ait pas été loué par la société X... à la Clinique à un prix ne tenant compte que de son propre prix de revient a suffi à lui seul à démontrer l'existence d'une fraude⁹³. Absente de la première décision, celle-ci illumine la seconde. Si les associés au sein des deux sociétés n'avaient pas été les mêmes, la Cour de cassation en serait restée à l'analyse qu'elle avait faite dans le premier arrêt.

34. – *e) La prescription de l'action en restitution.* La position de la Haute Cour, contrairement à ce que l'on a pu espérer⁹⁴, est bien fixée depuis un arrêt du 21 février 1996, qui – c'est un euphémisme – a surpris⁹⁵ : s'agissant de la répétition d'un indu, la prescription trentenaire s'impose, et non le délai quinquennal. Or, « *il peut être choquant de voir les deux parties à un même contrat... traitées différemment quant à la prescription, le fondement de celle-ci n'est-il pas d'éviter une accumulation insupportable, alors que le caractère périodique des sommes implique qu'elles passent dans un "budget courant" ?* » (A. Bénabent). Les conséquences financières, en effet, sont quelquefois catastrophiques pour un établissement qui doit rembourser à des radiologues 30 années de redevances payées en trop, anatocisme en sus. Mais la Cour de cassation maintient fermement ce rejet du parallélisme⁹⁶. Cette inégalité ne fait qu'en annoncer d'autres.

2° Les règles spécifiques

35. – *a) L'absence de paiement des prestations par les médecins.* La clinique ne peut mettre fin à ses prestations en cas de non-paiement par le

93. L'expertise judiciaire révélait selon la cour d'appel une « *facturation excessive du matériel médical (...) en raison de la collusion entre les sociétés X (le loueur)... et Y (la clinique), animées* » par les mêmes personnes, sans autrement caractériser cette « collusion » ni démontrer – comme le relevait le pourvoi – la moindre intention frauduleuse de ces derniers (l'intention de nuire aux médecins). Selon la jurisprudence constante de la Cour de cassation, il semble que la communauté d'intérêts, indéniable ne suffisait pas à établir la fraude, le caractère fictif ou la confusion de patrimoine. Il n'a pas été répondu à ce moyen.

94. I. Lucas-Baloup et O. Vorms, *op. cit.*, p. 332.

95. Civ. 3^e, n° 93-12675. Voir A. Bénabent, « L'action en répétition de l'indu est-elle soumise à la prescription applicable à l'action en paiement des mêmes sommes ? », *Defrénois* 1996. 1436 s.

96. Cass., ch. mixte, 12 avr. 2002, n° 00-18529 ; v. C. Aubert de Vincelles, « L'autonomie de l'action en répétition de l'indu ; fin d'une divergence au sein de la Cour de cassation », *D.* 2002. 2433. Visiblement, les cliniques ont du mal à l'accepter : v. Civ. 1^{re}, 20 mai 2003, n° 02-15250 ; Versailles, 5 nov. 2009 n° 08-08201.

médecin. Même la simple suspension des services est fautive, car disproportionnée au manquement, notamment par rapport à la sécurité des patients. Le non-paiement ne justifie pas *a fortiori* la résiliation du contrat d'exercice⁹⁷. Du reste, le paiement de la redevance n'est pas un élément substantiel d'un contrat d'exercice⁹⁸, car elle est « *comme une conséquence de la pratique médicale, sans laquelle elles n'auraient pas de raison d'exister* » (G. Méme-teau)⁹⁹. Est-il néanmoins loisible aux parties d'ériger ce paiement en clause essentielle, comme le dit une cour d'appel¹⁰⁰ ? Mais il y a toujours la possibilité de rompre le contrat, moyennant le préavis d'usage¹⁰¹.

36. – ***b) La remise en cause du montant de la redevance.*** Le déséquilibre entre cliniques et médecins apparaît ici en pleine lumière. La convention d'exercice rappelle curieusement *mutatis mutandis* les « contrats boiteux » (*acta claudicantes*) du droit romain¹⁰² car, en fait de redevance, le médecin a un avantage exorbitant : il peut toujours contester le montant des frais et demander à la clinique de justifier les « frais réels ». On a vu qu'en cas de trop-payé, il peut demander le remboursement, son action bénéficiant au surplus de la prescription trentenaire alors que la clinique est tenue, pour ses créances contre le médecin, par le délai de cinq ans.

La situation de l'établissement est même infiniment plus mauvaise : strictement ligotée par les termes du contrat, elle ne peut, si elle a facturé – comme cela se fait fréquemment – les frais énoncés au contrat sous la forme d'une redevance forfaitaire en pourcentage et s'il apparaît une sous-facturation, rehausser unilatéralement le montant et rentrer dans ses frais. L'« effet cliquet » est insurmontable¹⁰³ : le passage du pourcentage (par hypothèse ici inférieur à la réalité des dépenses exposées par l'établissement) au coût réel ne peut être imposé au médecin et le « harcèlement » est puni¹⁰⁴. L'article 1134 joue contre la clinique, pas contre le médecin. La voie de l'enrichissement sans cause est très étroite, contrairement à ce que l'on dit

97. Civ. 1^{re}, 18 juill. 1995, n° 93-16338.

98. Civ. 1^{re}, 17 juin 1997, n° 95-14162. « *le contrat par lequel une clinique autorise un médecin à exercer trouve pour celle-ci sa cause dans l'engagement qui en résulte nécessairement pour ce médecin d'exercer, dans les conditions qui y sont définies, fût-ce verbalement, son activité au sein de la clinique, et non dans une rétrocession d'honoraires* ».

99. D., 1997, n° 44, p. 605. V. Fr. Vialla (dir.), *Les grandes décisions...*, op. cit., p. 342.

100. CA Riom, 13 févr. 2012, n° 10-03096. « *La clinique n'a pas... pris le parti d'une résiliation pour faute professionnelle, au nombre desquelles figurait pourtant le non-respect des clauses essentielles du contrat d'exercice, tel que le non-paiement des redevances* ».

101. Civ. 1^{re}, 8 juin 2004, n° 01-16802.

102. L'imputèbre peut devenir créancier, mais il ne peut devenir débiteur : les actes qu'il passent sont valables à son égard, mais pas au profit du cocontractant. Une évolution vers l'équité se produira tout de même (J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002, p. 208, n° 175).

103. Civ. 1^{re}, 13 mars 2007, n° 06-10229. V. C. Daver, *RGDM*, 2007, n° 23.

104. CA Versailles, 5 nov. 2009 n° 08-08201.

parfois trop facilement¹⁰⁵ : le moyen ne peut prospérer que pour des frais non prévus dans le contrat et afférents à des demandes supplémentaires des praticiens qui, dès lors, en ont profité¹⁰⁶ : « *Tout ce qui est fourni en dehors du champ d'application de la convention est nécessairement dû par le bénéficiaire, sauf à le voir, ainsi que l'ont justement considéré les premiers juges, s'enrichir sans cause au détriment du prestataire* »¹⁰⁷. Malheureusement, très souvent la clause relative aux frais est rédigée de façon trop générale, se contentant de viser « *...l'ensemble des prestations et services assurés par la Clinique...* ».

La dernière pierre de l'édifice jurisprudentiel en souligne clairement la faiblesse : d'ailleurs, la protection de l'honoraire médical et la chasse à la dichotomie aboutissent non seulement à l'inégalité des armes, mais la solution jurisprudentielle est, beaucoup plus fondamentalement, la négation de la vraie valeur d'un service.

II. – LA DÉFORMATION DE L'ARTICLE L. 4113-5 DU CODE DE LA SANTÉ PUBLIQUE

37. – Cette disposition, telle qu'entendue par la jurisprudence, ne parlerait des relations contractuelles entre cliniques et médecins que sous un jour très particulier, alors que le Code de la santé publique s'en préoccupe ailleurs¹⁰⁸, sans qu'il faille recourir à une quelconque interprétation. Aucun passage – et tout particulièrement l'article L. 4113-5 en clair – ne dit que le service rendu doit être facturé au prix coûtant, sans correspondance avec la valeur d'usage pour son bénéficiaire, alors qu'on parle nommément des diverses formes du « partage illicite » d'honoraires. Dès lors, l'interprétation doit être des plus circonspectes, d'autant que le législateur a attaché des sanctions pénales à la violation de l'article L. 4113-5 : l'interprétation devrait donc demeurer restrictive.

Et pour quelle raison limiter l'interdiction aux seuls établissements de soins privés, et non à tous les prestataires extérieurs, alors que ce même code n'interdit nullement à un médecin libéral de payer d'une façon générale au prix du marché les services qui lui sont rendus dans le cadre de son activité professionnelle, afin de faciliter celle-ci ? L'affirmation usuelle des cours d'appel procède d'une extension tout à fait discutable du sens d'une disposition conçue pour un tout autre but.

38. – La première question est donc de s'entendre sur le sens général de l'expression « *frais professionnels* » d'un médecin, et de constater qu'à ce propos

105. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris, 5^e ch. section 3, 20 mai 1987, *Clinique du Val Roger*, porte seulement sur une indemnité d'occupation, les contrats d'exercice ayant été annulés.

106. G. Mémeteau, *RDSS* 2003. 631, et « Questions sur la redevance », *op. cit.*, p. 69 ; C. Daver, *RGDM* 2003. 276-277 ; Civ. 8 juin 2004, *RGDM* 2005, n° 15, p. 285.

107. Limoges, 15 nov. 1993, E. Alfandari et G. Mémeteau, *RDSS* 1994. 267.

108. Ainsi, le contrat d'exercice doit être écrit, et soumis à l'Ordre pour avis déontologique.

la jurisprudence de la Haute Cour a donné naissance à un privilège inexplicable au profit des médecins (A). Cet avantage montre d'ailleurs la difficulté à manier l'article L. 4113-5, dès que l'on se demande à quoi peuvent bien se rapporter les « recettes en atténuation » agitées par la CNAM. (B). Enfin, la comparaison avec la position de la Cour de cassation et celle du Conseil d'État quant à la valeur économique de la redevance souligne l'existence d'une divergence choquante entre les deux ordres de juridictions (C).

A. — *LES FRAIS PROFESSIONNELS ET LE PRIVILÈGE DES MÉDECINS*

39. — Les cliniques, lorsqu'elles effectuent une prestation au profit d'un praticien, et que celle-ci n'est pas payée à l'établissement par les organismes sociaux, se trouvent exactement dans la même situation que n'importe quel cocontractant extérieur à l'égard d'un médecin (1), alors que ce fournisseur n'est pas atteint par l'article L. 4113-5 : il n'y a aucune raison à cette inégalité de traitement, que la morale professionnelle du médecin n'explique nullement (2).

1° **Les frais d'un médecin libéral**

40. — *a) Les frais assumés usuellement.* Ce professionnel, s'il exerçait en ville, paierait le loyer de son cabinet de consultation, s'il en est locataire ; des médecins biologistes, ou une SELARL de radiologues pourraient conclure un bail commercial, même avec une clinique dont l'actif comprend un bien immobilier. Ou bien, si le praticien est propriétaire des murs directement ou indirectement, il emprunterait pour l'acquérir. Dans les deux cas, le prix du loyer ou du bien (et, dans ce cas, le remboursement d'un prêt avec ses intérêts en plus) inclurait en principe un profit pour le propriétaire ou le prêteur.

On peut aussi citer le cas du véhicule professionnel, les services d'un expert-comptable ou encore d'un agent quelconque qui, exerçant dans un cadre libéral, procéderait à l'établissement des factures d'honoraires et au recouvrement de celles-ci dans l'intérêt des médecins. Un radiologue, au lieu d'acheter le matériel d'imagerie médicale et d'en assurer lui-même directement le coût et la maintenance, préférera louer les appareils à un partenaire spécialisé, etc. Les factures reçues par les praticiens comporteront toutes, dans la formation du prix de la prestation, et en sus du prix de revient pour le professionnel prestataire, une marge bénéficiaire.

De la même façon, les « services rendus » par une clinique sont des frais professionnels. Par conséquent, le médecin devrait rétribuer toute personne, physique ou morale, qui lui rend un service, la rémunération comportant une marge bénéficiaire normale et qui – par définition même – n'ampute pas le revenu net du praticien. La jurisprudence française est une dérogation à cette règle de bon sens.

41. – **b) La valeur des services.** Des établissements, ayant d'ailleurs considéré dès le début « *que la valeur de la prestation n'est pas nécessairement une valeur brute, mais peut prendre en considération une marge bénéficiaire raisonnable, les cliniques à forme commerciale n'ayant pas vocation au bénévolat* »¹⁰⁹, continuent à ferrailer quelquefois interminablement devant la Haute Cour, sans succès aucun. Mais la Cour de cassation n'entretiendrait-elle pas une confusion qui ne serait pas rationnelle entre les notions de « *valeur du service rendu* » et de « *prix de revient* » de ce même service ?

Et comment justifier le privilège ainsi concédé aux médecins ? L'inégalité de traitement ne s'impose pas : pour quelle raison les établissements de santé privés ne peuvent-ils pas facturer aux praticiens ce que ces derniers devraient régler à tout prestataire extérieur qui leur rendrait un service équivalent ? Le prix correspondrait forcément à la valeur économique ou valeur d'usage de la prestation ou encore à une valeur selon le « *prix du marché* »¹¹⁰ ?

Dès lors que le prix d'un service (ou d'un bien) n'en est pas la valeur marchande (il n'est qu'une composante incompressible du prix de vente), le principe reconnu par la Cour de cassation, d'un côté prive une société commerciale d'une partie de ses revenus normaux et, d'un autre côté, minore quelquefois fortement (voire très fortement) les frais professionnels de praticiens, en particulier radiologues, exerçant en clinique privée, au point de conduire *via* la prescription trentenaire à des restitutions de trop-perçu susceptibles de conduire au dépôt de bilan.

2° L'effet sélectif et illogique d'une disposition pourtant d'ordre public

42. – Pour faire court, on pourrait se contenter de dire qu'au lieu de rembourser à l'établissement des blouses à leur prix coûtant, le médecin pourrait fort bien acheter les mêmes de l'autre côté du trottoir, mais... plus cher. La bizarrerie de la construction se trouve bien malmenée lorsqu'on se demande par pur mauvais esprit ce qui arriverait si la rigueur était généralisée à tous les prestataires extérieurs :

– un médecin devrait alors pouvoir louer ou acheter à tout autre professionnel qu'une clinique un matériel de radiologie d'occasion pour un prix dérisoire ou même nul, au motif que ce matériel serait totalement amorti, alors qu'un bien amorti, mais entretenu et toujours en service, conserve une certaine valeur d'usage ;

– de même, ce médecin serait en droit de ne plus payer de loyer au propriétaire bailleur de son local professionnel, au motif que l'achat de cet immeuble serait de même totalement amorti, exactement comme une clinique locataire de ses murs et qui met des locaux de consultation à des praticiens

109. Y. Lachaud, « Les reversements d'honoraires des médecins libéraux exerçant en cliniques privées », *Médecine et Droit*, 1994, n° 4, p. 21-22. L'auteur ajoutait « *sans être démenties à ce jour par les tribunaux* » : le démenti est venu ensuite.

110. V. déjà l'observation sur ce point de I. Lucas-Baloup et O. Vorms, *op. cit.*, p. 324.

ne peut répercuter dans un contrat d'exercice que le prix du M2 qu'elle paie elle-même, sans bénéfice.

– de même encore, pour assurer notamment la facturation et la gestion de leurs honoraires auprès des organismes de sécurité sociale et autres mutuelles, surveiller les paiements et recouvrer éventuellement les impayés, les médecins ne pourraient-ils s'adresser à un mandataire de leur choix qui ne serait pas la clinique, et dont la rémunération ne pourrait pas plus inclure aucune marge ? Ce mandataire ne tomberait pas actuellement sous le coup de la dichotomie, alors qu'un établissement doit jouer ce même rôle à titre gratuit, et qu'il dispose d'un service comptable spécialisé dans le calcul et la facturation des actes aux organismes sociaux et d'un matériel informatique de qualité, ce qui permet de réaliser ces opérations dans de bien meilleures conditions que le praticien lui-même ou un tiers non spécialisé.

– souhaitant acquérir un véhicule professionnel, le médecin pourrait-il imposer à un crédit-bailleur un loyer correspondant à l'exact prix de revient du véhicule, et au garagiste qui entretient celui-ci de facturer à prix coûtant, sous peine pour ces prestataires d'être accusés de dichotomie ?

S'ils le voulaient, les médecins attachés à une clinique pourraient fort bien prendre en charge directement les services en cause, au lieu de les demander à l'établissement, et payer eux-mêmes directement le personnel supplémentaire qu'ils souhaitent voir au bloc opératoire ou la personne chargée de veiller à la facturation de leurs honoraires aux Caisses et mutuelles et à l'encaissement. Suffisamment nombreux, ils pourraient même pour cela constituer une société civile de moyens. Ils ne le font jamais actuellement, et l'on comprend pourquoi.

B. — LA PRISE EN CHARGE DES FRAIS

43. — On a vu que les frais que peut supporter un praticien ne doivent pas être en même temps pris en charge par le financement public. Mais que couvrent exactement les tarifs alloués aux cliniques ? La réponse, qui devrait être simple, ne l'est pas du tout, ce qui complique d'autant la question des frais que l'on peut répercuter sur les praticiens.

L'article R. 162-33 du Code de la sécurité sociale (= art. 8 du décret n° 73-183 du 22 févr. 1973) prévoit bien que : « *Les tarifs d'hospitalisation et de responsabilité doivent tenir compte du fait qu'une part des frais professionnels des praticiens et auxiliaires médicaux normalement couverte par les honoraires est supportée par l'établissement, notamment par la mise à la disposition de personnels, locaux et matériels* ». Néanmoins, par l'effet de l'une des formules dont elle a le secret, l'administration en charge de la santé ne facilite pas les choses : mis à part ce qu'exclut l'article suivant¹¹¹, l'ambiguïté règne (1) et la notion, assez récente, de « recettes en atténuation » n'ajoute pas de clarté (2).

111. « *Les honoraires médicaux et les soins dispensés par les auxiliaires médicaux, à l'exclusion des soins infirmiers, les frais d'examen de laboratoires et de transfusion sanguine, les frais d'ac-*

1° L'incidence du principe du « non double paiement »

44. – Les médecins, afin d'inclure des prestations spécifiques dans le cadre des recettes provenant des organismes de sécurité sociale, ont tenté de se prévaloir de l'article précité, en soutenant par exemple qu'une clinique devait assurer la facturation des honoraires sans pouvoir prélever une redevance, le coût de la prestation relevant à leur avis des frais inclus dans les tarifs d'hospitalisation¹¹².

Par un arrêt très commenté, la Cour de cassation a estimé que, les diverses conventions ne prévoyant pas le contraire, « *les frais professionnels des praticiens visés à l'article 8 du décret du 22 février 1973 et normalement couverts par les honoraires dus à ces derniers ne comprennent pas le coût du recouvrement de ces mêmes honoraires* »¹¹³. Le juge du fond avait compris l'inverse. Selon Jean Penneau, qui approuve la décision, l'article du Code de la sécurité sociale « *ne vise expressément que la mise à disposition du personnel, des locaux, du matériel, et ce n'est que par une extension, que permettait certes l'adverbe "notamment", mais a priori hasardeuse, que la Cour d'Aix y avait inclus les frais de gestion des honoraires résultant de la mise en œuvre du système de la "facturation groupée"* »¹¹⁴. Mais on peut donc en discuter à perte de vue, en forme de casuistique des prestations possibles¹¹⁵.

2° La question des « recettes en atténuation »

45. – *a) L'origine de la discussion.* Peu de temps après cette décision, une circulaire de la CNAMTS du 14 septembre 1994 a rouvert toute une discussion sur ce que couvrent les tarifs¹¹⁶, mais à partir d'une estimation des frais que doivent payer les praticiens. L'objectif n'est pas seulement d'éviter de « basculer » sur les tarifs payés par les caisses le paiement de frais engagés pour le compte des médecins : les sommes devaient être prises en compte dans la fixation des tarifs d'hospitalisation et de responsabilité, en les minorant car

quisition d'objets de gros appareillages... ne sont pas compris dans les tarifs de responsabilité et font l'objet d'un remboursement distinct » (art. R. 162-34).

112. Ces médecins avaient conclu avec la caisse primaire d'assurance maladie des Bouches-du-Rhône des conventions prévoyant le remboursement direct par la caisse des honoraires des sommes dues par leurs patients hospitalisés dans des établissements, eux-mêmes conventionnés (systèmes de la « facturation groupée » et du « tiers-payant »).

113. Civ. 1^{re}, 28 janv. 1992, n° 90-10190. V. aussi Civ. 1^{re}, 21 nov. 1993, n° 93-21369 et 921370 (mais seulement sur la portée des conventions).

114. D. 1993. 20. V. sur l'expression « *tenir compte* » dans l'article R. 162-33, v. I. Lucas-Baloup et B. Vorms, *Médecins/Cliniques. Le contrat d'exercice*, Paris, 2001, p. 371.

115. I. Lucas-Baloup et O. Vorms, *op. cit.*, p. 371 s.

116. V. I. Lucas-Baloup et B. Vorms, *op. cit.*, p. 399 et V. B. Vorms, « *Redevances : quelques précisions jurisprudentielles* », dans I. Lucas-Baloup, *La lettre du Cabinet*, janv. 2004. Il s'agissait de prendre compte « *la participation financière de praticiens, prévues à l'article 8 du décret du 22 février 1973 (= CSS, art. R. 162-33), en contrepartie de la mise à leur disposition de personnel, locaux et matériel. Cette participation doit couvrir l'ensemble des frais supportés par l'établissement aux lieu et place des praticiens* ».

les taux indiqués étaient pour les médecins de 10 % (ce qui est un peu élevé par rapport à la pratique) mais, pour les chirurgiens et gynécologues-accoucheurs, de 60 % (pourcentage très élevé pour les premiers, et sans commune mesure avec ce que disent les expertises pour les seconds).

Les tarifs des cliniques, ainsi diminués par les organismes sociaux, ne pouvaient plus indemniser intégralement les coûts des prestations générales et obligatoires à la charge d'une clinique et, aussi, le coût théorique et forfaitaire des services spécifiques et facultatifs (!) dont bénéficient usuellement les praticiens. La façon de poser la question était donc désormais inversée.

46. – **b) La conséquence de l'innovation.** Dès lors, selon O. Worms, « *les organismes sociaux estiment... que la participation des médecins doit couvrir l'ensemble des frais supportés par l'établissement en leurs lieu et place, puisqu'ils sont déjà payés via leurs honoraires à ce titre. Les recettes attendues par l'établissement à cette fin doivent donc figurer à son budget* ». Le produit total des redevances ne serait plus fonction des « coûts réels » et devrait permettre un équilibre budgétaire. C'est ce qu'a immédiatement compris et appliqué la Fédération Nationale des Établissements Privés dans le projet de contrat d'exercice de l'époque¹¹⁷, alors que les redevances constitueraient désormais une subvention d'équilibre, interdite car violant l'interprétation jurisprudentielle de l'article L. 4115 ! À trop étendre la vocation de la redevance, celle-ci n'avait plus de lien avec cet article et les cliniques se seraient trouvées dans une étonnante situation¹¹⁸. La CNAMTS ne connaîtrait-elle pas le Code de la santé publique et la rigidité que confère à l'article en cause la Haute Cour ?

47. – **c) La situation actuelle.** Une autre circulaire du 18 juillet 2002¹¹⁹ a une tonalité différente, car elle énonce que « *l'ARH (aujourd'hui Agence Régionale de Santé) doit s'assurer que le montant des remboursements afférents aux services rendus aux praticiens et auxiliaires médicaux exerçant au sein des établissements n'est pas manifestement inférieur à leur coût de revient* »¹²⁰ ; et « *pour la prise en compte du niveau des redevances, l'agence régionale demandera aux établissements de lui*

117. B. Michel-Xiste, *Les relations juridiques entre les praticiens de santé, les cliniques privées et les patients*, thèse Poitiers, 2000, Paris, 2001, p. 209-209, n° 218. V. aussi I. Lucas-Baloup et O. Worms, *op. cit.*, p. 401 : des cliniques auraient même estimé que les redevances devaient équilibrer leur budget, indépendamment de la réalité et du prix des prestations au profit des médecins.

118. De plus, dans les établissements privés, les médecins peuvent demander au fil des ans une augmentation des prestations, ou leur diminution. Ils peuvent aussi (et surtout) révoquer le mandat d'encaissement de leurs honoraires, qui constitue souvent le gros de la redevance. La situation n'est enfin pas identique dans tous les établissements. Que deviennent alors les calculs et le montant de la recette en atténuation et anticiper celui-ci ?

119. DHOS/F3 n° 2002-409 relative au fonds pour la modernisation des cliniques.

120. Si cela est le cas, « *l'ARH peut réduire le montant de la subvention auquel aurait droit l'établissement sur la base des critères prévus à l'article L. 162-22-4 du code de la sécurité sociale, lorsque le montant des redevances est manifestement inférieur au coût des services rendus* ».

communiquer un état récapitulatif des coûts des services rendus et des redevances encaissées ». Les expressions « *services rendus* » et surtout « *coût de revient* », de même que l'annexe II, visent dans un tableau pré-rempli les différentes prestations que peuvent demander les médecins¹²¹, sans indication de pourcentages théoriques.

Le principe revient-il simplement à rappeler que, lorsque des praticiens demandent des prestations spécifiques, ils doivent les payer selon le dogme du prix coûtant, la clinique réalisant forcément une opération « blanche », sauf à répondre d'un acte anormal de gestion en ne facturant rien ?

Le rapport du Sénat sur le financement des établissements de santé de juillet 2012 a abordé ce point : à la question pertinente de l'un des rapporteurs¹²², la directrice générale de l'offre de soins a répondu que « *la redevance est une minoration de charge, non une ressource* », et qu'« *elle doit être justifiée à l'euro-l'euro par les gestionnaires qui la réclament aux médecins libéraux* ». Il s'agirait donc toujours de l'évaluation des prestations spécifiques, au prix de revient...

Il est à noter que la tentative de la CNAMTS de remettre en cause ce « coût réel » par le biais de pourcentages figés et élevés rejoint l'évolution de la redevance des praticiens qui, dans les hôpitaux publics, peuvent exercer aussi en faveur d'une clientèle privée et ont toujours acquitté des redevances élevées. Nouveauté : la juridiction administration, à cette occasion, a tourné à ce propos la page du prix de revient.

C. — LA DIVERGENCE ENTRE LA COUR DE CASSATION ET LE CONSEIL D'ÉTAT

48. — Les praticiens exerçant à temps plein dans les hôpitaux publics peuvent recevoir une clientèle privée : leur situation est alors comparable à celle de leurs confrères libéraux des cliniques à but lucratif. Aux termes de l'article L. 6154-3 du Code de la santé publique « *L'activité libérale donne lieu au versement à l'établissement d'une redevance dans des conditions déterminées par décret* »¹²³. Deux décisions du Conseil d'État (1) sont en contradiction avec la jurisprudence civile, qui apparaît bien rigide et retardataire (2).

121. « *Facturation et recouvrement des honoraires ; locaux ; charges générales, instrumentation, équipement et mobilier ; personnel, autres* ».

122. N° 703, session extraordinaire de 2011-2012, p. 185 : « *... les redevances versées par les praticiens libéraux aux cliniques sont-elles comprises dans l'échelle des coûts, sous la forme d'atténuation de charges ? Si oui, les coûts engagés par les cliniques sont-ils minorés à due concurrence ? Cette question resurgit régulièrement... Ne restons pas dans le flou* ».

123. CSP, art. L. 6154-1 s. et R. 6154-1 s. Le texte de l'article D. 6154-10-3 disposait alors que « *Le taux de la redevance mentionnée à l'article L. 6154-3 est ainsi fixé : 1° Consultations : 25 % pour les centres hospitaliers universitaires, 15 % pour les centres hospitaliers ; 2° Actes autres que les actes d'imagerie, de radiothérapie, de médecine nucléaire, de biologie : 40° pour les centres hospitaliers universitaires, 20 % pour les centres hospitaliers ; 3° Actes d'imageries, de radiothérapie, de médecine nucléaire, de biologie ; 60 % pour les centres hospitaliers universitaires et pour les centres hospitaliers* ». La redevance de 60 % facturée par l'hôpital est inconcevable pour le juge civil.

1° Les décisions du Conseil d'État

49. – *a) L'arrêt du 16 juillet 2007.* La jurisprudence administrative était jadis semblable à celle de la Cour de cassation : la licéité au regard de l'article L. 365 d'une redevance proportionnelle a même été admise avant, mais sous réserve que son montant ne soit pas supérieur aux frais engagés : traditionnellement, la redevance pour service rendu s'alignait sur son équivalence avec la charge financière assumée pour ce faire¹²⁴.

Or, les magistrats du Palais Royal, à propos de sanctions infligées à des médecins par le juge ordinal, et opérant à cette occasion un profond revirement de jurisprudence, ont jugé que la prise en compte de la seule notion de prix de revient, donc « *contrepartie précise de services rendus* » jusqu'alors¹²⁵, devait désormais être écartée au profit de la valeur d'usage ou de celle du service¹²⁶. Le Conseil d'État utilise celles-ci à l'occasion de la contestation par des chirurgiens du taux de redevance défini par l'article D. 6154-10-3 du Code de la santé publique, au motif que ce taux était excessif et violait les dispositions d'ordre public de l'article L. 4113-5.

À cette occasion, les taux de redevance en cause ont été explicitement considérés par la Haute Juridiction administrative comme des taux permettant aux hôpitaux de réaliser une certaine marge¹²⁷ : « *Si l'objet du paiement que l'Administration peut réclamer à ce titre est en principe de couvrir les charges du service public, il n'en résulte pas nécessairement que le montant de la redevance ne puisse excéder le coût de la prestation fournie ; qu'il s'ensuit que le respect de la règle d'équivalence entre le tarif d'une redevance et la valeur de la prestation ou du service peut être assuré non seulement en retenant le prix de revient de ce dernier, mais aussi, en fonction des caractéristiques du service, en*

124. CE, 5 mai 1967, req. n° 65733 ; CE 5 mai 1967, req. n° 65733. V. aussi, par ex., CE 3 juill. 1991, *Syndicat des psychiatres des hôpitaux et autres*, req. n° 49264 (et autres) : la décision parle du « *coût des services rendus par les établissements hospitaliers à l'occasion des activités de secteur privé* ». V. J. Martin, « Détermination du montant de la redevance pour service rendu, Commentaire sous CE, ass., 16 juill. 2007, Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital, req. n° 293229, Syndicat national de chirurgie plastique reconstructrice et esthétique, requête numéro 293254 », dans la *Revue générale du droit on line*, 2008, n° 1893.

125. V. aussi : CE 16 déc. 1960, req. n° 46.784, *Lebon* 713 ; *JCP* 1961. II. 12174, note J. Savatier. Il s'agissait en l'espèce de paiements de frais excessifs en échange de l'envoi de patients par une mutuelle (v. aussi : CE 31 janv. 1968, *Lebon* 1086 ; v. M. Harichaux, *op. cit.*, p. 266, n° 473). Le juge administratif ne voyait pas ici de « *commission déguisée* ».

126. *Syndicat de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital*, CE, ass., 16 juill. 2007, req. n° 293229.

127. Bien que pour C. Daver « *il n'est pas pour autant question (...), de "marges bénéficiaires" sur les prestations servies aux médecins... il est "seulement" question... de prendre en compte la totalité des avantages procurés... pour justifier une facturation de la redevance à un taux supérieur au coût des services rendus* » (« Quelques mots d'actualité sur la redevance et la définition du coût réel », dans *Acta Endoscopica*, n° 38, CREGG 2008. 59). En revanche, un autre auteur considère qu'une « *certaine marge* » pourrait être licite aux yeux du Conseil d'État (*Les grandes décisions, op. cit.*, p. 347).

tenant compte de la valeur économique de la prestation pour son bénéficiaire (...)»¹²⁸.

Le Conseil d'État ne fait ici nullement litière de l'interdiction de la dichotomie, ce partage brutal de l'honoraire médical : simplement, il ne la voit pas dès lors qu'il considère la « valeur économique » d'une prestation, supérieure par définition au « coût réel » traditionnel¹²⁹. Si l'article L. 4113-5 du Code de la santé publique n'est pas visé par le Conseil d'État, alors même que cet article est d'ordre public, il s'ensuit qu'aux yeux du juge administratif l'interdiction de la dichotomie n'a rien à voir avec la « redevance ». Les expressions « *service rendu* », « *valeur économique de la prestation* » n'ont pas maintenant du tout le même sens pour le Conseil d'État et la Cour de cassation¹³⁰, d'autant que, dans l'arrêt, le juge administratif ne craint pas – pour le rejeter – de parler du « *prix de revient* », expression que la Cour de cassation n'emploie jamais.

50. – **b) L'arrêt du 29 mai 2009.** Aux termes du décret n° 2008-464 du 15 mai 2008, la redevance n'a plus désormais été établie sur la base des tarifs conventionnels, mais « *fixée en pourcentage des honoraires qu'ils [les praticiens] perçoivent au titre de cette activité* » (CSP, art. D. 6154-10-1). On voit le changement. Les syndicats ont alors considéré que ces sommes « *n'ont plus rien à voir avec le service rendu mais constituent purement et simplement un nouvel impôt assis sur le chiffre d'affaires* », mais le Conseil d'État a rejeté la demande d'annulation du décret¹³¹. Celui-ci met bien en place une redevance pour service rendu et non une imposition.

La Haute Juridiction rappelle au passage les termes de l'arrêt du 16 juillet 2007 : le montant de la redevance peut légalement dépasser le seul coût de la prestation fournie et correspondre à la hauteur des honoraires. La substi-

128. La suite mérite d'être reproduite : « *Que la valeur du service rendu par l'établissement hospitalier... n'est pas limitée au coût des installations techniques et des locaux mis à la disposition de celui-ci ainsi que des dépenses de personnel exposées par l'établissement, mais peut également être appréciée au regard des avantages de toute nature qu'en retirent les praticiens hospitaliers, eu égard notamment à la possibilité qui leur est ainsi ouverte d'exercer leur activité libérale dans le cadre et avec les moyens du service, en bénéficiant le cas échéant de la notoriété qui s'attache à l'établissement dans lequel il exerce cette activité* ».

129. J.-M. Lemoyne de Forges (« L'autisme au Conseil d'État ? À propos de l'arrêt Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital », *AJDA*2008. 297-299) observe que « *si le principe de la valeur économique était étendu à l'hospitalisation privée, cet effet financier pourrait bien... affecter sensiblement le volume des "dépenses de soins de ville"* ». Mais les honoraires actuels doivent déjà permettre actuellement à un médecin de ville de payer un loyer pour son cabinet, un emprunt pour sa voiture ou divers équipements qu'il utilise.

130. V. sur cette question en général : Ch. de Bernardinis, « Le nouveau visage de la redevance pour service rendu, de la notion strictement comptable à la notion marchande liée à la valeur économique de la prestation (sur CE, 7 oct. 2009, n° 309499) », dans *La lettre juridique*, n° 372, 19 nov. 2009.

131. CE 29 mai 2009, req. n° 318071.

tution des honoraires effectivement perçus aux tarifs de l'assurance maladie pour l'assiette a évidemment provoqué l'augmentation des sommes dues par divers praticiens¹³².

2° L'ampleur et la portée du désaccord

51. – La première décision, qui révélerait selon un spécialiste de la matière une grave erreur¹³³, pose donc en principe que la facturation de la prestation doit être calculée par rapport au service rendu envisagé du côté du médecin¹³⁴, et non pas au seul prix de revient du côté de l'établissement. Par exemple, le taux de 60 % pour l'imagerie médicale est appliqué sans qu'il soit aucunement tenu compte des durées d'amortissement des matériels, de leur longévité, de leur technologie etc., tout au contraire de ce que dit le juge judiciaire pour les établissements de santé privés disposant de leur propre service de radiologie.

On admettra que ce qui est vrai pour un établissement public, dont la vocation n'est pas de faire des bénéfices, devrait l'être encore plus pour une société dont l'objet est commercial, et qu'un établissement privé, grâce à son dynamisme et son savoir-faire, peut rassembler en son sein une équipe médicale d'excellent niveau (ce qui permet à chaque praticien de bénéficier, le cas échéant, de l'aide éclairée et proche de ses confrères)¹³⁵.

132. Le Conseil d'État écarte à nouveau le moyen tiré de l'article L. 4113-5, au motif « *que la compétence du pouvoir réglementaire pour fixer les modalités de versement à l'établissement d'une redevance par le praticien résulte directement de la loi (...) : que, par suite, les moyens tirés de la méconnaissance des articles L. 4113-5, R. 4127-22 et R. 4127-23 du code de la santé publique interdisant les conventions ou pratiques professionnelles conduisant à des partages d'honoraires ou à des compéragés sont inopérants* ». Autrement dit, la loi (l'art. L. 6154-3 du CSP) donnant au pouvoir réglementaire la mission de fixer les modalités de la redevance, le décret peut violer l'article L. 4113-5 (du même code)... qui est aussi une loi (d'ordre public en plus).

133. Voir la critique vigoureuse de J.-M. Lemoyne de Forge, « L'autisme au Conseil d'État ? À propos de l'arrêt Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital », *op. cit.* Mais qui est la plus « autiste » des deux hautes juridictions ?

134. On notera que l'article D. 6154-10-3 édicte que le taux de redevance mentionné à l'article L. 6154-3 est fixé à 60 % pour les actes d'imagerie puisque l'intégralité des moyens en personnel, locaux et matériels du service sont mis à la disposition des praticiens hospitaliers lorsqu'ils exercent cette activité libérale. Soit une situation professionnelle semblable à celle de nombre de radiologues exerçant en établissements privés.

135. Ce qui équivaut sans difficulté à la « notoriété », notion difficile dont parle le Conseil d'État. En effet, et indépendamment de l'« ambiguïté » du mot (M. Harichaux, *op. cit.*, p. 58, n° 90), cela revient (car ce n'est pas la personne morale qui soigne les patients), à faire payer aux médecins le prix... de leur propre notoriété. *Quid* alors de l'article R. 4127-20 du code de déontologie : le médecin « *ne doit pas tolérer que les organismes, publics ou privés, où il exerce ou auxquels il prête son concours utilisent à des fins publicitaires son nom ou son activité professionnelle* » ? Un bon mot du Doyen Georges Vedel : qui, du canon ou du canonnier, est le plus important ?

52. – La Cour de cassation a eu très vite, après les décisions du Conseil d'État, l'occasion d'y répondre¹³⁶. Rejetant les arguments d'un établissement¹³⁷, et fermant la « *porte ouverte* »¹³⁸ par le juge administratif, la Haute Cour de l'ordre judiciaire a reproduit, imperturbable, sa motivation traditionnelle¹³⁹.

De la sorte, une inégalité supplémentaire est apparue : les praticiens des hôpitaux publics sont davantage mis à contribution pour le paiement des frais que les médecins attachés aux établissements privés, protégés par leur privilège.

CONCLUSION

53. – Lorsque la Cour de cassation maintient que « *la redevance versée par un médecin à une clinique ne saurait excéder la valeur du service rendu* », cette interprétation de la portée de l'article L. 4113-5 souffre de plusieurs infirmités. Ce n'est pas faire preuve d'une « *sensibilité excessive à la mode du libéralisme économique, qui n'a pourtant guère sa place dans nos mécanismes de protection sociale* »¹⁴⁰ que de souligner les conséquences d'une telle solution jurisprudentielle.

54. – *L'interprétation conduit d'abord à des insuffisances techniques.*

L'interprétation est sujette à caution quant à ses résultats comptables. Pour des raisons pratiques, l'expert calcule en réalité une facturation « *au plus proche* » du coût réel¹⁴¹, et non le coût « réel » exact. Surtout, comment des contrats à durée indéterminée pourraient-ils fixer à l'avance un prix *ne varier*, alors qu'un prix de revient est sujet à variations en cours d'exécution des contrats (amortissements et renouvellement des matériels, évolution des charges de personnels et des coûts des produits utilisés, etc.¹⁴²) et que les praticiens peuvent, en plus, faire modifier les prestations ? Il faudrait pouvoir procéder à un ajustement permanent, pouvant aboutir à une remise en cause rétroactive à partir d'évaluations *a posteriori*, ce qui est impossible.

136. Civ. 1^{re}, 28 avr. 2011, n° 10-16738.

137. « *En (...) homologuant le taux de redevance fixé... par l'expert en seule considération du prix de revient des prestations fournies par la clinique X, cependant qu'une telle redevance doit seulement correspondre à la valeur du service rendu, et non à son seul prix de revient, la cour d'appel a violé l'article L. 4113-5 du code de la santé publique* ».

138. C. Daver, RGDM 2008. 227.

139. « *Attendu qu'ayant retenu à juste titre que la redevance versée par un médecin à une clinique ne saurait excéder la valeur du service rendu, la cour d'appel, faisant siennes les conclusions de l'expert établissant la facturation excessive de ce matériel médical eu égard à sa valeur et sa durée d'amortissement (...) a souverainement homologué le taux de refacturation de 40,28 % retenu par cet expert* ».

140. J.-M. Lemoyne de Forges, *op. cit.* p. 299.

141. Civ. 1^{re}, 8 févr. 1977, *Gaz. Pal.* 1977, somm. I, p. 151.

142. V. en matière de fiscalité les difficultés qui ont suivi l'assujettissement à la TVA des redevances : I. Lucas-Baloup et O. Vorms, *op. cit.*, p. 327s.

Le juge fait même le contraire lorsque, en fonction d'une expertise toujours datée, il détermine un pourcentage pour l'avenir, ce qui tout de même peut surprendre.

55. – ***Elle porte atteinte à des principes fondamentaux.*** Leur dérogeant, elle devrait être exprimée dans la loi même dans des termes suffisamment clairs et précis quant à son objet et à sa portée¹⁴³. Il n'en est rien, et les tâtonnements successifs de la jurisprudence le soulignent assez.

L'interprétation écarte la liberté contractuelle, au nom d'un impératif d'ordre public qui ne répond pas ici à un objectif d'intérêt général. Elle brise de même la liberté du commerce et de l'industrie¹⁴⁴. Elle est enfin contraire au principe d'égalité : elle concède un privilège (avec plusieurs conséquences) aux praticiens attachés à un établissement de soins privé, en privant notamment ceux-ci d'une juste rémunération, leur interdisant de faire ce que peut licitement pratiquer un prestataire extérieur. Mais où sont ici les « *différences objectives de situations* » qui justifieraient des « *différences de traitement* »¹⁴⁵ ? Et comment expliquer facilement – et pas seulement à des médecins – la raison de la différence de remboursements des frais entre hôpital public et établissement de soins privé, selon qu'ils exercent dans l'un ou dans l'autre ?

56. – ***La portée de l'article L. 4113-5.*** C'est seulement le compéragé que vise ce texte, soit le fait d'un accord clandestin, passé forcément à l'insu des patients et qui vise à faire profiter un tiers de l'activité médicale sans aucune contrepartie de sa part ou sans contrepartie licite. Consultant cet article, une personne ordinaire n'imagine pas un seul instant qu'il puisse aller s'immiscer dans des rapports professionnels tout à fait banaux qui lient un praticien à un prestataire qui lui fournit des moyens d'exercer. La cour de Paris, dans un arrêt du 13 mars 1970¹⁴⁶, considérait d'ailleurs que le but de l'article L. 365 (à l'époque) était seulement la répression du compéragé.

On voit bien, lorsqu'on lit les dispositions du premier code de déontologie du 27 juin 1947 (art. 14 et 16), que le texte de l'époque est à mille lieux de l'interprétation jurisprudentielle de l'article 4113-5 : en payant ses frais au juste prix, le médecin ne verse pas une « *commission à quelque personne que ce soit* », car il bénéficie en contrepartie d'une prestation bien réelle qu'il a demandée ; pas plus, il ne se vautre dans le compéragé qui, « *par*

143. Cons. const. 20 janv. 1981, n° 80-127 ; v. aussi Cons. const. 7 déc. 2000, n° 2000-436 DC. Pour la chambre criminelle de la Cour de cassation (1^{er} févr. 1990, n° 89-80673) « *toute infraction doit être définie en des termes clairs et précis* ».

144. D'autant que le rapport du sénat sur le financement des établissements de santé (n° 703) note que « *les cliniques privées, dont 28 % étaient en déficit en 2010, font face à une baisse tendancielle de rentabilité économique* » (p. 7).

145. D. Truchet, *Droit administratif*, 2008, p. 80.

146. Paris, 1^{er} ch., 20 janv. 1973 (D. 1974. 61).

définition... est l'intelligence secrète entre deux personnes, en vue d'en léser une autre », ce qui évoque l'idée répugnante que ce dépeçage de la rémunération induit « une sorte de trafic du corps humain »¹⁴⁷. Or, il n'y a rien d'occulte dans le paiement de frais et personne n'en subit le moindre dommage.

Lorsque les codes de déontologie du 28 novembre 1955 et 28 juin 1979 parlent du compéage, même s'ils ne reprennent par la définition de 1947, peut-on penser qu'ils visent une facturation de frais supérieure au prix de revient qui frapperait un seul prestataire, soit une clinique ? Et ne peut-on remarquer que l'article L. 4113-6¹⁴⁸, qui est en quelque sorte le miroir de l'article L. 4113-5, précise *in fine* que ses dispositions ne visent pas « les relations normales de travail » ? Cette exception de bon sens ne doit-elle pas jouer dans les deux sens ?

57. – **De decisione ferenda.** À la suite de la décision précitée du Conseil d'État, les avis sur sa portée ont été divergents : pour un excellent auteur, « Il semble vain d'espérer que (la Cour de cassation)... puisse remplacer le critère du coût réel des prestations fournies aux médecins par celui de la valeur économique »¹⁴⁹. Pour un autre spécialiste, la décision laisse « plus qu'augurer que cette porte ouverte pour le secteur hospitalier public ne restera pas fermée sur les établissements de santé privés »¹⁵⁰. La fin de la contrariété de décisions entre les deux Hautes juridictions, par l'alignement souhaité, serait bien venue et mettrait un point final à des difficultés qui, véritablement, perturbent trop souvent – pour ne pas dire empoisonnent – la vie interne des établissements de santé privés¹⁵¹.

Que des prestations spécifiques soient facturées aux médecins selon la « valeur du service rendu », c'est-à-dire en fonction de l'utilité qu'ils retirent de la prestation, ne peut choquer personne lorsque ce « coût » s'entend par rapport à des frais professionnels tout à fait usuels : on ne voit pas la raison pour laquelle un établissement de soins privé ne pourrait faire ce que fait n'importe quel intervenant extérieur.

147. L. Mélenec (dir.), *Traité de droit médical*, t. 5, *Les honoraires médicaux*, par L. Mélenec et A. Dorsner-Dolivet, Paris, 1981, p. 57.

148. Interdiction aux médecins « de recevoir des avantages en nature ou en espèces, sous quelque forme que ce soit, d'une façon directe ou indirecte, procurés par des entreprises assurant des prestations, produisant ou commercialisant des produits pris en charge par les régimes obligatoires de sécurité sociale ».

149. J.-M. Lemoine de Forges, *op. cit.*, p. 298.

150. C. Daver, *RGDM*, 2008, n° 26, p. 277 s.

151. Tout au plus peut-on suggérer, afin de couper le cordon ombilical qui, à l'origine, a pu faire considérer le paiement de frais comme une confiscation arbitraire, ne plus les prélever d'office sur les honoraires encaissés par la Clinique pour le compte du médecin (« à la source », dit C. Daver, *RGDM* 2003. 275-287), et demander à celui-ci de régler ses frais directement à l'établissement (par ex. mensuellement). On en reviendrait à la vieille consigne de bon sens du vieux *Traité de droit médical* : « L'essentiel est qu'elle (= la « redevance ») ne comporte pas de pourcentage sur les honoraires » (*op. cit.*, p. 403, n° 424 bis).

Ce qu'a dit le Conseil d'État pourrait être dit, *mutatis mutandis*, par la Cour de cassation. D'autant qu'à son origine et pour les cliniques dites ouvertes, « *la redevance que les médecins libéraux versent à l'hôpital public a son origine dans la législation de la sécurité sociale et est, à cet égard, de la même nature que celle que leurs confrères versent aux cliniques privées dans lesquelles ils exercent* »¹⁵². Ce qui est vrai dans un sens doit être vrai dans l'autre. Ainsi, l'Administration fiscale pourrait un jour reprocher à une clinique de « renoncer à un profit »¹⁵³ en ne facturant qu'au prix coûtant, ce qui conduirait aux affres que redoute J.-M. Lemoyne de Forges¹⁵⁴...

La Haute Cour n'a même pas à changer de formulation : le « coût réel » peut parfaitement s'entendre comme le prix qui correspond à la valeur d'usage.

Mais il ne faut pas vendre la peau de l'ours...

152. J.-M. Lemoyne de Forges, *op. cit.*, p. 297 (qui fait allusion à l'article 11 de l'ordonnance du 19 octobre 1945 relative aux assurances sociales).

153. P. Serlooten, *Droit fiscal des affaires*, Dalloz, 2014, p. 41, n° 36.

154. « *On imagine la perplexité du juge fiscal appelé à apprécier une rectification des bases d'imposition substituée par l'administration fiscale, au nom de la valeur économique du service rendu, à celle du contribuable* » (« L'autisme au Conseil d'État ? », *op. cit.*, p. 297). Pas plus que pour tout autre assujetti lorsque la charge de la preuve pèse sur l'Administration (P. Serlooten, *Droit fiscal des affaires*, *op. cit.*, p. 44, n° 38).

Quel est le juriste, universitaire ou praticien, qui ne connaît pas le professeur Serlooten ?

En 2010, Patrick Serlooten est devenu professeur émérite de l'Université de Toulouse 1 Capitole, après y avoir effectué toutes ses études et y être resté en poste pendant plus de 40 ans.

Mais son rayonnement n'est pas simplement local, il est national. La production scientifique du professeur Serlooten est en effet d'une incroyable richesse et d'une rare cohérence. Sa curiosité intellectuelle et son extrême degré d'exigence ont rapidement conduit ce professeur de droit civil à investir le droit de l'entreprise, dans toutes ses composantes, commerciales et fiscales.

S'il est aujourd'hui surtout reconnu pour ses écrits en fiscalité, notamment son Précis de *Droit fiscal des affaires* (Dalloz, 14^e éd., 2015-2016), le professeur Serlooten a d'abord marqué le droit des sociétés, notamment par ses contributions sur les entreprises unipersonnelles, puis le droit des procédures collectives, qu'il a savamment croisé avec le droit fiscal.

Cinq ans après son départ de l'université, de nombreux juristes, universitaires ou praticiens, ont souhaité rendre hommage à ce grand professeur en écrivant chacun un article dans le domaine du droit de l'entreprise.

Le champ d'investigation des contributeurs est si vaste et les problématiques si actuelles que tout juriste qui s'intéresse à l'entreprise ou à l'entrepreneur y trouvera son bonheur, qu'il soit privatiste ou publiciste, positiviste ou historien du droit, internationaliste ou non...

mélanges
en l'honneur de

*Patrick
Serlooten*

