

## CONSEIL SUPERIEUR DE LA SECURITE SOCIALE

Audience publique du vingt-et-un janvier deux mille dix-neuf

### Composition:

M.	Pierre Calmes, président de chambre à la Cour d'appel,	président
Mme	Mylène Regenwetter, conseiller à la Cour d'appel,	assesseur-magistrat
Mme	Michèle Raus, conseiller à la Cour d'appel,	assesseur-magistrat
M.	Francesco Spagnolo,	secrétaire



### ENTRE:

la Caisse nationale de santé, établie à Luxembourg, représentée par son président actuellement en fonction,  
appelante,  
comparant par Sarah Esposito, attaché, demeurant à Luxembourg;

### ET:

X, kinésithérapeute, demeurant professionnellement à [...],  
intimé,  
ni présent, ni représenté.

Par requête déposée au secrétariat du Conseil supérieur de la sécurité sociale le 12 juin 2018, la Caisse nationale de santé a relevé appel d'un jugement rendu par le Conseil arbitral de la sécurité sociale le 27 avril 2018, dans la cause pendante entre elle et X, et dont le dispositif est conçu comme suit: Par ces motifs, le Conseil arbitral de la sécurité sociale, statuant contradictoirement et en premier ressort, se déclare valablement saisi par la décision de renvoi rendue par la Commission de surveillance le 27 juin 2017 et signée le 1<sup>er</sup> septembre 2017, déclare valable la saisine de la Commission de surveillance par la Caisse nationale de santé par acte daté au 21 février 2017, dit que la modification apportée par le sieur X à l'ordonnance médicale du 15 mars 2016 constitue une violation des alinéas 2 et 3 de l'article 9 de la Convention entre l'Union des caisses de maladie et l'Association des kinésithérapeutes diplômés dans sa teneur en vigueur au moment des faits, ainsi qu'une violation de l'article 28 du code de déontologie de certaines professions de santé, dit qu'il n'y a pas lieu de prononcer à l'encontre du sieur X l'une ou l'autre mesure édictée à l'article 73bis du Code de la sécurité sociale.

Les parties furent convoquées pour l'audience publique du 17 décembre 2018, à laquelle Monsieur le président fit le rapport oral.

Madame Sarah Esposito, pour l'appelante, maintint les moyens et conclusions de la requête d'appel déposée au siège du Conseil supérieur le 12 juin 2018.

Monsieur X n'était ni présent ni représenté.

Après prise en délibéré de l'affaire le Conseil supérieur rendit à l'audience publique de ce jour, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'arrêt qui suit:

Par courrier daté du 21 février 2017 la Caisse nationale de santé (ci-après la CNS) a saisi la Commission de surveillance conformément à l'article 73 du code de la sécurité sociale dans le but de voir convoquer X, en sa qualité de kinésithérapeute, pour y être entendu à propos de la modification d'une ordonnance et de la tentative de facturation à charge de l'assurance maladie de prestations non prescrites, plus particulièrement en décidant de lui-même de prêter de l'ultrasonothérapie non prescrite par le médecin.

Par décision du 27 juin 2017, la Commission de surveillance de la sécurité sociale, instituée par l'article 72 du code de la sécurité sociale, a déclaré recevable et fondée la demande de la CNS et a renvoyé l'affaire devant le Conseil arbitral.

La décision de la Commission de surveillance est motivée comme suit :

« Vu la requête de la Caisse nationale de Santé (CNS) du 21 février 2017, déposée le 2 mars 2017;

Suite à l'instruction de l'affaire contradictoirement faite lors de la réunion de la Commission le 27 juin 2017, sur base des éléments du dossier administratif et des explications fournies en cause par les parties, la Commission considère comme avéré que Monsieur X a procédé à la modification non autorisée d'une ordonnance médicale, et la Commission retient à sa charge une tentative de facturation à charge de l'assurance maladie de prestation non prescrite.

Monsieur X a ainsi contrevenu

à l'article de 9 alinéas 2 et 3 de la Convention conclue entre la CNS et l'ALK qui précise que « les soins, prestations et fournitures de santé à charge de l'assurance maladie doivent correspondre rigoureusement aux prescriptions et ordonnances médicales. Toutefois en cas d'incompatibilité manifeste des prescriptions avec l'état de santé de la personne protégée constatée par le prestataire au moment de la délivrance des soins, celui-ci, de l'accord de la personne protégée, demande au médecin-prescripteur ou à celui qui le remplace un amendement de l'ordonnance ».

à l'article 7 du Règlement grand-ducal du 7 octobre 2010 établissant le code de déontologie de certaines professions de santé, qui précise que « dans le cadre de ses attributions professionnelles spécifiques le professionnel de santé veille, en ce qui le concerne, à l'application correcte notamment : - des règlements, conventions et autres instructions ».

à l'article 28 du Règlement grand-ducal du 7 octobre 2010 établissant le code de déontologie de certaines professions de santé et disposant que « le professionnel de santé applique et respecte les prescriptions médicales, les protocoles et plans de prise en charge valides et pertinents, établis en bonne et due forme et selon les règles de l'art. Il demande à l'ordonnateur ou au médecin prescripteur des compléments d'information chaque fois qu'il le juge nécessaire ».

et à l'article 31 du Règlement grand-ducal du 7 octobre 2010 établissant le code de déontologie de certaines professions de santé, disposant qu'à « sa demande, le professionnel de santé informe la personne prise en charge du tarif des prestations dispensées au début du traitement. Sont interdits toute fixation de forfait d'honoraires ainsi que toute fraude, abus de cotation ou indication inexacte portant sur les actes effectués ».

La Commission décide de renvoyer Monsieur X devant le Conseil arbitral de la Sécurité sociale aux fins voulues par l'article 73 du Code de la Sécurité sociale. »

Par jugement du 27 avril 2018 le Conseil arbitral de la sécurité sociale s'est déclaré valablement saisi par la Commission de surveillance, a dit que la modification apportée par le sieur X à l'ordonnance médicale du 15 mars 2016 constitue une violation des alinéas 2 et 3 de l'article 9 de la Convention de l'UCM et l'Association des kinésithérapeutes diplômés dans sa teneur en vigueur au moment des faits, ainsi qu'une violation de l'article 28 du code de déontologie de certaines professions de santé, et a dit qu'il n'y avait pas lieu de prononcer à l'encontre du sieur X l'une ou l'autre mesure édictée par l'article 73bis du code de la Sécurité sociale sub (3) et sub (4).

Ce jugement est motivé comme suit :

« Attendu que le sieur X, lequel demeure en aveu des faits et lequel fait honorable amende, maintient ses explications plus amplement exposées dans ses courriers et devant la Commission de surveillance, tout en donnant à considérer que l'absence d'indication de l'accord du médecin-prescripteur pour l'ajout des actes litigieux ZM6 dans l'ordonnance du 15 mars 2016 ne procédait nullement d'une intention malveillante ou frauduleuse, mais d'un simple oubli au vu d'une surcharge ponctuelle de travail alors que d'habitude, il respectait ce procédé et qu'en l'espèce, cette modification a été entreprise de l'accord de sa patiente en vue de la dispenser de revoir son médecin dans son état en vue d'une nouvelle ordonnance ;

Attendu que quant aux faits et circonstances de l'affaire, il est renvoyé au procès-verbal de la réunion de la Commission de surveillance du 27 juin 2017 au cours de laquelle le sieur X a été entendu en ses mêmes explications ;

**Quant au constat d'une violation des articles 9, alinéa 2 et 9, alinéa 3 de la Convention conclue entre la CNS et l'ALK :**

Attendu que la Convention proprement dite entre la Caisse nationale de santé et l'Association luxembourgeoise des kinésithérapeutes, conclue en exécution de l'article 61 et suivants du Code de la sécurité sociale, publiée au Mémorial A N° 266 du 21 décembre 2016 et entrée en vigueur dans sa forme initiale le 1<sup>er</sup> janvier 2017, ne saurait être d'application rétroactive alors que l'ordonnance modifiée a été émise le 15 mars 2016 déjà et que les faits reprochés au sieur X remontent avant l'entrée en vigueur de cette nouvelle convention au demeurant amendée entretemps,

qu'en outre, les articles 9, alinéa 2 et 9 alinéa 3 de cette convention n'ont pas de rapport avec les faits de la cause,

qu'au vu du libellé des dispositions conventionnelles ayant servi de fondement à la décision de renvoi, il y a lieu de se rabattre sur l'ancienne Convention entre l'Union des caisses de maladie et l'Association des kinésithérapeutes diplômés, dont l'article 9 a disposé en ses alinéas 2 et 3 comme suit :

« ...

*Les soins, prestations et fournitures de santé à charge de l'assurance maladie doivent correspondre rigoureusement aux prescriptions et ordonnances médicales.*

*Toutefois en cas d'incompatibilité manifeste des prescriptions avec l'état de santé de la personne protégée constatée par le prestataire au moment de la délivrance des soins, celui-ci, de l'accord de la personne protégée, demande au médecin-prescripteur ou à celui qui le remplace un amendement de l'ordonnance. ... »,*

qu'il ne résulte d'aucun élément pertinent et concluant que la patiente du sieur X se serait opposée à la demande au médecin-prescripteur d'amender l'ordonnance du 15 mars 2016,

que les conclusions du sieur X plaidant en faveur de l'inefficacité de l'acte ZM1 en raison de l'intensité de l'affection de sa patiente et de l'indication d'un acte ZM6 ne prêtent pas non plus à discussion et qu'il y a lieu de déduire de ces circonstances que tout indique que les actes ZM1 initialement prescrits ont en fin de compte présenté une incompatibilité manifeste avec l'état de santé de la patiente au moment auquel les soins ont été dispensés,

que si l'article 9, alinéa 3 précité, lequel impose une demande au médecin-prescripteur ou à son remplaçant en vue d'un amendement de l'ordonnance, n'est ni explicite, ni restrictif quant à la nécessité ou non d'une demande préalable en vue dudit amendement, toujours est-il qu'en l'espèce, et suite à l'aveu du sieur X en ce sens, cette demande a fait l'objet d'un oubli, peu importe les raisons qui en sont à l'origine,

qu'il n'y a donc pas eu de demande d'amendement de l'ordonnance du 15 mars 2016 et que l'ajout d'un ou de plusieurs actes ZM6 de surcroît prestés a été réalisé en violation de cette ordonnance,

qu'en conséquence, le sieur X s'est rendu coupable d'une violation des articles 9, alinéas 2 et 3 précités en ce qu'il a dispensé un ou plusieurs actes ZM6 qui n'ont pas correspondu rigoureusement aux prescriptions et à l'ordonnance médicale du 15 mars 2016 et ce sans amendement de ladite ordonnance, eût-il été préalable ou non ;

**Quant à l'appréciation de l'affaire au regard de l'article 28 du règlement grand-ducal du 7 octobre 2010 déterminant le code de déontologie de certaines professions de santé en application de la loi modifiée du 26 mars 1992 sur l'exercice et la revalorisation de certaines professions de santé :**

Attendu que l'article 28 du code de déontologie de certaines professions de santé dispose comme suit :

*« Le professionnel de santé applique et respecte les prescriptions médicales, les protocoles et plans de prise en charge valides et pertinents, établis en bonne et due forme et selon les règles de l'art. Il demande à l'ordonnateur ou au médecin prescripteur des compléments d'information chaque fois qu'il le juge nécessaire. »,*

qu'en considérant qu'en l'espèce, d'une part, l'ajout à l'ordonnance du 15 mars 2016 d'actes ZM6 non prescrits par le médecin traitant est à retenir comme contrevenant à l'application et au respect des prescriptions médicales initiales dont il n'est pas soutenu qu'elles n'auraient pas été établies en bonne et due forme, voire qu'elles ne répondraient pas aux règles de l'art, et, d'autre part, le sieur X est en aveu d'avoir oublié de contacter le médecin-prescripteur en vue d'une information en vue d'un éventuel amendement de ladite ordonnance, le Conseil arbitral de la sécurité sociale arrive à la conclusion que l'ajout des actes ZM6 à ladite ordonnance constitue également une violation de l'article 28 précité ;

**Quant à l'appréciation de l'affaire au regard de l'article 31 du règlement grand-ducal du 7 octobre 2010 déterminant le code de déontologie de certaines professions de santé en application de la loi modifiée du 26 mars 1992 sur l'exercice et la revalorisation de certaines professions de santé :**

Attendu que l'article 31 du code de déontologie de certaines professions de santé dispose comme suit :

*« A sa demande, le professionnel de santé informe la personne prise en charge du tarif des prestations dispensées au début du traitement. Sont interdits toute fixation de forfait d'honoraires ainsi que toute fraude, abus de cotation ou indication inexacte portant sur les actes effectués. »,*

qu'en considérant toutefois que le Conseil arbitral de la sécurité sociale ne s'est trouvé saisi d'aucun élément, ni d'aucune pièce établissant à suffisance de droit tantôt un défaut

d'information de la patiente du sieur X du tarif des prestations dispensées au début du traitement, tantôt une fixation d'un forfait d'honoraires, tantôt une fraude, tantôt un abus de cotation, tantôt encore une indication inexacte portant sur les actes effectués, il y a lieu de conclure que la violation de l'article 31 précité manque d'être établie à l'encontre du sieur X ;

**Quant à l'appréciation de l'affaire au regard de l'article 7 du règlement grand-ducal du 7 octobre 2010 déterminant le code de déontologie de certaines professions de santé en application de la loi modifiée du 26 mars 1992 sur l'exercice et la revalorisation de certaines professions de santé :**

Attendu qu'en considérant que d'une part, suivant cette disposition, le professionnel de santé, dans le cadre de ses attributions professionnelles spécifiques, veille, en ce qui le concerne, à l'application correcte des règlements, conventions et autres instructions et que d'autre part, au vu des développements ci-avant, force est de constater que les violations y retenues se confondent avec l'inobservation fondée sur l'article 7 de ce règlement, force est d'en déduire qu'il n'y a pas une inobservation nouvelle à retenir sous cet aspect ;

**Quant aux mesures prévues à l'article 73bis du Code de la sécurité sociale :**

Attendu que l'article 73bis du Code de la sécurité sociale dispose en son premier paragraphe comme suit :

*« Pour les affaires renvoyées par la Commission de surveillance, le Conseil arbitral de la sécurité sociale examine le rapport d'instruction de la Commission de surveillance et peut, après une procédure contradictoire en présence du prestataire, d'une part, et du directeur du Contrôle médical de la sécurité sociale ou de son délégué ou bien du président de la Caisse nationale de santé ou de son délégué, d'autre part, prononcer à l'encontre du prestataire concerné, en fonction de la nature et de la gravité des faits dont il est reconnu coupable:*

*1) une amende d'ordre au profit de la Caisse nationale de santé, ne pouvant dépasser vingt-cinq mille euros. En cas de récidive dans un délai de deux ans l'amende d'ordre ne peut être ni inférieure à vingt-cinq mille euros ni supérieure à cinq cent mille euros ;*

*2) la restitution, à la Caisse nationale de santé, des montants indûment perçus, augmentés des intérêts légaux ;*

*3) la soumission obligatoire et exclusive, pendant une période de cinq ans au plus, du prestataire au régime conventionnel prévoyant une prise en charge directe par la Caisse nationale de santé de toutes les prestations effectuées pour compte des assurés ;*

*4) la limitation du nombre d'actes et de services professionnels par assuré en moyenne que le prestataire ne peut pas dépasser pendant une période future de trois années au plus, sous peine de restitution des honoraires afférents. Ce maximum peut s'appliquer à tout ou partie de l'activité du prestataire.*

*... »,*

qu'il résulte de ce texte que la prononciation de telle ou telle mesure ne constitue pas une obligation pour le Conseil arbitral de la sécurité sociale, mais reste soumise à son appréciation en fonction de la gravité et de la nature des faits dont le prestataire de soins est à reconnaître coupable,

qu'en premier lieu, il ne suffit donc pas qu'un prestataire de soins ait été reconnu coupable de faits contraires aux dispositions légales, réglementaires, statutaires ou conventionnelles pour se voir infliger l'une ou l'autre des mesures visées à l'article 73 bis précité,

qu'ensuite, si la nature du fait dont le sieur X s'est rendu coupable et qu'il a avoué n'est certes pas anodine, il n'en demeure pas moins que si le législateur a pris soin de préciser que si la prononciation de l'une des mesures visées ci-avant est à apprécier suivant la nature et la gravité de faits, il en découle que la gravité ne se confond pas avec la nature, mais constitue une notion plus large comme visant notamment les conséquences de ces faits,

qu'en l'espèce toutefois, il ne résulte ni des éléments pertinents et concluants du dossier, ni des plaidoiries exposées à l'audience du 18 avril 2018 que la modification apportée par le sieur X à l'ordonnance du médecin traitant datée au 15 mars 2016 aurait eu quelque conséquence financière ou autre que ce soit au désavantage de la Caisse nationale de santé ou de la patiente,

qu'il s'y ajoute que le Conseil arbitral de la sécurité sociale ne s'est trouvé saisi d'aucun élément établissant que tantôt, le sieur X se serait rendu coupable de l'un ou l'autre antécédent au regard des dispositions légales, réglementaires, statutaires ou conventionnelles applicables à l'exercice de sa profession, que tantôt, il aurait commis l'une ou l'autre récidive, que tantôt, il aurait perçu des sommes indues au titre d'honoraires pour des actes ZM6, que tantôt, il aurait procédé de la sorte dans une intention malveillante ou frauduleuse, que tantôt, il y aurait lieu de le soumettre de façon obligatoire et exclusive, pendant une période de cinq ans au plus, au régime conventionnel prévoyant une prise en charge directe par la Caisse nationale de santé de toutes les prestations effectuées pour compte des assurés en présence d'un cas isolé, ou que tantôt encore, les faits et circonstances de l'affaire seraient de nature à justifier une mesure disproportionnée de limitation du nombre d'actes et de services professionnels par assuré en moyenne que le sieur X ne pourrait pas dépasser pendant une période future de trois années au plus, sous peine de restitution des honoraires afférents,

que pour ces seuls motifs, le Conseil arbitral de la sécurité sociale arrive à la conclusion qu'en l'espèce, il n'y a pas lieu de prononcer à l'encontre du sieur X l'une ou l'autre des mesures visées au premier paragraphe de l'article 73bis précité. »

Par requête déposée au secrétariat du Conseil supérieur de la sécurité sociale le 12 juin 2018, la CNS a interjeté appel contre le prédit jugement.

Cet acte d'appel est conçu comme suit :

« A l'honneur de vous exposer très respectueusement, la Caisse nationale de santé (CNS), représentée par le président de son comité-directeur, Monsieur Paul Schmit, Luxembourg ;

Qu'elle interjette appel contre un jugement du 27 avril 2018, rendu par le Conseil arbitral de la sécurité sociale dans une affaire l'opposant à Monsieur X, kinésithérapeute (Reg. No CNS CS 234/17), lui notifié par lettre réceptionnée en date du 11 mai 2018 (annexe 1);

Attendu que cette décision a retenu « *que la modification apportée par le sieur X à l'ordonnance médicale du 15 mars 2016 constitue une violation des alinéas 2 et 3 de l'article 9 de la Convention entre l'UCM et l'ALK dans sa teneur en vigueur au moment des faits, ainsi qu'une violation de l'article 28 du Code de déontologie de certaines professions de santé, dit qu'il n'y a pas lieu de prononcer à l'encontre du sieur X l'une ou l'autre mesure édictée à l'article 73bis du Code de la sécurité sociale* » ;

Que pour parvenir à ce jugement, le Conseil arbitral de la sécurité sociale a développé le raisonnement suivant :

*« qu'il résulte de ce texte (l'article 73bis du CSS), que la prononciation de telle ou telle mesure ne constitue pas une obligation pour le Conseil arbitral de la sécurité sociale, mais reste soumise à son appréciation en fonction de la gravité et de la nature des faits dont le prestataire de soins est à reconnaître coupable,*

*qu'en premier lieu, il ne suffit donc pas qu'un prestataire de soins ait été reconnu coupable de faits contraires aux dispositions légales, réglementaires, statutaires ou conventionnelles pour se voir infliger l'une ou l'autre des mesures visées à l'article 73bis précité,*

*qu'ensuite, si la nature du fait dont le sieur X s'est rendu coupable et qu'il a avoué n'est certes pas anodine, il n'en demeure pas moins que si le législateur a pris soin de préciser que si la prononciation de l'une des mesures visées ci-avant est à apprécier suivant la nature et la gravité des faits, il en découle que la gravité ne se confond pas avec la nature, mais constitue une notion plus large comme visant notamment les conséquences de ces faits,*

*qu'en l'espèce toutefois, il ne résulte ni des éléments pertinents et concluants du dossier, ni des plaidoiries exposées à l'audience du 18 avril 2018 que la modification apportée par le sieur X à l'ordonnance du médecin traitant datée au 15 mars 2016 aurait eu quelque conséquence financière ou autre que ce soit au désavantage de la CNS ou de la patiente,*

*qu'il s'y ajoute que le Conseil arbitral de la sécurité sociale ne s'est trouvé saisi d'aucun élément établissant que tantôt, le sieur X se serait rendu coupable de l'un ou l'autre antécédent au regard des dispositions légales, réglementaires, statutaires ou conventionnelles applicables à l'exercice de sa profession, que tantôt, il aurait commis l'une ou l'autre récidive, que tantôt i/ aurait perçu des sommes indues au titre d'honoraires pour des actes ZM6, que tantôt, il aurait procédé de la sorte dans une intention malveillante ou frauduleuse, que tantôt, il y aurait lieu de le soumettre de façon obligatoire et exclusive, pendant une période de cinq ans au plus, au régime conventionnel prévoyant une prise en charge directe par la CNS de toutes les prestations effectuées pour compte des assurés en présence d'un cas isolé, ou que tantôt encore, les faits et circonstances de l'affaire seraient de nature à justifier une mesure disproportionnée de limitation du nombre d'actes et de services professionnels par assuré en moyenne que le sieur X ne pourrait dépasser pendant une période future de trois années au plus, sous peine de restitution des honoraires afférents,*

*que pour ces seuls motifs, le Conseil arbitral de la sécurité sociale arrive à la conclusion qu'en l'espèce, il n'y a pas lieu de prononcer à l'encontre du sieur X l'une ou l'autre des mesures visées au premier paragraphe de l'article 73bis précité ».*

### **I. En fait**

Attendu qu'en date du 30 mars 2016, la CNS a reçu une ordonnance médicale concernant la

personne protégée, Mme X en vue d'obtenir la délivrance d'un titre de prise en charge ;

Que cette ordonnance datée du 15 mars 2016 et émise par le Dr Jean-Marc Bous portait sur la prescription d'actes de kinésithérapie, à savoir « Massages manuels (ZMI) » et « Ultrasonothérapie (ZM6) » ,

Qu'il a été cependant constaté par la personne en charge du dossier au sein de la CNS, que ces deux actes avaient été manuellement cochés sur l'ordonnance (annexe 2) de sorte que le service compétent de la CNS n'a pas émis de titre de prise en charge pour le traitement demandé ;

Qu'en date du 27 avril 2016, la CNS s'est adressée par courrier au Dr Bous afin que celui-ci précise s'il avait lui-même coché les cases en question (annexe 3) ;

Que par retour de courrier parvenu à la CNS le 13 mai 2016, le Dr Bous a envoyé une copie de l'ordonnance originalement établie par ses soins et sur laquelle seul l'acte « Massages manuels (ZMI) » est prescrit (annexe 4) ;

Que le service Lutte contre les abus et la fraude de la CNS s'est adressé au sieur X en date du 11 novembre 2016 afin qu'il prenne position quant aux modifications apportées sur l'ordonnance originale (annexe 5) ;

Que par courrier parvenu à la CNS en date du 24 novembre 2016, le sieur X a reconnu avoir modifié l'ordonnance afin d'adapter le traitement à la demande de la patiente et afin que celle-ci n'ait pas à retourner chez son médecin pour l'établissement d'une nouvelle ordonnance (annexe 6) ;

Qu'en date du 23 février 2017, la CNS a adressé un courrier tendant à la saisine de la Commission de surveillance (annexe 7) ;

Que les parties ont été régulièrement convoquées à la réunion de la Commission de surveillance du 27 juin 2017 par courrier daté du 6 juin 2017 (annexe 8) ;

Que par courrier adressé aux parties en date du 4 septembre 2017 (annexe 9), la Commission de surveillance a fait parvenir une copie de la décision signée le 1<sup>er</sup> septembre 2017 prononçant le renvoi de l'affaire devant le Conseil arbitral de la sécurité sociale (annexe 10) ;

Que les parties ont été convoquées à l'audience du Conseil arbitral de la sécurité sociale du 18 avril 2018 par courrier du 28 mars 2018 (annexe 11).

## **II. En droit**

### **1) La procédure**

Attendu que la CNS a procédé à la saisine de la Commission de surveillance en vertu de l'article 73 du Code de la sécurité sociale par requête adressée en date du 23 février 2017 ;

Que par décision signée le 1<sup>er</sup> septembre 2017, la Commission de surveillance a prononcé le renvoi de l'affaire devant le Conseil arbitral de la sécurité sociale ;

Que par jugement du 27 avril 2018 notifié en date du 11 mai 2018, le Conseil arbitral de la sécurité sociale a reconnu « *que la modification apportée par le sieur X à l'ordonnance médicale du 15 mars 2016 constitue une violation des alinéas 2 et 3 de l'article 9 de la Convention entre l'UCM et l'ALK dans sa teneur en vigueur au moment des faits, ainsi qu'une violation de l'article 28 du Code de déontologie de certaines professions de santé* » tout en décidant « *qu'il n'y a pas lieu de prononcer à l'encontre du sieur X l'une ou l'autre mesure édictée à l'article 73bis du Code de la sécurité sociale* » ;

Que la CNS demande la réformation du prédit jugement aux motifs développés ci-dessous.

2) Quant à la violation de l'article 31 du règlement grand-ducal du 7 octobre 2010 déterminant le Code de déontologie de certaines professions de santé

Attendu que le Conseil arbitral de la sécurité sociale a décidé qu' « *en considérant toutefois que le Conseil arbitral de la sécurité sociale ne s'est trouvé saisi d'aucun élément, ni d'aucune pièce établissant à suffisance de droit tantôt un défaut d'information de la patiente du sieur X du tarif des prestations dispensées au début du traitement, tantôt une fixation d'un forfait d'honoraires, tantôt une fraude, tantôt un abus de cotation, tantôt encore une indication inexacte portant sur les actes effectués, il y a lieu de conclure que la violation de l'article 31 précité manque d'être établie à l'encontre du sieur X* » ;

Que c'est à tort que le Conseil arbitral de la sécurité sociale n'a pas constaté la violation de la prédite disposition en ce qu'elle interdit toute fraude de manière large ;

Que le dictionnaire Larousse définit la fraude comme étant un « *acte malhonnête fait dans l'intention de tromper en contrevenant à la loi ou aux règlements* » ;

Que le Conseil arbitral de la sécurité sociale a reconnu que la modification de l'ordonnance médicale de la part du sieur X est constitutive d'une violation d'un certain nombre de dispositions ;

Qu'à l'instar de ce qui a été constaté par la Commission de surveillance, il aurait appartenu au Conseil arbitral de la sécurité sociale de retenir également que ce comportement est constitutif d'une fraude telle que visée par la prédite disposition ;

Que la CNS demande la réformation du jugement entrepris en ce sens.

3) Quant à la violation de l'article 7 du règlement grand-ducal du 7 octobre 2010 déterminant le Code de déontologie de certaines professions de santé

Attendu que le jugement entrepris a décidé, qu'« *en considérant que d'une part, suivant cette disposition, le professionnel de santé, dans le cadre de ses attributions professionnelles spécifiques, veille, en ce qui le concerne, à l'application correcte des règlements, conventions et autres instructions et que d'autre part, au vu des développements ci-avant, force est de constater que les violations y retenues se confondent avec l'inobservation fondée sur l'article 7 de ce règlement, force est d'en déduire qu'il n'y a pas une inobservation nouvelle à retenir sous cet aspect* » ;

Que c'est de manière erronée que le jugement entrepris a cité l'article 7 du Code de déontologie des professions de santé alors qu'il doit s'agir probablement de l'article 28 du même Code auquel il aurait dû être fait référence ;

Que nonobstant cette erreur matérielle, il ressort que c'est à tort que le Conseil arbitral de la sécurité sociale a retenu que le contenu des deux dispositions se confondent pour refuser de constater la violation de chacune d'elles ;

Que le contenu de chacune de ces dispositions doit être analysée de manière isolée et qu'en cas de violation de plusieurs d'entre elles, le Conseil arbitral de la sécurité sociale ne pouvait valablement pas en tirer la conséquence que ces infractions se confondent ;

Qu'un tel raisonnement revient à vider de sa substance les différentes dispositions du Code de déontologie des professions de santé et de l'article 73 du Code de la sécurité ;

Qu'il est indiscutable en la cause, que le sieur X a violé les dispositions de l'article 28, 31 mais également 7 du prédit Code de déontologie ;

Que par conséquent, il aurait appartenu au Conseil arbitral de la sécurité sociale d'en tirer les conséquences utiles et de constater à l'instar de la Commission de surveillance la violation de l'article 7 du Code de déontologie des professions de santé ;

Que la CNS demande dès lors la réformation du jugement entrepris en ce sens.

4) Quant à la dispense de peine prononcée par le Conseil arbitral de la sécurité sociale  
Attendu que le Conseil arbitral de la sécurité sociale relève, qu' « *il ne résulte ni des éléments pertinents et concluants du dossier, ni des plaidoiries exposées à l'audience du 18 avril 2018 que la modification apportée par le sieur X à l'ordonnance du médecin traitant datée au 15 mars 2016 aurait eu quelque conséquence financière ou autre que ce soit au désavantage de la Caisse nationale de santé ou de la patiente* » ;

Que l'existence d'un préjudice financier subi par la CNS ne constitue pas une condition préalable nécessaire à la saisine de la Commission de surveillance ou encore au renvoi par cette dernière de l'affaire devant le Conseil arbitral de la sécurité sociale ;

Qu'en effet, l'article 73 du Code de la sécurité sociale dispose en ses alinéas 1er et 2, que : « *la Commission de surveillance est en outre compétente pour examiner (...) les faits signalés par le président de la Caisse nationale de santé ou le président d'une caisse de maladie susceptibles de constituer une violation des dispositions légales, réglementaires, statutaires ou conventionnelles auxquelles sont astreints les prestataires visés à l'article 61, alinéa 2, ainsi que les personnes placées sous leur autorité ou agissant pour leur compte. (...)*  
*L'instruction a pour objet de constater dans le chef des prestataires visés à l'article 61, alinéa 2 :*

- 1) l'inobservation des dispositions légales, réglementaires, statutaires conventionnelles ayant abouti ou tenté d'aboutir à une demande, une prise en charge ou un versement indu d'une prestation de soins de santé ou en espèces par l'assurance maladie-maternité ;  
(...) » ;

Que dès lors, il appartient à la Commission de surveillance de renvoyer l'affaire devant le Conseil arbitral de la sécurité sociale dès qu'elle est amenée à constater une violation d'une disposition au respect duquel le prestataire est tenu ;

Qu'en outre, l'article 73bis du Code de la sécurité sociale dispose, que « *pour les affaires renvoyées par la Commission de surveillance, le Conseil arbitral de la sécurité sociale examine le rapport d'instruction de la Commission de surveillance et peut, après une procédure contradictoire en présence du prestataire, d'une part, et du directeur du Contrôle médical de la sécurité sociale ou de son délégué ou bien du président de la Caisse nationale de santé ou de son délégué, d'autre part, prononcer à l'encontre du prestataire concerné, en fonction de la nature et de la gravité des faits dont il est reconnu coupable. :*

*1) une amende d'ordre au profit de la Caisse nationale de santé, ne pouvant dépasser vingt-cinq mille euros. En cas de récidive dans un délai de deux ans l'amende d'ordre ne peut être ni inférieure à vingt-cinq mille euros ni supérieure à cinq cent mille euros ;*

*2) la restitution, à la Caisse nationale de santé, des montants indûment perçus, augmentés des intérêts légaux ;*

*3) la soumission obligatoire et exclusive, pendant une période de cinq ans au plus, du prestataire au régime conventionnel prévoyant une prise en charge directe par la Caisse nationale de santé de toutes les prestations effectuées pour compte des assurés ;*

*4) la limitation du nombre d'actes et de services professionnels par assuré en moyenne que le prestataire ne peut pas dépasser pendant une période future de trois années au plus, sous peine de restitution des honoraires afférents. Ce maximum peut s'appliquer à tout ou partie de l'activité du prestataire » ;*

Que cette disposition ne conditionne pas le prononcé d'une sanction par le Conseil arbitral de la sécurité sociale à l'encontre du prestataire à l'existence d'un préjudice financier ou autre désavantage ;

Que dès lors, le Conseil arbitral de la sécurité sociale a fait une interprétation erronée des prédicts textes ;

Que par ailleurs, c'est à tort que le jugement entrepris appuie sa décision sur la circonstance que « *le Conseil arbitral de la sécurité sociale ne s'est trouvé saisi d'aucun élément établissant que tantôt, le sieur X se serait rendu coupable de l'un ou l'autre antécédent (...), que tantôt, il aurait commis l'une ou l'autre récidive* » ;

Que suivant le texte de l'article 73bis 1) du Code de la sécurité sociale, « *en cas de récidive dans un délai de deux ans l'amende d'ordre ne peut être ni inférieure à vingt-cinq mille euros ni supérieure à cinq cent mille euros* » ;

Que dès lors, et à l'analyse de la prédite disposition, il appartient au Conseil arbitral de la sécurité sociale d'examiner l'existence d'une récidive en vue d'augmenter le montant de l'amende d'ordre dans ce cas, mais non pas d'en constater l'absence en vue de prononcer une dispense de peine ;

Que la décision entreprise fait l'analyse des sanctions prévues aux points 3) et 4) de l'article 73bis pour décider que de telles mesures seraient disproportionnées ;

Que partant les premiers juges ont omis de se pencher sur la question de l'amende d'ordre prévue au point 1) de l'article 73bis) du Code de la sécurité sociale, ce d'autant plus que cette sanction est la seule ayant été sollicitée de la part de la CNS ;

Que par conséquent, c'est à tort que le Conseil arbitral de la sécurité sociale a omis d'analyser la question de l'amende d'ordre, sanction qui est pourtant adaptée aux circonstances de la cause ;

Qu'au lieu de sanctionner la violation des textes pourtant reconnue par le Conseil arbitral de la sécurité sociale par le prononcé d'une amende d'ordre tel que demandé par la CNS, le jugement entrepris a décidé de ne prononcer aucune mesure à l'encontre du sieur X, lui accordant partant une dispense de peine ;

Que cependant, une telle dispense de peine n'est nullement prévue par le Code de la sécurité sociale ;

Que s'il est admis que le juge ne commet pas un excès de pouvoir lorsqu'il reconnaît les faits établis sans prononcer de sanctions, il lui appartient dans pareil cas de motiver les raisons pour lesquelles il estime que les sanctions qui lui sont proposées par la loi sont inadéquates<sup>1</sup> ;

La Cour de cassation belge a confirmé cette jurisprudence dans deux arrêts rendus en matière quasi-disciplinaire et dont il découle que les juridictions ont la possibilité de ne prononcer qu'une déclaration de culpabilité si elles estiment que les sanctions prévues par la loi sont inadéquates<sup>2</sup> ;

Or, tel que vu précédemment, le Conseil arbitral de la sécurité sociale a omis d'examiner l'ensemble du catalogue des sanctions prévues par l'article 73bis du Code de la sécurité sociale et n'a pas donné suite à la demande de la CNS tendant à voir le prestataire condamné au paiement d'une amende d'ordre de 1.000 € ;

Que les sanctions que peut être amené à prononcer le Conseil arbitral de la sécurité sociale relèvent d'un régime empruntant à la fois au droit judiciaire, au droit administratif et au droit disciplinaire tout en demeurant propre aux caractéristiques attachées à une juridiction de sécurité sociale ;

Que leur nature se rapproche toutefois davantage du droit disciplinaire et administratif que du droit pénal ;

Que dans ce contexte, il est permis de citer une jurisprudence du Conseil d'Etat français<sup>3</sup> qui a relevé dans une matière disciplinaire, que l'article L.4234-6 du Code de la santé publique prévoit les sanctions de l'avertissement, du blâme et de l'interdiction temporaire ou définitive d'exercer la pharmacie et nulle autre disposition législative ou réglementaire ne prévoit de mécanisme tendant à la dispense de sanction en cas de faute ,

Que le Conseil d'Etat français rappelle que cette solution se distingue de celle admise en droit pénal commun où l'article 132-59 du Code pénal permet largement au juge, sauf en matière criminelle, de dispenser de peine une personne reconnue comme coupable lorsqu'il n'y a nul intérêt au prononcé d'une mesure répressive ;

Que le Conseil d'Etat a pris le soin de préciser dans les motifs de sa décision que la règle de

---

1 Le droit disciplinaire dans la jurisprudence, une analyse des arrêts de la Cour de Strasbourg, de la Cour constitutionnelle et de la Cour de cassation, Larcier, p.299

2 Cass., 18 novembre 2011 J.L.M.B, 2012 p 87 et Cass., 9 décembre 2011, RG : D.11.0005.F1

3 CE, 10 février 2014, Ministre des affaires sociales et de la santé c/ D, requête 360382

principe demeure le prononcé d'une sanction en cas de faute et que ce n'est que lorsque certaines circonstances ou certains faits le justifient qu'une telle dispense peut, à titre exceptionnel, être prononcée sous la réserve d'une motivation appropriée et adéquate ;

Que les commentaires de cette décision relèvent que cette solution est nécessaire pour assurer la crédibilité de la juridiction ordinaire<sup>4</sup> ;

Que dans ce même contexte, la Cour de justice de l'Union européenne admet qu'une telle dispense de sanction peut être prononcée par une juridiction ordinaire à condition d'être limitée à des circonstances exceptionnelles<sup>5</sup> ;

Que le même raisonnement pourrait être tenu en ce qui concerne les sanctions prévues par le Code de la sécurité sociale ;

Que l'adage « *qui peut le plus peut le moins* » ne constitue pas un principe général du droit de sorte que le respect du principe de légalité implique qu'en l'absence d'autorisation légale, le juge disciplinaire ne peut prononcer de sanction avec sursis ou sous condition et a fortiori une dispense de peine ;

Que de ce qui précède, il résulte qu'il aurait appartenu au Conseil arbitral de la sécurité sociale de prononcer une amende d'ordre à l'encontre du sieur X, ce d'autant plus que la décision entreprise ne motive pas en quoi les circonstances de l'espèce sont exceptionnelles et que les sanctions proposées par le Code de la sécurité sociale seraient inadéquates.

### A CES CAUSES

La Caisse nationale de santé conclut à ce qu'il Vous plaise, Mesdames, Messieurs les Président et Assesseurs composant le Conseil supérieur de la sécurité sociale ;

Constater la violation des prédites dispositions, à savoir les articles 7, 28 et 31 du règlement grand-ducal du 7 octobre 2010 déterminant le Code de déontologie des professions de santé ;

Réformer le jugement du 27 avril 2018 prononcé par le Conseil arbitral de la sécurité sociale en ce sens ;

Confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a reconnu la violation de la part du sieur X des 9 alinéas 2 et 3 de la Convention conclue entre la CNS et l'ALK et de l'article 28 du règlement grand-ducal du 7 octobre 2010 déterminant le Code de déontologie des professions de santé ;

Réformer le jugement entrepris en en tirant les conséquences utiles et ainsi prononcer à l'encontre du sieur X une amende d'ordre de 1.000 €, respectivement de tout autre montant adapté aux faits et circonstances précités ;

Voir réserver à la Caisse nationale de santé tous autres droits, dus, moyens et actions. »

---

4 La condamnation sans la sanction : une liberté contrôlée pour le juge ordinaire, Observations sous CE, Didier Girard

5 CJUE, 18 juin 2013, Bundeswettbewerbsbehörde et Bundeskartellamt, affaire no C-681/1

X ne s'est pas présenté à l'audience, bien que convoqué à personne. Il a fait savoir au secrétariat du Conseil supérieur de la sécurité sociale qu'il n'avait pas l'intention de se déplacer pour l'audience du 17 décembre 2018. Conformément aux dispositions de l'article 35 du règlement grand-ducal modifié du 24 décembre 1993 concernant la procédure particulière de l'article 73 du code de la sécurité sociale, X est jugé par défaut.

### **Les faits :**

Il est constant en cause que l'intimé a modifié une ordonnance médicale du docteur Jean-Marc BOUS du 15 mars 2016 pour la patiente Y en cochant sur cette ordonnance la case du traitement « Ultrasonothérapie (ZM6) » bien que le docteur BOUS ait uniquement coché la case « Massages manuels (ZM1) », et ceci sans demander à ce dernier de modifier son ordonnance conformément aux dispositions de l'article 9, alinéa 3 de la Convention UCM/AKL du 13 décembre 1993.

Dans sa prise de position adressée à la CNS l'intimé a donné l'explication suivante : « *En accord avec la patiente et comme le traitement ne correspondait pas à un simple massage ZM1 (et à la demande de la patiente de la traiter autrement) nous avons ajouté le code qu'elle avait l'habitude d'avoir je pense (pour les soins effectués et surtout pour ne pas devoir retourner chez le docteur pour avoir une nouvelle ordonnance concordant avec son traitement).* »

Cette façon de faire était manifestement contraire à l'article 9 de la Convention UCM/AKL du 13 décembre 1993 qui dispose ce qui suit :

*« Sauf disposition légale, réglementaire ou conventionnelle expresse contraire, les prestations ou fournitures délivrées par les prestataires visés par la présente convention ne sont opposables à l'assurance maladie que si elles sont délivrées sur ordonnance médicale préalable. »*

*Les soins, prestations et fournitures de santé à charge de l'assurance maladie doivent correspondre rigoureusement aux prescriptions et ordonnances médicales.*

*Toutefois en cas d'incompatibilité manifeste des prescriptions avec l'état de santé de la personne protégée constatée par le prestataire au moment de la délivrance des soins, celui-ci, de l'accord de la personne protégée, demande au médecin-prescripteur ou à celui qui le remplace un amendement de l'ordonnance. Lorsque dans ce cas il s'agit de prestations soumises à autorisation préalable, sauf urgence, l'accord écrit préalable du contrôle médical doit être acquis pour l'amendement de l'ordonnance.*

*(...).* »

ainsi qu'à l'article 7 du règlement grand-ducal du 7 octobre 2010 établissant le code de déontologie de certaines professions de santé et qui dispose :

*« Dans le cadre de ses attributions professionnelles spécifiques le professionnel de santé veille, en ce qui le concerne, à l'application correcte notamment :  
– des règlements, conventions et autres instructions »,*

ainsi qu'à l'article 28 du même règlement qui dispose :

*« Le professionnel de santé applique et respecte les prescriptions médicales, les protocoles et plans de prise en charge valides et pertinents, établis en bonne et due forme et selon les règles de l'art. Il demande à l'ordonnateur ou au médecin prescripteur des compléments d'information chaque fois qu'il le juge nécessaire ».*

Les articles 73 (1) et 73bis (1) du CSS sont conçus comme suit :

*La Commission de surveillance est en outre compétente pour examiner les rapports d'activité au sens de l'article 419 (3) lui soumis par le directeur du Contrôle médical de la sécurité sociale, ainsi que les faits signalés par le président de la Caisse nationale de santé ou le président d'une caisse de maladie susceptibles de constituer une violation des dispositions légales, réglementaires, statutaires ou conventionnelles auxquelles sont astreints les prestataires visés à l'article 61, alinéa 2, ainsi que les personnes placées sous leur autorité ou agissant pour leur compte. (...)*

*Pour les affaires renvoyées par la Commission de surveillance, le Conseil arbitral de la sécurité sociale examine le rapport d'instruction de la Commission de surveillance et peut, après une procédure contradictoire en présence du prestataire, d'une part, et du directeur du Contrôle médical de la sécurité sociale ou de son délégué ou bien du président de la Caisse nationale de santé ou de son délégué, d'autre part, prononcer à l'encontre du prestataire concerné, en fonction de la nature et de la gravité des faits dont il est reconnu coupable:*

- 1) une amende d'ordre au profit de la Caisse nationale de santé, ne pouvant dépasser vingt-cinq mille euros. En cas de récidive dans un délai de deux ans l'amende d'ordre ne peut être ni inférieure à vingt-cinq mille euros ni supérieure à cinq cent mille euros;*
- 2) la restitution, à la Caisse nationale de santé, des montants indûment perçus, augmentés des intérêts légaux;*
- 3) la soumission obligatoire et exclusive, pendant une période de cinq ans au plus, du prestataire au régime conventionnel prévoyant une prise en charge directe par la Caisse nationale de santé de toutes les prestations effectuées pour compte des assurés;*
- 4) la limitation du nombre d'actes et de services professionnels par assuré en moyenne que le prestataire ne peut pas dépasser pendant une période future de trois années au plus, sous peine de restitution des honoraires afférents. Ce maximum peut s'appliquer à tout ou partie de l'activité du prestataire. »*

Les premiers juges, tout en retenant que les faits sont établis, ont estimé que l'article 73bis du code de la sécurité sociale ne les obligeait pas de prononcer une peine et qu'étant donné que la CNS n'avait subi aucun dommage financier et que X ne serait pas récidiviste, il n'y avait pas lieu d'appliquer les sanctions énumérées plus particulièrement à l'article 73bis (1) sub 3 et sub 4.

L'appelante reproche aux premiers juges de ne pas avoir analysé si notamment la sanction énumérée à l'article 73bis (1) sub 1, à savoir l'amende d'ordre n'était pas appropriée pour sanctionner les faits.

S'il est vrai que l'article 73bis du code de la sécurité sociale n'oblige pas le Conseil arbitral à sanctionner le prestataire en cas de manquement avéré, puisque l'article 73bis (1) dispose que

le Conseil arbitral « *peut* » prononcer à l'encontre du prestataire concerné, en fonction de la nature et de la gravité des faits dont il est reconnu coupable, l'une des peines y énoncées, le Conseil supérieur de la sécurité sociale estime cependant que le fait établi à charge de l'intimé est suffisamment grave pour justifier une amende d'ordre, alors que ce dernier a manifestement et délibérément contrevenu aux obligations professionnelles élémentaires auxquelles il était tenu en matière de respect rigoureux des prescriptions et ordonnances médicales même s'il n'est pas permis d'admettre qu'il a agi dans un but frauduleux.

L'appel est donc justifié et il y a lieu par réformation de la décision entreprise de condamner X à une amende d'ordre de 250 euros.

### Par ces motifs,

le Conseil supérieur de la sécurité sociale,

statuant par défaut à l'égard de X et contradictoirement pour le surplus, sur le rapport oral du président,

déclare l'appel recevable,

le dit également fondé,

réformant,

dit que les faits établis à charge de X méritent une amende d'ordre de 250 euros au profit de la Caisse nationale de santé.

La lecture du présent arrêt a été faite à l'audience publique du 21 janvier 2019 par Monsieur le Président Pierre Calmes, en présence de Monsieur Francesco Spagnolo, secrétaire.

Le Président,  
signé: Calmes

Le Secrétaire,  
signé: Spagnolo