

SCP LYON-CAEN & THIRIEZ
Avocats associés auprès du Conseil d'Etat
et de la Cour de cassation
282, boulevard Saint-Germain
75007 PARIS
Tél : 33 (0) 1 44 18 59 00
Fax : 33 (0) 1 44 18 59 19
courrier@lyoncaen.com

CONSEIL D'ETAT

SECTION DU CONTENTIEUX

TRIPLIQUE

POUR : **La Fédération Française des Curistes Médicalisés (FFCM),**

*Demanderesse,
(SCP Lyon-Caen & Thiriez)*

CONTRE : **Le Ministre des Solidarités et de la Santé,**

Défendeur,

En présence de : **1/ Le Conseil national des établissements thermaux
(CNETH),**
 **2/ L'Union nationale des Caisses d'Assurance
Maladie (UNCAM),**

Intervenants en défense,

Sur la requête n° 419446

Le mémoire en défense déposé par le Ministre des Solidarités et de la Santé appelle de la part de la FFCM quelques brèves observations.

Sur la recevabilité de la requête

I.- Le Ministre de la Santé est le premier à contester la recevabilité de la requête, au regard de l'intérêt pour agir de la fédération requérante.

Le Ministre fait valoir que, n'étant pas partie à la convention, la FFCM ne justifierait, de ce fait, d'aucun intérêt à agir à l'encontre de la convention nationale.

Cette fin de non-recevoir sera nécessairement écartée.

D'une part, aux termes de l'article 2 de ses statuts, qui définit son objet, la FFCM « *association indépendante à vocation sociale, représente les intérêts des curistes en France, dans tous les domaines liés au thermalisme et auprès de tout organisme privé ou public* ».

Cette disposition lui confère incontestablement un intérêt lui donnant qualité pour agir à l'encontre d'une convention dont certaines dispositions sont gravement préjudiciables aux curistes.

D'autre part, la FFCM est la seule association de défense des curistes bénéficiant de l'agrément prévu par l'article L. 1114-1 du code de la santé publique et son agrément, délivré pour la première fois en 2007, a été renouvelé en 2012 et en 2017.

On rappellera également que le Conseil d'Etat a déjà été saisi de deux requêtes de la FFCM, sur lesquelles il a été statué sans que l'intérêt pour agir de cette fédération ne soit mis en cause.

La recevabilité de la présente demande ne fait aucun doute et le Conseil d'Etat rejettera la fin de non-recevoir opposée par le Ministre de la Santé.

Sur l'illégalité de l'article 6 de la convention

II.- S'agissant de la première branche du moyen, le Ministre de la Santé, comme l'UNCAM et le CNETH l'avaient déjà fait dans leurs écritures, tente de faire valoir que les représentants des curistes pourraient être invités à participer aux travaux de la commission paritaire nationale « *en fonction des points inscrits à l'ordre du jour* ».

Dont acte.

Mais il est pour le moins curieux que les membres de la commission n'aient jamais utilisé de cette faculté d'entendre les représentants des curistes et il est permis de s'interroger sur les raisons de cette mise à l'écart systématique.

Depuis l'année 2000, il y a eu une quarantaine de réunions de la commission et la FFCM n'y a jamais été conviée.

Même après l'introduction du recours, lors des réunions du 5 juin 2018 (**Prod. 1**) et du 28 novembre 2018 (**Prod. 2**) où des réclamations de curistes transmises par la FFCM étaient pourtant examinées, les membres de la commission n'ont pas jugé utile d'entendre les représentants de cette association. Ni pour l'ensemble de ces réunions ni même sur un seul point de l'ordre du jour.

Il aura fallu cette procédure contentieuse pour que l'idée vienne aux membres de la commission. L'arrêt à intervenir sera peut-être l'occasion que cette idée se traduise dans les faits.

L'expertise de la FFCM est pourtant reconnue depuis de nombreuses années et son rôle avait été souligné par l'assurance maladie elle-même dans une circulaire de 2003 (**Prod. 3**).

III.- Quant à la violation de l'article L. 311-1 du code des relations entre le public et l'administration, l'argumentation du Ministre est pour le moins surprenante.

Le Ministre affirme ainsi que la précision de l'article 6-4 de la convention selon laquelle « *Les réunions de la Commission paritaire nationale sont soumises au secret professionnel* » viserait « *seulement à protéger du secret professionnel [?] les éléments qui ne seraient pas communicables au sens des dispositions précitées du CRPA, afin notamment de protéger les éventuelles informations relatives à la santé des curistes qui pourraient être portées à la connaissance de la Commission paritaire nationale dans le cadre, par exemple, de sa mission d'examen des réclamations des curistes à l'encontre des établissements* ».

CRPA
Code des
Relations entre
le Public et
l'Administration

Il convient, d'une part, de souligner que la quasi-totalité des réclamations transitent par la FFCM, de sorte que celle-ci en a connaissance avant même la commission paritaire nationale.

D'autre part et surtout, la critique ne portait pas sur le fait de soumettre les réunions de la commission au secret professionnel, mais sur le fait de subordonner à l'accord des membres de la commission la transmission des comptes rendus à un tiers.

Quoi qu'en disent le CNETH, l'UNCAM et maintenant le Ministre de la Santé, cette condition de l'accord des membres de la commission est radicalement contraire aux dispositions de l'article L. 311-1 du CRPA.

CNETH
Conseil
National des
Exploitants
Thermaux

UNCAM
Union
Nationale des
Caisses
d'Assurance
Maladie

Si certains passages des comptes rendus peuvent être occultés dans un souci de respect de la vie privée des curistes concernés, ce qui est déjà systématiquement le cas (voir, par exemple, le procès-verbal de la réunion du 8 novembre 2017, **Prod 4**), la subordination de la transmission des comptes rendus de la CPNT à l'accord unanime de ses membres va bien au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la protection de la vie privée des curistes assurés. Elle devra être censurée.

CPNT
Commission
Paritaire
Nationale du
Thermalisme

Il est vrai que les partenaires conventionnels ont du mal à accepter la position de la CADA sur la nature communicable des comptes rendus de la commission. En témoigne un courrier adressé par l'assurance maladie à la FFCM le 28 janvier 2019, dans lequel la Directrice de l'Offre de Soins n'hésite pas à écrire que la confidentialité est une « *mesure décidée par les partenaires dans le cadre de leurs prérogatives* » (**Prod. 5**).

CADA
Commission
D'Accès aux
Document
Administratifs

À l'évidence, les membres de la commission ont une vision très extensive de leurs prérogatives et il convient de leur rappeler que la loi leur est applicable, et notamment l'article L. 311-1 du CRPA.

Sur l'illégalité de l'article 12 de la convention

IV.- En ce qui concerne la fourniture du linge de cure, le Ministre cherche à réduire la portée de l'argumentation développée par la FFCM. Mais l'insuffisance du linge fourni n'est pas seulement une question de dignité des curistes, c'est aussi une affaire de santé !

Lorsque des patients, le plus souvent âgés, attendent, seulement vêtus de peignoirs mouillés, leur prochain soin, c'est leur santé qui est mise en jeu.

Le Ministre affirme, par ailleurs, que « *tous les curistes se voient dotés du matériel adapté* » (mémoire en défense, p. 5), ce que même le CNETH n'a pas osé écrire.

Dans son mémoire en défense, le CNETH reconnaissait que « *la plupart des établissements thermaux proposent un trousseau de linge dont la composition surpasse d'emblée les exigences conventionnelles* » (son mémoire, p. 6).

Les établissements thermaux n'ayant aucune vocation philanthropique, on les imagine mal distribuer du linge excédentaire, sauf à ce que celui-ci soit vraiment nécessaire. En réalité, c'est bien la crainte de plaintes, voire de poursuites, qui conduit les établissements à fournir, non pas ce qui est obligatoire au regard de la convention (dont l'insuffisance est flagrante) mais ce qui est nécessaire.

Et le CNETH d'ajouter que « *soucieux de préserver ce niveau de prestations, [il] a d'ailleurs incité ses adhérents, soit l'intégralité des établissements thermaux, à la*

distribution d'un peignoir quand bien même celle-ci n'est pas obligatoire » (son mémoire en défense, p. 7).

Ces aveux répétés du CNETh confirment l'incohérence insurmontable qui existe entre la première partie de l'article 12 qui prévoit l'obligation de fournir le linge nécessaire et suffisant à la réalisation d'une cure de qualité, et sa seconde partie, dans laquelle les signataires de la convention prétendent que la fourniture d'une serviette et d'un drap de bain, ou d'une serviette et d'un peignoir, correspond toujours à ce qui est nécessaire et suffisant.

Pour sa part, le Ministre écrit que le risque, dénoncé par la FFCM, de voir les établissements facturer des suppléments à ce titre, est « *purement hypothétique* ». La FFCM a, au contraire, démontré la réalité de cette pratique, qu'elle a dénoncé auprès de la commission paritaire nationale (saisine du 24 octobre 2018, production 5 du mémoire en réplique de la FFCM).

Dans cette saisine, la FFCM recense, documents justificatifs à l'appui, les premiers cas de facturation en supplément dont elle a eu connaissance et dénonce également les établissements **invitant les patients à apporter leur propre linge en sus de la dotation conventionnelle**.

En demandant aux curistes d'apporter du linge personnel **en sus de la dotation conventionnelle** les établissements finissent de démontrer que la dotation conventionnelle qu'ils doivent fournir aux curistes est insuffisante. Elle ne peut donc pas répondre en la matière à ce qui est nécessaire et suffisant à la réalisation d'une cure de qualité dans le cadre du forfait conventionnel **tout compris**.

De plus, l'introduction du linge personnel des curistes dans les services de soins méconnaît gravement l'article R. 1322-60 du code de la santé publique, qui prévoit que le linge de cure utilisé est systématiquement désinfecté¹.

Le Ministre feint d'ignorer cette saisine et la réalité des faits dont elle rend compte. Il ignore de la même façon les premiers cas dénoncés dans le mémoire complémentaire (voir celui-ci, page 12), pourtant tout à fait documentés.

Surtout, il prétend que l'existence d'un préjudice serait inopérante dans le cadre d'un recours en excès de pouvoir.

L'argument est surprenant. Il ne s'agit évidemment pas ici de demander réparation de ce préjudice, mais d'établir l'insuffisance de la dotation en linge prévue par l'article 12

¹ l'article 12 de la CNT précise d'ailleurs que les établissements sont obligés de changer quotidiennement, donc de désinfecter le linge de cure

de la convention, au regard de ce prévoient les dispositions conventionnelles relatives au forfait de soins.

L'article 12 de la convention dispose ainsi que « le forfait comporte l'ensemble des séances de soins prescrites parmi le traitement type, les matériels, équipements, consommables, linges, plateau technique (y compris volume d'eau) et personnels dédiés nécessaires et suffisants à la réalisation d'une cure de qualité ». Et l'article 11-2 ne prévoit la possibilité de facturer en sus que des soins complémentaires non compris dans le forfait et des prestations de confort.

La démonstration de l'insuffisance de la dotation en linge et de l'obligation corrélative pour les patients de se procurer du linge supplémentaire, trouve donc parfaitement sa place dans le contentieux de la légalité. Elle est, en outre, parfaitement fondée et justifie, sur ce point encore, l'annulation de l'approbation implicite de la convention.

Sur l'illégalité de l'article 16-2 de la convention et de l'annexe 2 fixant rétroactivement les tarifs applicables au 1^{er} mars 2017

V.- Il ne semble pas inutile de refaire ici un bref historique des règles gouvernant la revalorisation des tarifs thermaux.

Depuis l'introduction du « reste à charge » ou « complément tarifaire » par la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2014, la structure tarifaire des soins thermaux est la suivante :

Prix limite de facturation = tarif de responsabilité + reste à charge.

La convention de 2002 a intégré cette modification par un avenant n° 10, publié au JO du 1^{er} mars 2014, qui a notamment modifié l'article 16 de la convention.

Depuis cette modification, l'évolution du prix limite de facturation (PLF) est définie de façon très précise par l'article 16-2 de la convention. Au PLF de l'année n est appliqué un coefficient composé d'une série d'indices.

La révision du tarif de responsabilité est encadrée de façon beaucoup moins stricte et reste prioritairement fixée par voie conventionnelle. En cas de désaccord avec le CNETH, le directeur de l'UNCAM peut toutefois « passer en force » (article 16-1 de la convention).

Mais, dans un cas comme dans l'autre, la revalorisation prend la forme d'une décision du directeur de l'UNCAM (cf article 16-1 de la convention).

Pour la première année d'application de ce nouveau dispositif, l'avenant n° 10, publié on l'a vu le 1^{er} mars 2014 pour permettre une application des tarifs au 1^{er} mars 2014, a

précisé la valeur de chaque indice inclus dans le coefficient de revalorisation du PLF (tableau annexe III de l'avenant n° 10, joint à la production 11 du mémoire complémentaire).

Pour la revalorisation de l'année 2015, le coefficient était négatif, ce qui aurait dû conduire à une baisse du PLF (**Prod. 6**).

L'avenant correspondant n'a été publié au JO que le 22 septembre 2015, à la fin de la saison de cure, pour une entrée en vigueur au ... 1^{er} mars 2015. L'annexe III indiquant la valeur des indices n'a, pour sa part, pas été publiée. Il était donc difficile de se rendre compte de la violation des dispositions conventionnelles.

Pour la revalorisation de l'année 2016, le coefficient repartant à la hausse, l'avenant a été publié le 18 mars 2016. Toujours sans annexe III.

En 2017, l'absence de publication des indices permet, une nouvelle fois, d'occulter un coefficient négatif qui aurait dû conduire à une deuxième baisse du PLF (Prod. 6).

La suppression de la publication des indices a incontestablement rendu plus difficile le suivi de la convention par les personnes « non autorisées ».

Il aura, en définitive, fallu l'intervention de la CADA pour que cette communication soit réalisée, les demandes de la FFCM auprès de l'assurance maladie étant restées lettre morte pendant plus de six mois.

Dans la convention 2018, il est apparu plus simple aux partenaires conventionnels de prévoir un effet cliquet, bloquant toute baisse tarifaire qui aurait bénéficié aux curistes.

L'adjonction de ce cliquet prouve, s'il en était besoin, que la non répercussion des baisses des indices enregistrés en 2015 et en 2017 n'allait pas de soi.

N'en déplaise au Ministre de la Santé, l'intention du législateur n'était pas de permettre aux établissements de sécuriser leur budget. En témoigne le rapport d'information n° 3811 déposé par le comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques devant l'Assemblée nationale le 8 juin 2016, déjà évoqué dans le mémoire en réplique (voir ce mémoire, p. 10) :

« La revalorisation des forfaits thermaux représente un enjeu majeur pour les exploitants des établissements dont les coûts sont le reflet de leur productivité et de l'efficacité de leur gestion mais aussi de décisions des pouvoirs publics comme la revalorisation du SMIC ou la hausse du taux de TVA passé de 5,5 % à 10 % entre 2012 et 2014.

La loi de financement de la sécurité sociale pour 2014 a institué un mécanisme dont l'application a été précisée par l'avenant n° 10 à la convention nationale

du 1er mars 2014 et qui consiste à reporter sur le curiste ou sa mutuelle l'ajustement tarifaire annuel représentatif de l'évolution des coûts d'exploitation des établissements thermaux.

Ce texte distingue ainsi un tarif forfaitaire de responsabilité qui correspond aux anciens forfaits et qui continuera à être appliqué aux bénéficiaires de la couverture médicale universelle. Les autres curistes pourront se voir appliquer par les établissements un surcoût, dans la limite d'un prix limite de facturation, défini chaque année par application d'une formule composée d'indices pondérés représentatifs des coûts des établissements thermaux, à savoir 50 % sur l'évolution du SMIC, 30 % sur l'indice des prix de production des services aux entreprises, 15 % sur l'indice des prix de production de l'énergie et 5 % sur l'indice des coûts de la construction.

Pour 2014, la revalorisation a été plafonnée à 3,71 % (soit un montant de l'ordre de 15 à 25 euros selon les forfaits) et a été bien évidemment appliquée par les établissements et pour 2015, l'application de la formule a abouti à une stabilisation des tarifs compte tenu de la faible inflation des indices concernés (le résultat du calcul aurait même conduit à une réduction de 0,3 %).

Si les rapporteurs comprennent bien la logique de ce nouveau système qui conduit à faire assumer par les curistes le risque de l'évolution des coûts d'exploitation des établissements, ils s'interrogent sur sa pérennité et son fonctionnement dans la durée. La convention thermique en vigueur se terminant fin 2017, normalement les forfaits pris en charge par l'assurance maladie devraient être gelés jusqu'à cette échéance. Mais qu'advient-il pour la prochaine convention ? Il y aurait quelque injustice à continuer à faire exclusivement porter l'ajustement prix sur les curistes sur une aussi longue durée et il serait logique qu'on réajuste les forfaits, c'est-à-dire les tarifs forfaitaires de responsabilité dans la nouvelle terminologie, au début d'une nouvelle convention ».

Le Ministre invoque alors l'article 16-4 de la convention, qui prévoit effectivement un mécanisme compensateur (« mécanisme de convergence partielle ») lorsque le dérapage est vraiment trop important.

Dans l'intervalle, si les curistes ne peuvent bénéficier d'une éventuelle baisse des charges des établissements thermaux, ils doivent en subir les hausses.

Ce n'est pourtant pas aux curistes de financer les dérapages des établissements.

Il faut insister sur le fait que l'essentiel des charges des établissements thermaux (bâtiments, énergie, personnel) est pris en compte dans les indices servant au calcul du

coefficient de revalorisation des PLF, comme l'a voulu le législateur en 2013. Leur budget est, par ce seul fait, sécurisé en cas de dérapage de postes budgétaires indépendant de la volonté des établissements (hausse du SMIC, du coût de la construction...).

L'intention du législateur n'était pas, en revanche, d'instaurer une garantie de recettes indépendamment du niveau des charges. Ce que les partenaires conventionnels avaient justement traduit dans l'avenant n° 10, avec l'instauration d'une réévaluation au moyen d'un coefficient appelé à évoluer à la hausse comme à la baisse.

En cas de forte baisse du coût de l'énergie, pourquoi les établissements pourraient-ils conserver l'essentiel du bénéfice ainsi réalisé ?

Pourquoi cette baisse ne pourrait-elle pas être répercutée sur les curistes, quitte à ce que les établissements obtiennent de l'assurance maladie une majoration du tarif de responsabilité, de façon à « partager » l'allègement de charges ?

L'instauration du cliquet pour le PLF dans la nouvelle convention (article 16-2) trahit assurément l'intention du législateur en condamnant la variation à la baisse du PLF.

VI.- A supposer même que cet effet de cliquet ait pu être légalement inscrit dans la nouvelle convention, il n'en demeure pas moins qu'il n'existait pas dans la convention précédente, de sorte que la valeur des prix limite de facturation, telle qu'elle est fixée par l'annexe 3 de la convention de 2018 est viciée en ce qu'elle n'a pas intégré les deux baisses des indices survenues en 2015 et en 2017, méconnaissant ainsi les termes de l'ancienne convention.

Pour échapper à la censure sur ce point, le Ministre soutient que le moyen serait irrecevable, dès lors que la convention 2018 s'est bornée à reprendre le niveau de tarif issu de l'avenant n° 13 à la convention de 2002. Il invoque, sur ce point, la décision « société TBF génie tissulaire » (CE, 7 décembre 2018, req. n° 410887) :

« 5. Le décret attaqué insère dans le code de la santé publique un article R. 1245-5 dont le II précise que la demande d'autorisation d'exportation à des fins thérapeutiques prévue au troisième alinéa du II de l'article L. 1245-5 cité ci-dessus, adressée au directeur général de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé, est accompagnée d'un dossier qui comporte notamment : " 6° Les informations sur le prélèvement des tissus, et de cellules issus du corps humain, le procédé de préparation mis en oeuvre, les produits et matériels entrant en contact avec les tissus éléments ou produits mentionnés à l'article R. 1245-1, et, pour les produits finis, les informations sur le produit fini (...) ».

6. Ces dispositions, divisibles des autres dispositions du décret attaqué, se bornent à reprendre des dispositions figurant antérieurement au 6° de l'article R. 1245-3 du même code, issu du décret du 6 mai 2015 relatif à la simplification des régimes d'autorisations concernant les activités de préparation, conservation, distribution, cession, importation ou exportation de tissus, de leurs dérivés, des cellules et des préparations de thérapie cellulaire, issus du corps humain, utilisés à des fins thérapeutiques, publié au Journal officiel de la République française du 8 mai 2015. Toutefois, ainsi que le fait valoir la société requérante, le décret attaqué a été pris pour tirer les conséquences de la loi du 23 février 2017 ratifiant l'ordonnance n° 2016-966 du 15 juillet 2016 portant simplification de procédures mises en œuvre par l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé et comportant diverses dispositions relatives aux produits de santé, qui a supprimé l'exigence que l'autorisation d'exportation mentionne les procédés de préparation et de conservation mis en œuvre ainsi que les indications thérapeutiques reconnues. Dès lors, les dispositions critiquées ne peuvent être regardées comme purement confirmatives des dispositions précédemment en vigueur et les conclusions tendant à leur annulation ne sont pas tardives ».

Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a précisément écarté le caractère confirmatif des dispositions contestées, en relevant qu'elles avaient été prises pour tirer les conséquences d'un changement de circonstances de droit.

En l'espèce, s'agissant d'une nouvelle convention, les dispositions litigieuses ne peuvent pas non plus être regardées comme purement confirmatives. Elles procèdent, à tout le moins, du choix des partenaires conventionnels de maintenir le niveau de PLF de l'année 2017.

En tout état de cause et compte tenu du caractère réglementaire de la disposition litigieuse, la FFCM est recevable à critiquer la nouvelle convention en tant qu'elle ne rectifie pas l'illégalité qui entachait la fixation des PLF pour 2015 et pour 2017.

L'administration, faut-il le rappeler, est tenue d'abroger un acte réglementaire illégal (article L. 243-2 du code des relations entre le public et l'administration).

L'évolution du PLF depuis 2014 n'est pas seulement irrégulière en ce que la baisse des charges n'a pas été répercutée en 2015 et en 2017. Elle l'est aussi en tant que les hausses successives n'ont pas été publiées au BOAMP comme l'exigeait l'article 16-1 de la convention de 2002.

Faute de publication régulière de la hausse pour l'année n, la hausse pour l'année n + 1 est nécessairement privée de base légale.

Le silence du mémoire du Ministre de la Santé sur ce point est éloquent. La publication au BOAMP a d'ailleurs été supprimée par l'avenant n° 2 à la convention 2018 publié au JO du 30 mars 2019, sans doute pour éviter toute nouvelle irrégularité de ce chef.

PAR CES MOTIFS, et tous autres à produire, déduire ou suppléer, au besoin même d'office, la Fédération Française des Curistes Médicalisés persiste dans l'ensemble de ses précédentes conclusions.

Pour la SCP LYON-CAEN & THIRIEZ

Antoine LYON-CAEN,

Thomas LYON-CAEN,

Frédéric THIRIEZ

L'un d'eux,

PRODUCTIONS :

1. *Procès-verbal de la réunion de la commission paritaire nationale du thermalisme du 5 juin 2018*
2. *Ordre du jour de la réunion de la commission paritaire nationale du thermalisme du 28 novembre 2018*
3. *Circulaire CNAMTS 97/2003 du 8 juillet 2003*
4. *Procès-verbal de la commission paritaire nationale du thermalisme du 8 novembre 2017*
5. *Lettre de la Directrice de l'offre de Soins de la CNAM à la FFCM en date du 28 janvier 2019*
6. *Tableau récapitulatif du coefficient **théorique** de revalorisation du PLF entre 2015 et 2019*